

CODIGO PENAL COMENTADO

tomo I

TITULO PRELIMINAR
PARTE GENERAL



GACETA
JURIDICA

CODIGO PENAL COMENTADO

COMENTARISTAS DE ESTE TOMO

José Luis Castillo Alva José Urquiza Dlaeehea Dino Carlos Caro Caria César San Martín Castro Perey Enrique Revilla Llaza Perey Gareía Cavero Luis Miguel Reyna Alfaro Luis Alberto Bramont-Arias Torres María del Carmen Gareía Cantizano Iván Meini Méndez Carlos Ávalos Rodríguez

Felipe Villavicencio Terreros Carlos Vásquez Shimajuko César Paredes Vargas César Nakasaki Servigón Ramiro Salinas Sieeha José C. Ugaz Sáñez-Moreno Julio Rodríguez Delgado Roger Yon Ruesta Luis Lamas Puecio Julio Mazuelos Coello Robinson Gonzales Campos

COORDINADOR José Luis Castillo Alva

CÓDIGO PENAL COMENTADO PRIMERA EDICIÓN SETIEMBRE 2004 1500

Ejemplares PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS D.LEG N° 822 @ Gaceta Jurídica S.A.

Diseño de tapa Armando Ochoa G Diseño de interiores: Karinna Aguilar Z.

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL 1501412004/6447 LEY N° 26905 / D.S. N°

017-98-ED ISBN: 9972-9731-2-3 REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL

11501220400776

INDICE

(Para dirigirse al Tema, coloque el cursor sobre él y presione CTRL + clic del mouse)

1. PRESENTACION
2. Comentaristas
3. Abreviaturas de Concordancias
4. FINALIDAD DEL CÓDIGO PENAL
5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD
6. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA IN MALAM PARTEM
7. PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICO-PENALES
8. GARANTÍA JURISDICCIONAL
9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA
10. PRINCIPIO DEL HECHO PROPIO
11. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA Y DE INTERÉS PÚBLICO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD
12. FINES DE LA PENA Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD
13. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA PARTE GENERAL A LEYES PENALES ESPECIALES
14. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD
15. PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD
16. PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN
17. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD
18. LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO: PRINCIPIO DE UBICUIDAD
19. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL VIGENTE - RETROACTIVIDAD FAVORABLE DE LA LEY PENAL
20. RETROACTIVIDAD DESCriminalIZADORA DE LA LEY PENAL
21. VIGENCIA DE LAS LEYES PENALES TEMPORALES
22. MOMENTO DE COMISIÓN DEL DELITO
23. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL
24. CLASES DE INFRACCIONES PENALES: POR COMISIÓN U OMISIÓN, DOLOSAS O IMPRUDENTES
25. TÉCNICA DE NUMERUS APERTUS EN LAS INFRACCIONES DOLOSAS y NUMERUS CLAUSUS EN LAS INFRACCIONES IMPRUDENTES
26. DELITOS OMISIVOS DE RESULTADO
27. ERROR DE TIPO - ERROR DE PROHIBICIÓN
28. ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO
29. TENTATIVA DE DELITO
30. COMPORTAMIENTOS IMPUNES
31. DESISTIMIENTO DE ACTOS EJECUTIVOS - DESISTIMIENTO ACTIVO
32. DESISTIMIENTO ACTIVO EN CASO DE PLURALIDAD DE INTERVINIENTES EN EL DELITO
33. ANOMALÍA PSÍQUICA, GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA Y ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN
34. MINORIA DE EDAD
35. LEGÍTIMA DEFENSA

- 36. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE
- 37. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE
- 38. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE
- 39. MIEDO INSUPERABLE
- 40. OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY
- 41. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER
- 42. OBRAR EN EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO
- 43. LA OBEDIENCIA DEBIDA
- 44. EL CONSENTIMIENTO
- 45. EXIMENTES INCOMPLETAS
- 46. RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA
- 47. AUTORIA DIRECTA, AUTORIA MEDIATA, COAUTORIA
- 48. INDUCCIÓN
- 49. COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA
- 50. INCOMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES QUE AFECTAN LA RESPONSABILIDAD DE AUTORES Y PARTICIPES
- 51. ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

Presentación

En Latinoamérica no son muy frecuentes las obras de comentario a los códigos penales, a pesar de la gran utilidad que tienen, no solo desde la perspectiva académica, sino también para la práctica del Derecho Penal, sea por los abogados como por los fiscales y jueces.

Es por eso que es de felicitar la iniciativa de Gaceta Jurídica de llevar a cabo un Comentario, en seis tomos, respecto del Código Penal peruano, con la participación de destacados penalistas del Perú, como José Urquiza Olaechea, José Luis Castillo Alva, Felipe Villavicencio Terreros, Iván Meini Méndez, Luis Bramont-Arias Torres, Percy García Caverio, entre otros. Ciertamente, se trata de una obra de una envergadura hasta ahora no conocida en nuestros medios y de una excelencia pocas veces lograda.

Este primer tomo está referido al Título Preliminar - Principios Generales; al Título Primero - De la Ley Penal, y al Título Segundo - Del Hecho Punible; es decir, a las materias más fundamentales de la Parte General del Código Penal.

Ya en el análisis inicial de Castillo Alva se advierte la dirección garantista y realista respecto del Derecho Penal que informa el presente Comentario; es de destacar las siguientes frases: "El ordenamiento jurídico -y en particular el Derecho Penal- se hace por y para la persona. Los intereses sociales y las demandas colectivas de criminalización y de mayor rigor punitivo deben armonizarse y encontrar un justo y adecuado equilibrio con el afianzamiento de la persona humana como centro de referencia y orientación final".

Esta línea de pensamiento se observa también cuando Urquiza Olaechea, en relación al artículo 11, aborda el principio de legalidad: "Para que las normas jurídicas sean legítimas deben emanar y ser expresión de la voluntad popular. No pueden provenir de un tirano, dictador o reyezuelo". Ciertamente, el principio de legalidad es el principio político criminal que sustenta el Derecho Penal, es el que transforma el puro poder penal, propio del Antiguo Régimen, en derecho y de ese modo está en consonancia con el Estado moderno, encunado Estado social y democrático de Derecho. Pero más aún, en su base está la legitimidad básica de la relación entre ciudadano y Estado, esto es, el principio de conocimiento por parte del ciudadano. Por eso, con razón el Código Penal excluye la afluencia in malam partem, pues ella, como muy bien señala Urquiza Olaechea, transgrede las bases de la separación de poderes y sobre todo deja al ciudadano entregado a la arbitrariedad del juez, con abierta infracción al principio de conocimiento que implica que aquel, de antemano y a través de un proceso legislativo de sus representantes, ha de saber cuáles son los intereses protegidos y, en consecuencia, la materia de la prohibición.

Ahora bien, no solo es necesario recalcar los principios garantistas formales, como el principio de legalidad, sino también los materiales, que dan las bases sociales de validez del Derecho Penal. Es por eso que el artículo IV del Código Penal establece la necesidad de la lesión o puesta en peligro de los bienes

jurídicos, como presupuesto ineludible de la punibilidad. Al respecto, Caro Caria hace un exhaustivo análisis del tema, presentando en forma sencilla y clara las diversas posiciones al respecto y criticando aquellas como la de Jakobs, que pretenden prescindir de este principio sobre la base de la teoría sistémica funcionalista, pero en verdad retornando a un positivismo del siglo XIX, que se planteaba de espaldas a una concepción social y humanista del Estado de derecho.

En el artículo VII del Código Penal se establece otro principio material básico, que es el referente a la responsabilidad del autor, excluyendo la responsabilidad objetiva, que tiene una extensa y pormenorizada explicación por parte de Castillo Alva. Ciertamente, este principio tiene dos facetas, una referente al injusto, en el sentido de la exclusión de los delitos calificados por el resultado y, por consiguiente, la afirmación de la relación subjetiva de la persona con su hecho, ya sea a dolo o culpa; y, por otra parte, el de responsabilidad propiamente tal, esto es, la posibilidad del Estado de exigirle a una persona una determinada respuesta en una situación dada.

En suma, junto con comentar el ámbito de aplicación de las leyes, las eximentes de responsabilidad, la autoría y la participación, todo ello desde una perspectiva moderna y con un gran acopio de bibliografía, recorre el Comentario un espíritu renovador, profundamente democrático y con clara conciencia de los límites del Derecho Penal y de la política criminal en un Estado social y democrático de derecho.

Solo cabe felicitar esta iniciativa y esperar su máxima difusión, pues no solo será un texto importante para Perú, sino de un gran valor para todos los estudiosos y prácticos del Derecho Penal en Latinoamérica.

Juan BUSTOS RAMÍREZ Catedrático de Derecho Penal

Comentaristas

de este Tomo (por orden de aparición)

1.-JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

- Ex catedrático de Derecho Penal.
- Estudios de Maestría en la Universidad Nacional de Trujillo.
- Autor de las obras "El homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales", "Principios de Derecho Penal", "Las consecuencias jurídico-económicas del delito", "Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", "La falsedad documental", "La violación sexual en el Derecho Penal peruano".
- Autor de "La prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos", "La reparación civil derivada del delito", "¿Es necesaria una regulación constitucional del aborto?", "Algunas consideraciones sobre el delito de violación sexual. Denominación y bien jurídico", "El delito de corrupción de magistrados, fiscales, miembros del Tribunal Administrativo, árbitros y peritos", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

2.-JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

- Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (España).
- Estudios de especialización en Derecho Penal en el Max Planck Institut für Ausländisches und Strafrecht (Alemania).
- Posgrado en Derecho y Política en la Universidad de Salamanca (España).
- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Autor de la obra "Principio de legalidad".
- Autor de "El bien jurídico", "Culpabilidad penal", "Principio de proporcionalidad", "Concepto penal de funcionario público", "El bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública", "Principio de determinación de la ley penal", "Principio de legalidad: nuevos desafíos", "El principio de prohibición de analogía in malam partem en el Derecho Penal", entre otros artículos y ensayos jurídicos.
- Director de la Revista Peruana de Ciencias Penales,

3.-DINO CARLOS CARO CORIA

- Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).
- Estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de Posgrado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.
- Estancias de investigación en el Max Planck Institut für Aulandisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau (Alemania).
- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Catedrático de Derecho Penal en la Academia de la Magistratura y en las Maestrías de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, de la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
- Autor de las obras "La protección penal del ambiente", "Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación", "Marco jurídico de la libertad de prensa en el Perú", "Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal"; coautor de los libros "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" y "Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir".
- Autor de "La reforma penal de 1991 y el ocaso de la responsabilidad objetiva", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

4.-CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

- Presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
- Doctor en Derecho por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Estudios de Doctorado en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid (España).
- Estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Estancias de investigación en el Consejo General del Poder Judicial de España, y en las Universidades de Castilla de La Mancha y Alicante (España).
- Catedrático principal de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Autor de la obra "Derecho Procesal Penal" (Tomos I y II).

- Autor de "Perspectivas de la reforma procesal penal en el Perú", "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

5.- PERCI ENRIQUE REVILLA LLAZA

- Abogado miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.
- Estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Colaborador de las revistas "Actualidad Jurídica", "Diálogo con la Jurisprudencia" y "Abogados Legal Report".
- Autor de las monografías "Fundamento y naturaleza jurídica de la eximente de responsabilidad penal contenida en el artículo 20 inciso 9 del Código Penal" y "Los delitos de peligro cometidos en el tráfico viario".
- Autor de "Apuntes para una modificatoria del principio de lesividad de bienes jurídico-penales", "El delito de patrocinio ilegal de intereses de particulares ante la Administración Pública", "Disminución de la pena por obrar en estado de ebriedad o drogadicción", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

6.- PERCY GARCÍA CAVERO

- Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España).
- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura.
- Estancias de investigación en la Universidades de Navarra y Pompeu Fabra de Barcelona (España) y en la Universidad de Bonn (Alemania).
- Autor de las obras "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación", "Derecho Penal económico. Parte general" y "El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano".
- Autor de "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", "El sistema funcional de imputación para la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

7.-LUIS MIGUEL REVNA ALFARO

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Estudios de Posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Autor de las obras "Fundamentos de Derecho Penal económico", "Delitos contra la familia y conexos", "Manual de Derecho Penal económico. Parte general y parte especial", "Los delitos informáticos: aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal", "Comentarios a la legislación anticorrupción", entre otras obras.

- Participante en los libros colectivos "Dogmática y ley penal", "Derecho informático y comercio electrónico. Doctrina y legislación" y "Derecho y ambiente".

- Coordinador de las obras "La regulación penal del mercado de valores. Estudio de Derecho peruano y español", "Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en Derecho Penal", "Derecho, proceso penal y victimología" y "Sistemas penales Iberoamericanos".

- Autor de "Cuestiones básicas del Derecho Penal del ambiente: reflexiones desde el Derecho peruano", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

8.-LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES

- Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Doctorado en "Derecho comparado" y "Delitos socioeconómicos" por la Universidad Autónoma de Barcelona.

- Doctorado en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht en Freiburg (Alemania) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

- Máster en "Justicia criminal y criminología crítica", y en "Derecho comparado" por la Universidad Autónoma de Barcelona.

- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres.

- Autor de las obras "El delito informático en el Código Penal peruano" y coautor de "Código Penal anotado" y "Código Penal".

- Autor de "Recientes precisiones a la regulación de los delitos aduaneros", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

9.- MARIA DEL CARMEN GARCIA CANTIZANO

- Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España).

- Cursos de Posgrado en la Universidad de Sevilla (España), en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Albert-Ludwigs Universität en Freiburg y en la Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Goethe Universität en Frankfurt (Alemania).

- Catedrática de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

- Autora de las obras "Falsedades documentales", coautora de las obras "Código Penal" y "Manual de Derecho Penal. Parte Especial".

o Autora de "¿Cuándo estamos frente al delito de asociación ilícita", "La conducción en estado de ebriedad como agravante del homicidio y lesiones culposas", "El nuevo delito de lesiones al concebido", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

10.- IVAN MEINI MÉNDEZ

- Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz (España).

- Estudios de Posdoctorado en Derecho Penal en la Universidad de Fribourg (Suiza).

- Estudios de Posdoctorado en Derecho Penal en el Max Planck Institut (Alemania).

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura.

- Procurador Adjunto Anticorrupción.

- Autor de "Comisión por omisión e intervención omisiva", "El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano", "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión.

Entre la dogmática y la política criminal", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

11.- CARLOS AVALOS RODRÍGUEZ

- Catedrático de Derecho Procesal Penal en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

- Director académico del Taller de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

- Miembro del equipo de trabajo de la Propuesta de Código Procesal Penal para el Perú - Proyecto Huanchaco del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y la Comisión Episcopal de Acción Social.

- Autor de "La protección de bienes jurídicos como misión del sistema penal de control social", "El principio de proporcionalidad en el mandato de comparecencia con detención domiciliaria", "Constitución y proceso penal", "Por un futuro para la dogmática de la determinación judicial de la pena", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

12.- FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres.
- Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
- Estudios de Maestría en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Autor de las obras "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", "Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Delito de homicidio", "Comentarios al Código Penal de 1991", "Delitos contra la seguridad pública. Delitos de terrorismo", "Jurisprudencia Penal" e "Introducción a la Criminología".
- Coautor de "Política Criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal" y "Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú".
- Autor de "Control social informal en sectores urbanos", "Delitos de omisión", "Delitos culposos", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

13.- CARLOS VASQUEZ SHIMAJUKO

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Privada de Chiclayo.
- Estudios de Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Nacional de Trujillo.
- Autor de la monografía "Responsabilidad penal por contagio de SIDA: aspectos político criminales y problemas de tipicidad".
- Autor de "Las consideraciones político criminales en la teoría del delito y los principios limitadores del ius puniendi", "La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

14.- CÉSAR PAREDES VAROAS

- Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Estudios de Posgrado en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España).
- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Centro del Perú y en la Universidad Peruana Los Andes.

- Autor de las obras "La imputación objetiva" y "El miedo insuperable como causal de exención penal en el Código Penal de 1991".

- Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

15.- CÉSAR NAKAZAKI SERVIDÓN

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Lima.

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Particular de Piura.

- Autor de "Bases de una teoría general sobre el bien jurídico", "Delitos contra la intimidad", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

16.- RAMIRO SALINAS SICCHA

- Fiscal Superior en lo Penal de Lima.

- Estudios de Maestría con mención en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

- Autor de las obras "Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho Penal", "Curso de Derecho Penal peruano. Parte Especial". (Tomos 1, 11 Y 111).

- Autor de "El delito de violación sexual de menor en la legislación peruana", "El delito de secuestro en el Código Penal", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

17.- JOSÉ C. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO

- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Estudios de Posgrado en el Instituto de Estudios Sociales de La Haya (Holanda) en especialidad de Derechos Humanos

- Estudios de Posgrado en Derecho Penal en las Universidades de Salamanca, Cádiz y Alicante (España).

- Autor de la obra "Prensa juzgada".

- Autor de "Violación de la libertad sexual desde la perspectiva de género", "Algunos aspectos sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

- Socio del Estudio Benites, De las Casas, Forno & Ugaz.

- Presidente de Proética y. miembro de la dirección del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS).

18. JULIO RODRIGUEZ DELGADO

- Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales y Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona (España).

- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad San Martín de Porres, en la Universidad Privada San Pedro (Chimbote) y en la Universidad San Simón (Cochabamba-Bolivia).

- Abogado asociado (Jefe del Área Penal) del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados.

- Autor de la obra "La reparación como sanción jurídico-penal".

- Autor de "La teoría de los sistemas y la prevención general positiva", "La reparación como tercera vía en el Derecho Penal", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

19.- ROGER VON RUESTA

- Catedrático de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

- Estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Estudios de Especialización de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España).

- Autor de "Con secuencias jurídicas del delito", "Excepción de naturaleza de acción", "El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal", "Algunas consideraciones sobre el delito de defraudación tributaria", "El delito imprudente de comisión", entre otras publicaciones y artículos jurídicos.

20.- LUIS LAMAS PUCCIO

- Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Estudios de Maestría en Derecho Económico Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Autor de las obras "Derecho Penal económico aplicado al Código Penal", "Tráfico de drogas aplicado al Código Penal", "Tráfico de drogas y lavado de

dinero", "Transacciones financieras sospechosas", "Código Penal", "Código Procesal Penal", "Transacciones sospechosas y lavado de activos".

- Autor de "La protección penal de la actividad económica en el Perú y algunas referencias sobre la represión de los monopolios en el nuevo Código Penal", "La confiscación del producto de los delitos relacionados con drogas", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

21.- JULIO MAZUELOS COELLO

- Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (España) y Magíster en "Criminología y Justicia Penal" por la Universidad Autónoma de Barcelona (España).

- Estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Barcelona, en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Albert-Ludwigs Universität Freiburg, en el Institut für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie de la Universität des Saarlandes y en el Strafrechtliches Institut der Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät - Universidad de Bonn.

- Catedrático de Derecho Penal y Criminología.

- Codirector del Instituto Peruano de Ciencias Penales.

- Autor de las obras "Derecho Penal. Parte General" y "Control social y dogmática penal".

- Autor de "El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual", entre otros artículos y ensayos jurídicos.

22.- ROBINSON GONZALES CAMPOS

- Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; ex catedrático de la Pontificia Universidad Católica, de la Universidad Nacional Federico Villarreal e Inca Garcilaso de la Vega.

- Vocal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cañete.

- Colaborador en las obras "Legislación peruana sobre tráfico de drogas" y "Una visión moderna de la teoría de delito".

Abreviaturas de Concordancias

CONSTITUCIÓN, CONVENIOS INTERNACIONALES Y CODIGOS

C.	Constitución Política del Perú
C DE PP.	Código de Procedimientos Penales
CEP.....	Código de Ejecución Penal
CJM.....	Código de Justicia Militar
CP.	Código Penal Código
CPP.	Procesal Penal
CNA.	Código de los Niños y Adolescentes
CC.....	Código Civil
CPC.	Código Procesal Civil
CT.....	Código Tributario
CMA.....	Código del Medio Ambiente
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOMP.	Ley Orgánica del Ministerio Público
DUDH.....	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH.....	Convención Americana de Derechos Humanos
PSJCR.	Pacto sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica

LEYES

LEY 24710.....	Ley de Extradición (27-06-87)
LEY 26574.....	Ley de Nacionalidad (11-01-96)

LEY 26830.....	Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos (01-07-97)
LEY 26887.....	Ley General de Sociedades (09-12-97)
LEY 27378.....	LeY que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada (21-12-2000)
LEY 27444.....	Ley del Procedimiento Administrativo General (11-04-2001)
LEY 27765.....	Ley Penal contra el Lavado de Activos (27-06-2002)
LEY 27891.....	Ley del Refugiado (22-12-2002)
LEY 27908.....	Ley de Rondas Campesinas (07-01-2003)
LEY 27936.....	Ley de condiciones del ejercicio de la legítima defensa (12-02-2003)
LEY 27939.....	Ley que establece el procedimiento en casos de faltas y modifica los artículos 440, 441 Y 444 del Código Penal (12-02-2003)
LEY 28008.....	Ley de los Delitos Aduaneros (19-06-2003)

DECRETOS LEYES

D.L. 19644	La policía al hacer uso de su arma en forma reglamentaria está exenta de toda responsabilidad penal y civil (07-09-72)
D.L. 23201	Ley Orgánica de Justicia Militar (26-07-80)
D.L. 25475	Penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio (06-05-92)
D.L. 26002	Ley del Notariado (27-12-92)

DECRETOS LEGISLATIVOS

D.LEG. 740	Norman la posesión y uso de armas y municiones por las rondas campesinas (12-11-91)

D.LEG. 703	Ley de Extranjería (14-11-91)
D.LEG. 809	Ley General de Aduanas (19-04-96)
D.LEG. 813	Ley Penal Tributaria (20-04-96)
D.LEG. 822	Ley sobre el Derecho de Autor (24-04-96)
D.LEG. 823	Ley de Propiedad Industrial (24-04-96)
D.LEG. 901	Ley de Beneficios por colaboración (31-05-98)
D.LEG. 927	Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo (20-02-2003)

DECRETO SUPREMO

D.S.015-93-JUS	Aprueba el Reglamento de la Ley del Arrepentimiento sobre Delito de Terrorismo (08-05-93)
D.S. N° 044-93-JUS	Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradición activa (14-12-93)
D.S. 121-96-EF	Reglamento de la Ley General de Aduanas (24-12-96)
D.S. 004-97-IN.	Aprueban el Reglamento de la Ley de Nacionalidad (18-05-97)
D.S. 002-98-JUS	Reglamento del TUO de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar (25-02-98)
D.S. 008-98-JUS	Aprueban Reglamento de Beneficios Procesales y Penitenciarios Excepcionales (25-10-98)
D.S. 079-2001-RE	Ratifican el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (09-10-2001)
D.S. 121-2003-EF	Aprueban el Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros (27-08-2003)
D.S. 119-2003-RE	Aprueban Reglamento de la Ley del Refugiado (14-10-2003)
D.S. 025-2003-JUS	Aprueban Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas (30-12-2003)

TITULO

PRELIMINAR

FINALIDAD DEL CÓDIGO PENAL

ARTICULO I

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 1, 2, 43

C.E.P. arto VII

C.P. arto IV. IX

~Comentario

José Luis Castillo Alva

1. Generalidades

1. El Código Penal peruano, como muchos otros Códigos modernos, inicia su contenido normativo con la regulación de un Título Preliminar en el que se ordenan, concentran y expresan los principios políticos y jurídicos (no solo penales) que presiden la actividad legislativa (al menos teóricamente) y la interpretación y aplicación de los diversos libros, capítulos, secciones y títulos del ordenamiento jurídico-penal y en particular de la legislación positiva.

El legislador no ha tratado de agotar y abarcar el frondoso elenco de principios jurídicos y políticos que, dentro de un determinado contexto cultural, se asigna al Derecho Penal, pues dicha tarea escapa de sus fuerzas y sus concretas labores de regulación. En realidad, lo que pretende es sintetizar y regular el núcleo indisponible de las normas y principios rectores que desde la perspectiva, especial visión del fenómeno punitivo y rol del Derecho Penal en la sociedad, es indispensable e irrenunciable en un Estado de derecho. Tampoco ha tratado de dar un blindaje teórico y abstracto a su labor legislativa, dado que esta obedece más bien a las necesidades concretas de regulación y porque la ley penal no busca determinar condiciones ideales (perfectas) de actuación, sino solucionar y prevenir los conflictos sociales más graves: los delitos.

2. El Título Preliminar pretende regular una serie de pautas rectoras, principios políticos, constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial en el campo del Derecho público, en concreto, el penal. Su relevancia y origen no son exclusivamente jurídico-penales. Son más bien principios que tienen una procedencia constitucional y, en algunos casos, verdaderos axiomas políticos (v.gr. principio de legalidad) que buscan garantizar la libertad de los ciudadanos, consagrar los lineamientos básicos de imputación que deben tomarse en cuenta en todos los niveles del sistema penal (v.gr. principio de responsabilidad por el hecho propio) o determinar las bases sobre las que se

construye el sistema de las consecuencias jurídicas del delito (v.gr. principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso).

No se trata de una simple exposición de motivos, de una sana declaración de intenciones o de una muestra de romanticismo penal. Por el contrario, estamos ante verdaderas leyes (penales) ordinarias de cumplimiento obligatorio y cuyo peso moral, político y ético -en la medida en que fija las bases del programa penal- es superior a cualquier norma de la Parte General, de la Parte Especial o de la legislación (penal) ajena al Código Penal. Su conexión directa con los valores y principios constitucionales y los pilares de un Estado de derecho hace de las normas del Título Preliminar verdaderas "normas materiales de rango constitucional".

Los preceptos del Título Preliminar constituyen normas programáticas y de desarrollo a nivel legislativo, judicial y de ejecución penal, que atraviesan cada una de las instituciones, categorías y normas del Derecho Penal sustantivo y procesal. Inspiran e iluminan todo el sistema penal y no solo una parte de él. Yerra quien piensa que su área de aplicación se restringe al campo del Derecho Penal sustantivo. Su cobertura es tan amplia que alcanza a todos los subsistemas del sistema penal.

3. Los principios y las normas del Título Preliminar del Código Penal no se limitan a la descripción de una manifestación de intenciones jurídicas o dogmáticas adecuadamente articuladas, sino que representan reglas de interpretación y aplicación directa que involucran a todos los operadores del sistema penal: legisladores, jueces, fiscales, policía, entre otros. No son mandatos -lo que a primera vista puede creerse- que se dirigen a los operadores jurisdiccionales, sino que su utilidad y ámbito de actuación son mucho más extensos: imponen una serie de pautas, condicionamientos y líneas de actuación, sobre todo a quienes tienen en sus manos el desarrollo de la función legislativa; y configuran en sus aspectos esenciales los delitos, penas y disposiciones penales sobre los que se levantan las reglas de imputación.

Asimismo, las normas del Título Preliminar desarrollan toda su fuerza y vigor en el campo de la legislación penal codificada, en la legislación penal especial, irradiando sus efectos a las Partes General y Especial del Código Penal. Por último, su valor político-jurídico se extiende no solo al campo de la actuación judicial (proceso penal), sino que abarca la investigación preliminar y la misma fase de ejecución de la pena, pasando, claro está, por la etapa de fijación y determinación de esta al momento de expedir una sentencia penal.

4. Las normas del Título Preliminar, más que formar parte de las reglas de la Parte General, presiden todas las pautas de valoración, configuración y desarrollo del Derecho Penal, recorriendo todos sus niveles. Su ubicación no solo es preferencial-abren la codificación penal- sino que están por encima (desde la perspectiva político-jurídica de las mismas normas de la Parte General), pues dirigen la proyección y desarrollo de todo el sistema penal en su conjunto. De allí que se imponga en el terreno de la praxis penal y la actividad

legislativa el tender a una interpretación sistemático-teleológica, según las normas constitucionales.

Incluso los mismos preceptos de la Parte General -y con mayor razón los preceptos de la Parte Especial- deben ser interpretados de modo tal que sus medios y resultados sean compatibles con las normas y principios del Título Preliminar. En efecto, todas las normas penales (codificadas o no) deben comprenderse, en la determinación de su sentido, en función de los principios inspiradores del Título Preliminar. Cobra aquí suma importancia y trascendencia la interpretación sistemática (entre normas del mismo sistema penal) y la interpretación teleológica (vinculada a principios y valores del Derecho Penal).

II. Sentido del artículo I del Título Preliminar

1. El artículo I del Título Preliminar del Código Penal se encarga de precisar el sentido y la finalidad de la codificación penal peruana, y de delimitar los puntos orientadores y criterios normativo-valorativos sobre los que se levanta y construye el sistema penal. Las ideas de prevención, protección a la persona y a la sociedad marcan el hilo conductor que determina los criterios que permiten edificar el Derecho Penal peruano, ajustándolo a los patrones y exigencias de un Estado de derecho.

Sin embargo, pese a la referencia legal -aparentemente limitativa- de que el artículo I del Título Preliminar solo tiene aplicación en lo que atañe a la legislación penal codificada, tal como se desprende del tenor literal del precepto en mención, que alude expresamente a "Este Código (...)", una interpretación amplia de base teleológico-sistemática debe comprender que las finalidades preventivas que buscan proteger a la persona y a la sociedad irradian y se extienden a la legislación especial y, en general, a todas las disposiciones penales, se encuentren o no codificadas.

2. Una de las consecuencias más importantes en este ámbito, desde el punto de vista de una construcción normativa de índole judicial, legislativa o de cualquier otro orden, es que se proscribe directamente que la legislación penal obedece a consideraciones distintas de las que no son de raigambre preventiva o que fomentan la protección de la persona o la sociedad. Una disposición penal no preventiva, inútil, que no tiene eficacia social, difícilmente será compatible con los patrones y test de constitucionalidad y razonabilidad vigentes.

La construcción legislativa, judicial o de ejecución penal distinta de la proclamada en el artículo I del Título Preliminar del Código Penal es ilegítima e inconstitucional, dado que no se compadece de los principios y pautas valorativas fijados taxativamente y con anterioridad.

3. El rico y amplio contenido del artículo I del Título Preliminar debe ser interpretado y comprendido en los siguientes términos:

A. La legislación penal tiene (y debe tender hacia) una función preventiva

a. Uno de los contenidos sobre los que hay acuerdo en la ciencia penal comparada es que la finalidad primordial del Derecho Penal es prevenir la comisión de delitos en la sociedad. Se persigue una efectiva función instrumental que consiste en la protección efectiva de bienes jurídicos(1).

b. La prevención de delitos y la respectiva función protectora de bienes jurídicos indispensables para el libre desarrollo de la persona y la subsistencia de la sociedad exigen no tanto acabar con el delito como mantenerlo, más bien, dentro de unos límites tolerables sujetos a un control estatal de investigación y represión, castigar a los que lo cometen(2). Prevención no es sinónimo de eliminación, sino de evitación o reducción de males.

La evitación y reducción de delitos no son tareas que solo le corresponden desarrollar al Estado, a través del Derecho Penal, sino a la comunidad en su conjunto. Sin embargo el deber de luchar contra el delito y la obligación de enfrentarlo diseñando para ello una estrategia adecuada, recae primordialmente sobre el Estado -aunque no precisamente en y a través del Derecho Penal- como tareas fundamentales, desde el momento en que aspira lograr el bien común y la paz social seleccionando una serie de instrumentos y mecanismos.

La evitación de delitos no pasa por fomentar y expandir la presencia del Derecho Penal, ya sea creando delitos o agravando las penas. Como señala GARCÍA PABLOS: "Más Derecho Penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policras, más cárceles no significan menos criminalidad. La pena no convence, ni disuade o atemoriza. Refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones que la convicción y energías necesarias para abordar los problemas sociales"(3). Una adecuada estrategia preventiva es aquella que incide en políticas de índole social, económica o educativa con el fin de luchar contra el delito, dado que si las causas del delito son estructurales o económicas, la mejor forma de contrarrestar a este es incidiendo en dichas causas o colocando obstáculos con tal fin. La mejor política criminal no es propiamente la que recurre al Derecho Penal sino la que prescinde de él. Por tanto, una prevención adecuada y racional es la que privilegia otros controles sociales o la política social antes que el Derecho Penal.

La prevención supone buscar la disminución de la cifra negra y aspira a la persecución del delito de manera integral, sin discriminar según la condición social, raza, sexo o religión de la persona. El Derecho Penal no debe ser selectivo aunque materialmente lo es- persiguiendo y castigando a las personas que pertenecen a los estratos sociales y económicos más bajos de la población y que son más vulnerables al sistema penal. La ley penal se debe aplicar respetando escrupulosamente el principio de igualdad, y si se tiene que enfatizar en la persecución y castigo de un delito será sobre la base de la gravedad del hecho, las consecuencias sociales más perjudiciales que se generen o, según se trate, una criminalidad de sujetos y grupos poderosos(4). Asimismo, no debe fomentar la impunidad(5) y, en todo momento, buscará

eliminar las lagunas de punibilidad, siempre que existan un merecimiento y necesidad de pena.

El programa preventivo que el Estado desarrolla a través de las leyes penales (normas, proceso y sanciones) no se dirige solo a quienes han infringido más de una vez las normas penales (delincuentes reincidentes y habituales), sino a todos los ciudadanos.. La prevención no se orienta tanto a evitar la reincidencia como a evitar el delito(6). El Derecho Penal de un Estado de Derecho busca, como meta fundamental, que los ciudadanos no cometan delitos(7). El control de la evitación de la reincidencia es un fin preventivo que no configura la esencia de las leyes penales(8), a pesar de que existe una serie de medidas e instrumentos penales con esta finalidad.

c. La prevención no implica que el Estado y la sociedad pretendan, al menos racionalmente, erradicar, eliminar y suprimir la comisión de delitos dentro de la comunidad o en un contexto social determinado.

Dicha aspiración, más que un fin preventivo respaldado empíricamente, es un anhelo idealista y utópico que termina alterando el sentido y la función del Derecho Penal en un Estado de Derecho, además, de demostrar una ignorancia supina de parte de quien la sustenta. Prevención no es igual que eliminación o destrucción del delito. El delito no es una enfermedad ni una patología que azota a la sociedad.

Asimismo, la prevención incide no tanto sobre los delincuentes -entendido en sentido peyorativo y estigmatizante- sino más bien en ciudadanos que infringen las normas en una situación y en un contexto determinados. Quienes delinquen no son subhombres, personas disminuidas pertenecientes a una escala zoológica distinta al homo sapiens. Se trata más bien de ciudadanos, de personas de carne y hueso con los mismos derechos, carencias y limitaciones que nosotros. No son distintos, sino iguales a todos. La dignidad como persona no la pierden por haber cometido el delito, por más horrendo que sea. La dignidad humana es anterior al hecho y subsiste a él.

d. El contenido y los límites de la prevención -como el sentido del Derecho Penal en general- derivan de una visión integral y del conjunto del fenómeno estatal (Teoría del Estado)(9), del respeto de los valores y principios constitucionales, de las demandas de atención a las necesidades sociales y a la adecuada comprensión acerca de la tarea y función del Derecho Penal y, en general, del ordenamiento jurídico dentro de la sociedad.

La prevención eficaz del delito como fin de la pena descansa sobre dos grandes bases:

En primer lugar, exige que la tarea legislativa -y también la actividad judicial se erija sobre parámetros científicos, sobre una mínima base empírica que tome en cuenta los aportes de la Criminología, Sociología, Psicología y otras ramas afines que ayudan a determinar cuál es la influencia y los efectos que han de esperarse como consecuencia del establecimiento o imposición de una sanción jurídico-penal. La creación de una pena o su aplicación judicial no debe estar

librada al azar, a la libre voluntad y a consideraciones personales. Debe reposar en criterios científicos sólidos, fiables, que garanticen la necesidad e idoneidad de los medios respecto a los fines que se pretenden alcanzar. No hay una prevención de buenas intenciones, de estimaciones personales o puramente teórica. Se requiere un sustento fáctico-empírico.

En segundo lugar, el sentido y los límites de la prevención deben obtenerse de las normas, principios y valores constitucionales vigentes en una sociedad y en un contexto social determinado. La evitación y reducción de las diversas formas de crímenes, especialmente las más graves, no se logran empleando cualquier método, estrategia o mecanismo de disuasión. Necesariamente el legislador y el juez penal deben tomar como punto central de referencia en el desarrollo de su actividad, los valores y principios constitucionales y el respeto a la dignidad de la persona humana⁽¹⁰⁾. La lucha contra el delito, indispensable en un Estado de Derecho, solo se legitima si se respetan las pautas valorativas, fijadas como límites, en la Constitución y en los tratados de Derechos Humanos. Prevención sí, pero no a cualquier precio.

B. La prevención orientada a la protección de la persona. El humanismo penal

El artículo 1 del Título Preliminar, en una formulación legislativa vinculada a los valores y principios constitucionales de nuestra Carta Política, prescribe que el Código Penal -y en general toda nuestra legislación positiva- tiene por objeto la prevención del delito como medio protector de la persona. Se concretan así, en sede del Derecho Penal y la legislación positiva, los principios y el derrotero axiológico marcados por la Constitución cuando reconoce la primacía de la persona humana como fin de la sociedad y del Estado⁽¹¹⁾. No se trata de una declaración carente de sentido, ociosa o superflua, sino de una que logre la necesaria armonización y compatibilidad de la legislación penal con los valores del ordenamiento jurídico y las pautas rectoras de la Constitución.

La orientación de la prevención y de los criterios utilitarios hacia criterios valorativos y principistas, permite establecer la vocación humanista -al menos en su base- de nuestra legislación penal que reconduce todo el sistema penal hacia el respeto y la valoración positiva de la persona humana, situación que excluye o al menos prohíbe cualquier instrumentalización o manipulación de la persona humana por el Derecho Penal. De ello se deduce que la única prevención válida y que se mueve dentro de los parámetros constitucionales es la que respeta a la dignidad del ser humano. Cualquier prevención que se aleje del paradigma constitucional, fijado con claridad y de manera contundente en el Título Preliminar, se revela como espúreo e ilegítimo.

La prevención orientada a la persona implica el reconocimiento del principio de humanidad en la creación de delitos y penas, con las consecuencias que de su establecimiento derivan: prohibición de la pena de muerte y de la cadena perpetua, prohibición de penas inhumanas y del trato humano degradante y prohibición de tortura como medio para obtener la verdad y la confesión del imputado⁽¹²⁾.

Desde el punto de vista penitenciario, la ejecución de la pena privativa de libertad debe buscar la no desocialización del reo, no el empeoramiento de su condición personal si es que no está en condiciones de lograr su readaptación a la sociedad.

Si la pena no está en condiciones de lograr un mejor ser humano, no debe recrudecer los déficit de socialización que tiene el sujeto o colocar factores que determinen el delito.

La opción humanista de la legislación penal debe entenderse como una inclinación hacia el garantismo y la protección de los Derechos Humanos que marca una tendencia unívoca y la pauta rectora del ordenamiento jurídico, lo que supone un límite a la potestad punitiva del Estado. La finalidad preventiva del Derecho Penal no debe obtenerse a cualquier costo y de cualquier forma. La intervención estatal en la esfera de los derechos y las libertades de los ciudadanos ha de estar sometida a filtros constitucionales y debe partir del reconocimiento de la calidad de persona de todo aquel que delinque.

La persona sometida a un proceso penal o a una investigación preliminar no es un objeto o instrumento más de indagación(13). Es el sujeto procesal más importante en la medida en que es portador de un núcleo indisponible de derechos que el Estado y sus funcionarios deben respetar.

Que el Derecho Penal persiga un fin protector de la persona no significa que los únicos bienes jurídicos que proteja sean los bienes jurídicos individuales y/o personales y deje sin tutela los bienes jurídicos supraindividuales(14). A veces la única manera de asegurar el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y seguridad personal y, en general, una reserva intangible de derechos, es adelantando las barreras de protección, tutelando ámbitos funcionales o bienes jurídicos que garantizan mejores condiciones sociales, políticas o económicas de existencia, y que por su configuración trascienden y van más allá de las personas(15). Desde el momento en que la persona desarrolla su existencia en una sociedad organizada, desempeña determinados roles y satisface sus necesidades, el Estado extiende la tutela a estas condiciones pues permiten el libre desarrollo de la personalidad y la realización personal.

La única prohibición que deriva en este contexto es la ilegitimidad de todo fenómeno y proceso criminalizador que instrumentaliza a la persona con el fin de salvaguardar y proteger discutibles intereses colectivos que en nada coadyuvan, ni al desarrollo social ni a la realización personal. Si la persona es un fin en sí misma, deviene en inaceptable todo esfuerzo estatal que pretenda instaurar un autoritarismo a través de los delitos y de las penas o que no tome en cuenta a la persona humana en la configuración de los principios y categorías jurídicopenales.

El ordenamiento jurídico -y en particular el Derecho Penal- se hace por y para la persona. Los intereses sociales y las demandas colectivas de criminalización y de mayor rigor punitivo deben armonizarse y encontrar un justo y adecuado equilibrio con el afianzamiento de la persona humana como centro de referencia y orientación final. Una política criminal racional y humana debe valorar cuáles pueden ser los efectos e incidencias de una determinada clase

de pena o de su específica cantidad en la vida y en el desarrollo de una persona, controlando sus consecuencias nocivas y efectos devastadores.

El Derecho Penal no solo limita la libertad de los ciudadanos a fin de garantizar la defensa social o la seguridad en los contactos sociales, sino que crea y fomenta también espacios de libertad entre los ciudadanos(16). A la vez que previene, castiga y limita comportamientos, genera y asegura ámbitos de actuación que no pueden ser rebasados por la autoridad estatal.

La exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana y el principio de humanidad influyen y configuran una especial imagen de los elementos conceptuales del Derecho Penal, como el delito, el delincuente y la pena.

A partir del respeto a la dignidad de la persona humana, el delito no debe ser entendido como una patología, enfermedad, lacra o epidemia social, o como un cuerpo extraño a erradicar de la sociedad, en cuanto solo produce daños y altera la paz social(17). Tampoco debe ser contemplado como consecuencia de una libertad mal empleada o como producto exclusivo de una decisión y voluntad incondicionalmente libres, en donde el único responsable es el sujeto que delinque. Una visión de esta índole no solo contradice y se opone a los criterios científicos y criminológicos imperantes en la actualidad, sino que supone una visión ingenua del hombre y de su dignidad. Lo correcto es entender el delito como un problema social y comunitario que surge en la comunidad y debe resolverse por la comunidad(18). No se trata de algo ajeno a la sociedad, sino que forma parte de ella de modo permanente, independientemente de la forma histórica en que se organice la convivencia. El delito, más que una patología o una enfermedad, es necesario para confirmar y establecer el respeto y la confianza en el Derecho y las normas que componen la estructura de una sociedad democrática. El delito es una manifestación inequívoca de la imperfección de la persona y de las causas sociales que la promueven, recordándonos que vivimos en una sociedad de hombres y no de ángeles. No se trata de una enfermedad o epidemia -toda vez que constituye un fenómeno inseparable e inherente a toda organización social- que no puede extirparse y que la sociedad debe asumir y tratar de resolver, o por lo menos, controlar. Ubi societas, ubi crimen. El crimen no es solo un acontecimiento individual que se deba exclusivamente a la voluntad libre del hombre o responda a una causa. En realidad, el delito es consecuencia de la interacción de una serie de factores tanto personales como sociales, cuya primacía no puede efectuarse sin el análisis del caso concreto(19), como, por ejemplo, los desajustes en la socialización, los déficit educativos, las limitaciones psíquicas, la desigual distribución de la riqueza, la diferencia de oportunidades, la recesión, una defectuosa política económica, las bajas remuneraciones, el desempleo, la falta de asistencia social, etc. El delito no solo es producto de una libertad mal ejercida, o una decisión libre en el sentido de no coacción, sino que en él concurre una innegable corresponsabilidad de la sociedad y el Estado(20) junto a la del individuo.

Una política criminal humanista y, por tanto, respetuosa de la dignidad de la persona, que considera al delito como un problema social y humano, ha de comprender que este como problema social no puede erradicarse(21), sino que

solo se puede aspirar a controlarlo. En tal sentido, como apunta GARCÍA-PABLOS: "Proponer, pues, la total erradicación del crimen de la faz de la tierra, es una ilegítima y peligrosa quimera cuyos elevados costes no debe asumir una sociedad sana y libre, ni siquiera en nombre de una mal entendida utopía"(22). Una política criminal humana, inteligente y realista debe buscar no la eliminación o extirpación del delito, sino que, aprendiendo a convivir con él y a soportar sus efectos, debe orientar su lucha a remover las causas que lo promueven, además de someterlo al control social formal y al aparato de justicia penal(23). Ello supone en buena cuenta entender de una vez por todas que el delito, más que un problema jurídico, y por tanto formal, es un problema social y humano que debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables, y cuyo control no solo significa la disminución de la tasa de criminalidad, sino sobre todo el sometimiento de los delitos a la administración de justicia penal para su esclarecimiento desapasionado e imparcial.

La concepción acerca del delincuente también se ve afectada por la influencia del principio que proclama el respeto a la dignidad de la persona humana. En efecto, quien delinque no debe ser visto como un ser humano "anormal", distinto de los demás, inferior, o como si no fuera un ser humano. Dicha imagen resulta degradante y conduce a respuestas desproporcionadas e injustas pues convierte al autor de un delito en chivo expiatorio de las iras y frustraciones colectivas(24). El principio de humanidad impide contemplar al ciudadano que infringe las normas penales como un ser extraño al cuerpo social, o como si fuera un enemigo de la sociedad a la que perturba y hace daño(25). Quien comete un delito no se convierte en anormal, más aún si hay muchos "anormales" que no delinquen y muchas personas normales que sí lo hacen. Por ello, resulta criticable la equiparación del delincuente con la de un ser humano con déficit psíquicos o con una desviación moral.

Asimismo, es contraria a la dignidad del ser humano la división que se hace de los hombres, catalogándolos como buenos y malos, hecho que coincide con la imagen de los ciudadanos que delinquen y los que no lo hacen. Resulta opuesto al principio de igualdad el clasificar a los hombres según una dudosa escala moral o en base a la diferencia que media entre los que delinquen y los que respetan la norma, generando una lamentable brecha estigmatizante. El respeto al principio de la dignidad de la persona humana no permite el establecimiento de un abismo insalvable entre los seres humanos en cuanto al tratamiento jurídico y su condición valorativa. Quien delinque no debe ser visto como alguien distinto ni ser tratado como si lo fuera. La dignidad de la persona humana decreta la vigencia incondicional del principio de igualdad. El delito y el crimen, por más grave que sean, no hacen perder bajo ninguna circunstancia la condición de ser humano, más aún si la dignidad en su sentido genuino se adquiere con la concepción y se extiende incluso más allá de la muerte(26).

El que infringe las normas penales por ese solo hecho no se convierte en un ser indigno y pierde su valor. El delito no contradice ni aniquila la dignidad de la persona humana, sino que es expresión de las limitaciones éticas del hombre y de la desigualdad social, signos irrefutables e inconfundibles de la humanidad. Si bien el delito como un acto perturbador de la paz de la comunidad da lugar a un juicio social y ético de demérito o de reproche, no por ello se debe entender

que, en lo personal, se tiene mayor dignidad, puesto que todos los hombres somos iguales, y todos, sin excepción, alguna vez hemos delinquido. El demérito y el delito no hacen a la persona menos valiosa ni extinguen su dignidad. Creemos que si el postulado de la dignidad de la persona humana hace comprender y tolerar las imperfecciones e insuficiencias del ser humano, con mayor razón obliga, por un lado, a ser compasivo con el infractor de la ley pues se trata de un ser humano como nosotros y, por el otro, impone el ser solidario, pues el delito no es un problema individual, sino social.

Por último, la pena ve teñida su naturaleza y finalidad, como consecuencia de una especial concepción de la dignidad de la persona humana y, en concreto, del principio de humanidad. Así, por ejemplo, se considera que la pena es un mal necesario para la sociedad y el individuo que lo sufre por cuanto supone la imposición de una sanción negativa que limita o aniquila de manera drástica los derechos y bienes jurídicos más importantes de los ciudadanos. La naturaleza de mal de la pena se mantiene a pesar de que con ella se busque proteger a la sociedad o se aspire a favorecer el bien común. La pena es un mal no solo para el que lo sufre, sino para quien lo irroga. No solo quien delinque sufre la privación o restricción de bienes jurídicos también el Estado asume grandes cargas, como el establecer tribunales, construir prisiones, alimentar reclusos, pagar al personal penitenciario, etc.(27). En la determinación de la pena como mal, el punto de vista decisivo es el del Derecho, para quien la pena es siempre la limitación de algo valioso, independientemente del punto de vista del delincuente, quien hasta podría verla como un beneficio(28). La pena es un mal para la sociedad porque ella ve como se le priva de una serie de derechos o bienes a uno de sus miembros. Ella no puede estar feliz por este hecho. Solo así tiene sentido la consideración de la pena como una amarga necesidad social.

La pena no puede servir para alcanzar una meta que vaya más allá del respeto por la dignidad de la persona humana. Por tanto, este principio proscribela instrumentalización o la cosificación de la persona y su dignidad por parte del Derecho Penal, por más que sirviera para alcanzar determinados fines sociales, como la conservación de otros valores del orden jurídico, v.gr. la seguridad nacional(29). La experiencia histórica ha demostrado que el hombre no puede ser reducido a la condición de objeto de un ente colectivo(30). En este sentido, la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del status quo democrático y, en consecuencia, es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana (HABERLE)(31). La pena es incompatible con fines preventivos puros, y más aún si supone la aplicación del terror penal a través de un afianzamiento del temor y el miedo al castigo. Solo combinando los criterios preventivos con las exigencias de justicia se logra justificar la pena, tanto ante la sociedad como ante el individuo mismo.

La dignidad de la persona humana, no es compatible con la instrumentalización y empleo de la pena dirigida a imponer una nueva escala de valores o una determinada ideología por medio del tratamiento terapéutico y bajo el pretexto de la resocialización. La pena no debe pretender cambiar la escala de valores de los ciudadanos porque no es el instrumento legítimo ni idóneo para tal fin,

tampoco debe buscar modificar la conciencia de los condenados pues ello no solo implicaría una inconstitucional intromisión en la esfera íntima de los ciudadanos, sino también un flagrante atentado contra el pluralismo jurídico y social, indispensable en una sociedad democrática.

Una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creados por el delito al convertir al autor en una nueva víctima, aunque esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no desocializa, no impide una reconciliación del infractor con el Derecho y la sociedad, ni impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho.

C. La prevención orientada a la protección de la sociedad. La defensa social

La prevención solo tiene sentido en la medida en que sirva para proteger los bienes jurídicos de una sociedad determinada. No se previene por prevenir o por el simple hecho de evitar algo. Se previene para proteger intereses valiosos y de indiscutible estimación social. Ello se relaciona con la finalidad última del Derecho Penal: el proteger a la sociedad y los bienes jurídicos.

La finalidad del Derecho Penal no es realizar el bien común, lograr que las relaciones sociales sean justas y equitativas, o que se respete un determinado orden ético -de las mayorías o de las minorías-, una ideología política o algún modelo de gobierno. Su fin es más modesto y limitado, solo trata de proteger bienes jurídicos o fomentar la confianza en las normas con el fin de contribuir a la paz social. Los objetivos sociales y estatales de bien común, estabilidad, seguridad jurídica y de desarrollo económico, no pueden ser alcanzados por el Derecho Penal sino a través de otros medios, estrategias y mecanismos sociales, distintos a los recursos aflictivos del Derecho Penal. La pena, por ser un mal, no puede ayudar -al menos de modo principal- al desarrollo social y a una configuración más justa de las relaciones humanas. El Derecho Penal, y en particular la pena, no debe ser visto como una forma de promoción y de desarrollo social.

La llamada lucha contra el delito -que supone la idea de un enemigo, o por lo menos de un antagonista- implica el reconocimiento de que esa lucha tiene sentido en la medida en que se busca defender o hacer prevalecer algo, que en materia del Derecho Penal no es otra que la protección de la sociedad.

La idea de protección a la sociedad exige una necesaria aclaración y precisión. En primer lugar, la protección de la comunidad, de sus valores básicos y sus condiciones elementales de existencia se manifiesta básicamente desde el Derecho Penal, pero no se limita ni se restringe a él, sino que compromete otros controles jurídicos de naturaleza formal y otros mecanismos del control social de la conducta. El proteger a la sociedad del delito no es una tarea que solo debe asumir el Derecho Penal y, en general, el orden jurídico. Es una exigencia que involucra al Estado y a toda la sociedad a través de una serie de políticas y orientaciones de naturaleza política, económica, educativa, cultural, etc. Si bien el Derecho Penal es el medio más duro y aflictivo en la lucha contra el delito, no es el único mecanismo para proteger a la sociedad y, a veces,

tampoco el más idóneo y adecuado. Para contrarrestar y evitar la conducta desviada (entre ellas el delito), el Estado tiene una serie de recursos y medidas distintas, incluso más eficaces que el Derecho Penal.

En segundo lugar, la protección que el Derecho Penal ejerce sobre la comunidad social no es directa ni inmediata. Se realiza a través de la protección de bienes jurídicos, las unidades funcionales de valor y las condiciones de existencia social e individual. El Derecho Penal no protege a la sociedad en sentido genérico, sino a los bienes, intereses y valores, sin los cuales sería imposible lograr la paz social y una convivencia humana pacífica. La tantas veces aludida protección de la sociedad a través de los Derecho Penal solo se produce de manera limitada y restringida. Por imperio de los principios de intervención mínima y de fragmentariedad no se protege cualquier bien jurídico ni cualquier interés social, sino los más importantes y esenciales. Pero hay más: solo se castigan los ataques y las agresiones (activas u omisivas) más graves que afectan o ponen en peligro los bienes jurídicos. Se enfatiza que, más allá de privilegiar la tutela absoluta e indiscriminada de los bienes jurídicos, se debe reparar en las circunstancias del delito, modos y formas de ataque (modos de comisión), medios empleados o especiales condiciones subjetivas del agente. El principio de fragmentariedad indica no todo bien jurídico es protegido por el Derecho Penal como que no todo bien jurídicopenal es tutelado -al menos en la mayor parte de casos- de manera absoluta e irrestricta.

La protección de la sociedad no se limita a la tutela de bienes jurídicos individuales. El humanismo penal no implica la exclusiva protección de intereses de carácter personal. También encuentran protección y acogida los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sin los cuales muchas veces sería imposible el desenvolvimiento y desarrollo de la persona y sus intereses vitales. Los bienes jurídicos colectivos permiten un mejor afianzamiento y protección de los bienes jurídicos personales, garantizando una tutela anticipada y previniendo daños futuros. Sin embargo, su configuración penal debe cumplir -más que en ningún otro campo- con las exigencias del principio de intervención mínima y con los parámetros de merecimiento y necesidad de pena.

La correcta y necesaria armonización de los intereses sociales e individuales como vía de protección de la sociedad por parte del Derecho Penal, excluye de cualquier tutela en este ámbito a los bienes jurídicos que obstaculizan el libre desarrollo de la personalidad o que se oponen (impiden) a un mejor desenvolvimiento de la dignidad de la persona humana.

11. Consecuencias del artículo I del Título Preliminar del Código Penal

El contenido principal que sugiere el artículo I del Título Preliminar origina una serie de consecuencias a manera de prohibiciones. Las más importantes son:

1. Se descarta la retribución como único y exclusivo fin de la pena

Cuando el Código Penal peruano consagra que la legislación penal "tiene por objeto la prevención de delitos como medio protector de la persona y de la sociedad" deja un amplio margen y campo para construir la finalidad preventiva de la pena, ya sea sobre la base de la prevención general (positiva o negativa) o desde la óptica de la prevención especial. El Código de manera expresa no se pronuncia a favor de una variante de la prevención del delito. De manera prudente, racional y equilibrada no toma partido por alguna de ellas. Ello permite una elaboración jurisprudencial y dogmática de ancha base, respetuosa del pluralismo cultural y de los condicionamientos culturales y valorativos de los que partiría el intérprete, siempre -claro está- que dicha visión no discrepe ni se oponga a los principios constitucionales sobre los que se levanta un Estado de Derecho.

Si bien la legislación penal peruana de manera clara toma partido por los criterios preventivos, no está sujeto a discusión el que el Código Penal quiera excluir cualquier planteamiento que pretenda asumir -de manera única y excluyente- la concepción retributiva o absoluta de la pena como misión del Derecho Penal. Si alguna fuerza legal y argumentativa despliega el artículo I del Título Preliminar es la de descartar como única finalidad del Código Penal-y en general de la legislación penal- la retribución o la aspiración absoluta de realizar la idea de justicia metafísica. Desde el momento en que los principios inspiradores de toda la legislación penal proclaman la necesidad de que las disposiciones penales se orienten a la prevención, se descarta cualquier fin, función o cometido exclusivamente retributivo.

Una tesis como la descrita recuerda que la prevención es un fin legitimante e irrenunciable de todo el sistema penal en cualquiera de sus vertientes: general o especial; lo que el legislador y el juez deben valorar en todo momento. No es compatible con las bases del sistema mantener una posición a favor de un retribucionismo puro que busca realizar a toda costa los ideales de justicia, sin atender las necesidades sociales y las exigencias de protección eficaz de bienes jurídicos.

Sin embargo, ello no implica que no pueda construirse la misión del Derecho Penal y la teoría de la pena articulando los criterios preventivos y los planteamientos retributivos (teoría ecléctica de la pena), conjugando así parámetros de justicia y consideraciones de conveniencia y utilidad.

El hecho de que la norma penal establezca que la legislación penal tiene como objeto la prevención de delitos, no supone que la única construcción o elaboración posible en el seno de un Derecho Penal en un Estado de derecho sea la que se levanta sobre bases exclusivamente utilitarias. También la retribución -desde el momento en que no se encuentra expresamente prohibida- puede amparar la elaboración de las bases legitimantes del sistema penal, tanto desde la perspectiva de lege ferenda como de la perspectiva de lege lata. En realidad, lo único que excluye la norma penal es determinar los fines y el objeto de la legislación penal sobre un eje exclusivamente retributivo, sin tomar en cuenta las valoraciones preventivas.

2. Las leyes penales no pueden tener un carácter puro y exclusivamente simbólicos

Otra de las consecuencias derivada del reconocimiento de la prevención como objeto de la codificación (legislación) penal, es la proscripción de la función puramente simbólica de las normas penales y, en general, del sistema penal, que termina por socavar la verdadera función de la legislación punitiva, la función instrumental o de la efectiva protección de bienes jurídicos a través del efecto disuasorio que ejerce en los ciudadanos y en los potenciales infractores.

La función simbólica de las normas penales se caracteriza por la búsqueda de efectos tranquilizadores de modo momentáneo o coyuntural en la población, generando una sensación muchas veces irreal de seguridad, provocada por una actitud política mediática que pretende lograr réditos electorales, mediatos o inmediatos, o un reflejo en las encuestas al mostrar una acción atenta y decidida(32).

Las leyes penales son utilizadas como mero vehículo político de cálculo electoral y de beneficios inmediatos: de autocomplacencia y satisfacción por parte de los políticos de turno y de confianza y tranquilidad en los ciudadanos electores(33).

Si bien nadie puede discutir seriamente que el Derecho Penal desempeña, formal y materialmente, una función simbólica en la medida en que posee un mensaje y una comunicación en la sociedad(34), las objeciones surgen cuando se exarceba, pervierte e instrumentaliza el papel que cumple en la sociedad al buscár únicamente un impacto social, la aprobación estadística de la opinión pública y un efecto narcotizante que hace olvidar su real y verdadera problemática. Es común que las normas penales cumplan exclusivamente un papel simbólico en determinadas formas de delincuencia. v.gr. en el tráfico de drogas, terrorismo, criminalidad organizada; o en períodos de convulsión social y cambios sociales, v.gr. inflación, agitación política, etc., sin que haya una eficacia adecuada y el necesario respeto a los principios y valores constitucionales. Hay una contradicción entre los fines que el legislador debe perseguir y los que efectivamente persigue.

El Derecho Penal puramente simbólico cumple un papel patológico, perverso(35) y sedante en la sociedad, pues se preocupa más por tranquilizar las conciencias que por resolver los problemas y retos que la criminalidad demanda. Se trata de normas que, lejos de proteger bienes jurídicos, utiliza el miedo al delito, manipula la sensación de inseguridad, e impone, como corre lato, penas que en su monto, características y naturaleza son absolutamente desproporcionales y exageradas.

DOCTRINA

AMBOS, Kai. "Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia - Bolivia - Perú - Chile - Argentina". Ad-Hoc. 2~edición. Buenos Aires, 1999. BENDA, Ernesto. "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En:

Manual de Derecho Constitucional. Dirigido por Conrado Hesse. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons / Instituto Vasco de Administración Pública. Madrid, 1996. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. CERESO MIR, José. "El tratamiento penal de los delincuentes habituales". En: 110 años de la Procuraduría General de la República. México. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El Derecho Penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual". Bosch. Barcelona, 1981. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "El Injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995". Col ex. Madrid, 1997. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan. "Derecho Penal fundamental". Tomo 11. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal". Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 2ª edición. Madrid, 2000. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Tratado de Criminología". Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. 2ª edición. Valencia, 1999. GRACIA MARTÍN, Luis. "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia". Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. GÖPPINGER, Hans. "Criminología". Traducción de María Luisa Schwarck e Ignacio Luzurraga. Madrid, 1975. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2003. LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana". En: lus et Veritas. Año X. N° 21. PUCP. Lima, 2000. LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. "Criminología". Aguilar. Madrid, 1981. MAINHOFER, Werner. "Principios de una democracia en libertad". En: Manual de Derecho Constitucional. Dirigido por Conrado Hesse. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública. Madrid, 1996. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3ª edición. Padova, 1992. MAURACH, Reinhart y GOSSEL, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 6ª edición Barcelona. 2002. ROXIN, Claus. "La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Gómez Rivero y García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. ROXIN, Claus. "Problemas actuales de Política Criminal. En: 100 años de la Procuraduría General de la República. RUIZ VADILLO, Enrique. "El Derecho Penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia". Colex. Madrid, 1997. SCHÜNEMANN, Bernd. "Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?". Traducción de Lourdes Baza. En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio. Tecnos. Madrid, 2002. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política Criminal y Persona". AdHoc. Buenos Aires, 2000. SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11. 3ª edición. 8ª reimpresión. Buenos Aires, 1978. ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Izquierdo Macias-Picavea. Revista de Derecho Privado. 1979.

JURISPRUDENCIA

"Las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos; mediante dichas normas se pretende incidir sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados; el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado".

(Resolución Superior 17/12/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.3429-98).

"Se debe rechazar la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano que solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria -inevitable- para la protección del mismo ciudadano; las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos; el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la supervivencia de la sociedad".

(Resolución Superior 08104/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 570-98).

"La ley penal tiene carácter sancionador, preventivo y educativo; la lectura de la sentencia debe hacerse en forma pública; toda sentencia no debe circunscribirse a las partes sino trascender sus efectos en la sociedad, creando conciencia de no delinquir entre sus miembros; por otra parte, de esa forma la opinión pública tiene ocasión de supervigilar el comportamiento de los jueces".

(Resolución Superior 30/03/98. 3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 158-88).

"El Derecho Penal como instrumento de control social obedece a los principios minimalistas de última ratio y estricta legalidad, no pudiendo perseguir toda conducta ilícita si los conflictos sociales pueden ser dirimidos en la vía civil o administrativa".

(Resolución Superior 17/06/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5001-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 42).

"El Derecho Penal tiene como propósito principal la sanción de las conductas humanas típicas, antijurídicas y culpables, la prevención de los delitos como medio protector de la persona humana y de la propia sociedad; el juzgador, al aplicar la norma sustantiva, debe arribar al total convencimiento de haber encontrado certeza legal en la responsabilidad penal del procesado".

(Ejecutoria Suprema 12/05/98. Exp. 5737-97. Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 41).

"Atendiendo a la finalidad de la sanción punitiva de las conductas humanas típicas, antijurídicas y culpables, y de la prevención de delitos como medio protector de la sociedad y de la persona humana, el juzgador al momento de aplicar la norma sustantiva debe estar plenamente convencido de haber encontrado certeza legal en la responsabilidad de los procesados, logrando así que su fallo plasme los principios de necesidad, legalidad, lesividad y responsabilidad".

(Ejecutoria Suprema 31/03/98. Exp. 007-98. Madre de Dios. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 41).

"La vía penal no es idónea para reclamar un hecho de naturaleza civil, máxime si la ley faculta a quien se sienta perturbado o despojado en su derecho de posesión a utilizar los interdictos, incluso contra quien ostente derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de perturbación".

(Resolución Superior 26/04/99. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5962-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 42).

"Que el Derecho Penal es la última ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de tal modo que solo se le puede hacer intervenir cuando no existan otros medios de solución social del problema".

(Resolución Superior 09/05/00. Exp. 4139-99).

"Las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos; es decir, mediante dichas normas se pretende incidir sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados. Que, sin embargo, con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues, la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la armonía de la sociedad, deberá implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal".

(Resolución Superior 19/01/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6494-97)

"El procedimiento penal y administrativo pueden tramitarse en forma paralela, puesto que el procedimiento administrativo persigue la sanción pecuniaria del

monto que se dejó de pagar, en cambio, el Derecho Penal se aplica a toda persona que comete un hecho punible, y tiene por objeto la prevención del delito como medio protector de la persona humana y de la sociedad". (Resolución Superior 19/03/98. 1!! Sala Penal. Corte Superior de Justicia del Callao. Exp. 1640-97).

- (1) Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 2ª edición. Madrid, 2000. Pág. 273.
- (2) Cfr. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Gral nada, 2003. Pág. 3.
- (3) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cil. Pág. 273.
- (4) Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la critica del discurso de resistencia". Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. Pág. 69; SCHÜNEMANN, Bernd. "Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. ¿ Un cambio de paradigma como exigencia moral? Traducción de Lourdes Baza. En: Temas actuales y pennanentes del Derecho Penal después del mi/enio. Tecnos. Madrid, 2002. Págs. 49 y sgtes.
- (5) Cfr. AMBOS, Kai. "Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio emprlico dogmático sobre ColombiaBolivia - Perú - Chile - Argentina. Ad-Hoc. 21 edición. Buenos Aires, 1999. Pássim.
- (6) JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 3.
- (7) Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 6ª edición. Barcelona, 2002. Pág. 123.
- (8) Cfr. CEREZO MIR, José. "El tratamiento penal de los delincuentes habituales". En: 110 años de la Procuradurfa General de la República. México. Págs. 67 y sgtes.
- (9) Cfr. MAURACH, Reinhart y GOSSEL, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 104.
- (10) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política Criminal y Persona". Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000. Pássim.
- (11) Artículo 1 de la Constitución Política del Estado: "La persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado".
- (12) In extenso, CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pássim.
- (13) Cfr. ROXIN, Claus. "La evolución de la polrtica Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Gómez Rivera y García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 156.
- (14) Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pássim.
- (15) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cil. Págs. 57 y 62.
- (16) Cfr. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3ª edición. Padova, 1992. Pág. 21; ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Luzón Peña, Diaz y Garcia Conlledo y De Vicente Remesal. Civitas.

Madrid, 1997. 5/1. Pág. 137: "Un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal"; JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 3: "El Derecho Penal debe al mismo tiempo, rechazando la violencia o la arbitrariedad, procurar al individuo un espacio en el que pueda decidir libremente y realizar sus resoluciones conforme a su propio criterio. Por eso, el Derecho Penal no solo restringe la libertad, sino que también la crea" [las negritas son nuestras]; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El Derecho Penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual". Bosch. Barcelona, 1981. Pág. 84, quien, refiriéndose al principio de fragmentariedad, señala: "Se trata, sin más ni menos, que de concebir al Derecho Penal no como limitador de la libertad personal sino como su garante, uno de los medios sociales para hacerla posible"; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995". Colex. Madrid, 1997. Pág. 70, cuando sostiene: "la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de las libertades y crea libertad".

(17) GÓPPINGER, Hans. "Criminología". Traducción de María Luisa Schwarck e Ignacio Luzurraga. Madrid, 1975.

Pág. 151, recuerda que: "[...] una confusión de la categoría enfermedad con las categorías deontológicas de las normas del Derecho Penal, o incluso una equiparación de las mismas, tendría como consecuencia, en última instancia, que cada legislador pudiera crear a discreción nuevas enfermedades y enfermos, mediante la implantación de nuevas normas, y que, a la inversa, personas consideradas hasta ahora como enfermas, se convertirían en 'sanas' mediante la supresión de tipos penales". Como recuerda LÓPEZ-REY y ARROYO, Manuel. "Criminología". Aguilar. Madrid, 1981. Pág. 93, el error de esta postura radica en pensar que un concepto médico-clínico puede aplicarse, sin más, a los hechos sociales.

(18) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Tratado de Criminología". Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 1999. Pág. 99.

(19) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 104.

(20) Cfr. MAIHOFER, Werner. "Principios de una democracia en libertad". En: Manual de Derecho Constitucional.

Dirigido por Conrado Hesse. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública. Madrid, 1996. 6/175. Pág. 316.

(21) Cfr. ROXIN, Claus. "Problemas actuales de Política Criminal". En: 100 años de la Procuraduría General de la República. Pág. 104: "En todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y malformaciones, son inevitables, existirán en todos los tiempos hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán delinquiendo. Esto no se podrá evitar jamás".

(22) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 100.

(23) En sentido semejante JESCHECK, Hans. Op. Cit. Págs. 2 y sgtes., cuando sostiene que la seguridad general que es promovida por el Derecho Penal: "No es una situación en la que no se cometa ningún delito, pero sí una en la que la criminalidad se mantiene dentro de ciertos límites y se halla controlada por el Estado, en el sentido de que los delitos cometidos son aclarados en alto porcentaje y se persiguen sin discriminación de la persona".

(24) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 105.

- (25) Cfr. RUIZ VADILLO, Enrique. "El Derecho Penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia". Col ex. Madrid, 1997. Pág. 99.
- (26) Por todos, BENDA, Ernesto. "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En: Manual de Derecho Constitucional. Dirigido por Conrado Hesse. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons Instituto Vasco de Administración Pública. Madrid, 1996.4/9. Pág. 121.
- (27) Algunos autores hacen de esta cuestión una característica independiente; véase FERNÁN DEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Tomo II. Temis. 2ª edición. Bogotá, 1994. Pág. 414, quien precisa como nota de la pena el ser costosa.
- (28) La pena no pierde su calidad de mal aún cuando una persona comete un delito para lograr obtener un beneficio de la cárcel, como comida o un lugar donde dormir. Como apunta SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11. 3ª edición. 8ª reimpresión. Buenos Aires, 1978. Pág. 363: "la pena sigue siendo un mal porque el Derecho valora más la libertad que el propio bienestar".
- (29) Cfr. LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona humana". En: Ius et Ver/taso Año X. N° 21. PUCP. Lima, 2000. Pág. 17.
- (30) Cfr. SENDA, Ernesto. Op. Cil. 4115. Pág. 124; ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Izquierdo Macias-Picavea. Revista de Derecho Privado. 1979. Pág. 40.
- (31) Apud. LANDA ARROYO, César. Op. Cil. Pág. 14.
- (32) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. Pássim.
- (33) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Pág. 97.
- (34) SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cil. Pássim.
- (35) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cil. Pág. 98.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ARTICULO II

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arts. 1,22,43,385.2 C. arts. 2.24. d, 103 C.P. arts. 111, V. VI, 11, 12 C.N.A. arto 189 C. DE P.P. arto 5 párrafo 3 C. T. arto IV D.U.D.H. arto 11.1 P.I.D.C.P. arto 15.1 C.A.D.H. arto 9

Comentario

José Urquiza Olaechea(1)

I. Generalidades

En un Estado de derecho -donde impera el sistema romano germánico- el principio de legalidad constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general y del Derecho Penal en particular. El principio de legalidad como correctamente afirma ROXIN(2)- exige que el Estado proteja al individuo y a la sociedad no solamente con el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Esto significa que el principio de legalidad obliga al Estado, por un lado, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y, por otro, a encontrar -dentro del ordenamiento jurídico-límites a su actividad punitiva.

De no ser por el principio de legalidad, el ciudadano quedaría en las más completa orfandad o desamparo, pues estaría a merced de una intervención irracional y arbitraria por parte del Estado en sus esferas de libertad y, de esta manera, restringiría al máximo los procesos de participación de los ciudadanos en el desarrollo de las instituciones.

(1) Debo agradecer a mi asistente del área académica, Nelson Salazar Sánchez, quien ha colaborado en la elaboración de este comentario al artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

(2) Al respecto, véase ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito". Tomo 1. Traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. 5/2. Pág. 37. En ese mismo, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentarios al Código Penal español". Dirigido por Cobo del Rosal. Madrid, 1999. Pág. 25, refiriéndose al principio de legalidad, señalan que es: "(...) una auténtica garantra de múltiples proyecciones, pues afecta al propio legislador, al ciudadano, al justiciable y, muy especialmente, al Poder Judicial, a mantener, en fin, unas paredes muy significadas de la Constitución".

Gracias al principio de legalidad la entelequia jurídicopolítica llamada Estado no puede intervenir en todos los fueros del ciudadano, en virtud de que cuando quiere hacerlo se encuentra maniatado por una camisa de fuerza que es la ley, la cual -mediante sus cuatro consecuencias o manifestaciones- le pone una barrera infranqueable que permite no solamente el respeto de las libertades ciudadanas, sino también el mantenimiento incólume de los fundamentos del mismo Estado democrático de Derecho.

Es por esta razón que en un Estado de Derecho se debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad. Su vigencia es irrenunciable y su violación injustificable⁽³⁾ porque esta institución jurídica -desde que fue introducida al Derecho Penal por FEUERBACH⁽⁴⁾ hasta la actualidad- representa la plataforma más sólida de todo el andamiaje de garantías que el ciudadano tiene frente al Estado. La vigencia del principio de legalidad es sinónimo de cristalización material del parágrafo 1° de la Carta Jurídico-Política, pues permite la ampliación y desarrollo de los ámbitos de libertad del ciudadano y, por tanto, del desarrollo pleno de sus potencialidades humanas. Por el contrario, la violación, cualquier fisura o relajamiento del principio de legalidad, implica el directo e inmediato aniquilamiento de las garantías penales y constitucionales de los ciudadanos, en virtud de la restricción o mutilación de los derechos fundamentales.

Como se ha señalado líneas arriba, el principio de legalidad pertenece a todo el ordenamiento jurídico del sistema romano-germánico⁽⁵⁾.

(3) Así COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. Pág. 25, afirman que: "El principio de legalidad globalmente considerado, solo puede imaginarse como inatacable, como el enunciado más inexorable de los que articulan el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho que consagra la justicia como valor superior del ordenamiento".

(4) Cabe mencionar que, si bien es cierto el penalista germano FEUERBACH es quien introduce en el Derecho Penal el principio Nullum crimen, nulla poena sine lege, recién a comienzos del siglo XIX esta institución jurídica propia de todo el ordenamiento jurídico romano-germánico, tiene un largo proceso de gestación que comienza con las ideas iluministas que buscaron mayores cuotas de justicia. Con la Filosofía de la Ilustración surgieron los planteamientos del contrato social y la división de poderes, los cuales fueron desarrollados por ROUSSEAU y MONTESQUIEU para debilitar las bases del antiguo régimen francés. Asimismo, el racionalismo iluminístico -que inspiró el surgimiento de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, los mismos que se levantaron contra el aparato judicial y de ejecución arbitrarios de esa época- ejerció una enorme influencia en los penalistas de entonces (v.gr. BECCARIA y FEUERBACH) quienes, basados en los ideales del Siglo de las Luces, introdujeron al Derecho Penal el principio nullum crimen, nulla poena sine lege, que solo puede ser dado por el Poder Legislativo.

(5) En ese sentido véase CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 23 y sgtes.

Es decir -a diferencia de lo que ocurre en el sistema anglosajón (donde la tradición jurídica y la jurisprudencia son las que prevalecen)- dentro del mundo jurídico eurocontinental, la ley es la principal fuente de Derecho en cualquier disciplina o rama del ordenamiento jurídico. En otras palabras, en nuestro sistema jurídico, únicamente la ley es la fuente vinculante de jueces, fiscales, políticos y ciudadanos. La jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios generales, etc. no vinculan a las personas ni a las instituciones; y, por tanto, no pueden ser fuente creadora de Derecho(6). La ley es la única institución que tiene dicho señorío, por cuanto condiciona a los miembros de una comunidad o Estado a comportarse de acuerdo a Derecho.

Es en el Derecho Penal donde el principio de legalidad cobra superlativa importancia, por cuanto la regulación de determinadas conductas implica la restricción de derechos fundamentales. No cabe la aplicación del Derecho Penal, si no es para restringir, mediante sus mecanismos o instrumentos, bienes jurídicos elementales de los ciudadanos, sobre quienes actúa su fuerza coercitiva. Por tanto, si la aplicación del ius puniendi significa la restricción de los ámbitos de libertad, la vigencia del mismo únicamente se realiza y debe realizarse a través de la ley, mas no mediante la jurisprudencia, el Derecho consuetudinario o cualquier otra fuente. Esto implica que solamente se van a restringir las libertades individuales de los ciudadanos mediante la aplicación de una pena cuando una ley así lo establezca en forma previa, expresa, clara, inequívoca e indubitable.

Para el principio de legalidad la "ley" no significa la aceptación expresa de toda ley penal, sino únicamente de aquellas que reflejan los intereses y las necesidades del pueblo. Es decir, la ley penal no puede ser obra del capricho del legislador, pues la ley penal se rige por criterios materiales de profundo e inestimable valor, como son el daño social, el merecimiento y la necesidad de pena(7).

(6) Debemos precisar que nosotros no negamos que la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y la doctrina son fuentes del Derecho Penal. Lo que afirmamos es que estas fuentes aludidas no obligan al legislador a crear delitos y penas, al juez a condenar o absolver a una persona y al ciudadano a adecuar su conducta.

En el Derecho Penal la jurisprudencia, los principios generales, el Derecho consuetudinario y la doctrina, sirven como complemento del desarrollo integrador del Derecho, o sea, como mecanismos que ayudan a precisar conceptos, siempre y cuando no perjudiquen a los ciudadanos. Al respecto, véase in extenso CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Pág. 24.

(7) En esa misma dirección BECCARIA, Cesare. "De los delitos y las penas". Edición Latinoamericana. Bogotá, 1994. Pág. 10, sostiene que: "(...) toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica (...) todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico".

De lo anteriormente señalado se colige que el principio de legalidad tiene, en su seno, un contenido de carácter material que protege al ciudadano de las garras del Leviatán, por cuanto, no exige únicamente que los delitos y las penas se creen mediante una ley, sino que consagra otras cláusulas no menos importantes, como:

1° la prohibición de crear delitos y penas mediante leyes indeterminadas; 2° la imposibilidad de crear delitos y penas mediante el Derecho consuetudinario; 3° la proscripción de crear delitos y penas a través de la analogía o con leyes que no son estrictas y; 4° la creación de delitos y penas mediante la aplicación retroactiva de las leyes. La primera -que se manifiesta mediante el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*- consiste en la exigencia que tiene el Estado de dar leyes claras que permitan y motiven al ciudadano a comportarse de acuerdo a Derecho, ya que de no ser así dichas leyes serían nulas e inconstitucionales(8). La segunda -que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*- exige al Estado que las normas jurídicas que crean delitos y penas sean escritas, de tal manera que los ciudadanos de una nación o país tengan la posibilidad de informarse sobre la licitud o ilicitud de sus conductas(9), pues sería ilógico, irracional e imposible exigir a los ciudadanos que se comporten de acuerdo a Derecho si no conocen cuál es el margen de lo permitido y de lo prohibido. La tercera -que enarbola el precepto del *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*- establece que el presupuesto (el delito), la fundamentación y la agravación de la sanción (pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria) se realicen dentro del sentido literal posible de la ley, mas no fuera de su significado literal-teleológico basado en una insignificante semejanza entre un caso regulado y otro distinto no regulado(10). La cuarta -que patentiza el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*- exige que tanto las consecuencias o sanciones jurídicas como los presupuestos de estas cobren vida, únicamente, después de la entrada en vigor de una ley, en virtud de que esta solo rige para hechos futuros y no para hechos pasados(11), ya que de aplicar retroactiva mente las leyes y, en especial las leyes penales, estaríamos menoscabando uno de los fundamentos del principio de legalidad: la seguridad jurídica.

II. Fundamento

El fundamento del principio de legalidad no logra obtener unanimidad y acuerdo entre los doctrinarios del Derecho Penal. Por ejemplo, autores como ROXIN consideran que el fundamento es tanto jurídico-político como jurídico-penal(12), mientras que MAURACH o MIR PUIG lo reconducen a la idea rectora del Estado de Derecho(13). A nuestro criterio, es posible encontrar tres fundamentos al principio de legalidad de diverso sentido y carácter. Por un lado, se tiene el fundamento político, que descansa en la democracia y en la división de poderes; por otro, un fundamento axiológico o de estimativa jurídica que reposa en la seguridad jurídica y, finalmente, debe incorporarse un fundamento preventivo-general. mientras que MAURACH o MIR PUIG lo reconducen a la idea rectora del Estado de Derecho(13). A nuestro criterio, es posible encontrar tres fundamentos al principio de legalidad de diverso sentido y carácter. Por un lado, se tiene el fundamento político, que descansa en la democracia y en la división de poderes; por otro, un fundamento axiológico o

de estimativa jurídica que reposa en la seguridad jurídica y, finalmente, debe incorporarse un fundamento preventivo-general.

(8) Sobre el fundamento, contenido y alcance de la prohibición de aplicar leyes indeterminadas en el Derecho Penal. Cfr. in extenso, ROXIN, Claus. Op. Cil. S/6S. Pág. 169, señala que una ley indeterminada o imprecisa y, por ello, poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además, es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo. No puede desplegar eficacia preventivo-general porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y por eso, su existencia tampoco puede ser la base para un reproche de culpabilidad". Asimismo, MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General", Repertorio 6ª edición. Barcelona, 2002. 4/16. Págs. 112 Y 113. En esa misma dirección JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares Sª edición. Granada, 2002. 1511. Pág. 138, sostiene que: "el legislador no debería intentar declinar sobre el juez su responsabilidad en la delimitación del comportamiento punible mediante el empleo de conceptos poco nítidos. Resulta decisivo que el primero de ellos (el legislador) elabore claramente el tipo del comportamiento punible por medio de un juego combinado de generalización y diferenciación".

(9) Acerca de las ventajas que tiene la criminalización por medio de la ley, mas no a través del Derecho consuetudinario, revítese: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. Op. Cil. Cap. 3; 1S/1. Págs. 136 y 137; ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 59 y sgtes; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 4/1S. Pág. 112, señala que "con la exigencia de una ley escrita queda, desde luego, excluida la costumbre como fuente de delitos y penas".

(10) Sobre los diferentes tópicos que abarca la prohibición de la analogía in malam partem véase in extenso (infra), en este mismo libro, el análisis que hago sobre el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

(11) Al respecto, cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cil. Cap. 3. 1S/IV. Pág. 147, sostiene que: "La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, puede ser declarada posteriormente punible; implica, asimismo, la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave en caso de que ya fuera punible".

(12) Así ROXIN, Claus. Op. Cil. S/11. Pág. 144, para quien el fundamento jurídico-político puede descomponerse en dos bases, como son el liberalismo político y la democracia y la división de poderes; asimismo, el fundamento \ jurídico-penal se bifurca en la prevención general y en el principio de culpabilidad.

1. Fundamento político

Representa el argumento que ejerce el mayor peso histórico en la vigencia del principio de legalidad. Se dice que para que las normas jurídicas sean legítimas deben emanar y ser expresión de la voluntad popular. No pueden provenir de un tirano, dictador o reyezuelo. Solo el pueblo tiene la soberanía estatal y puede delegar al Parlamento la emisión de leyes.

El depositario de la voluntad popular es el Parlamento, cuyos representantes son elegidos libremente por el pueblo. Por ello, solo el Parlamento está legitimado para dictar leyes. Ningún otro poder del Estado puede asumir dicha potestad, pues de hacerla estaría usurpando funciones que no le competen. Esto se debe a que el pensamiento filosófico, propio de la Revolución Francesa(14), que confrontó a la sociedad civil y al poder absoluto, llevó a concluir en la necesidad de que el Poder Legislativo sea el que emita las leyes para evitar que los jueces no instituyan las leyes(15). Es decir, el imperio de la leyes expresión democrático-representativa de la voluntad general y de la separación de poderes, que es consustancial al Estado de Derecho(16).

(13) De este modo MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Bofill Genszch y Dimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 154, al considerar al Estado de Derecho como fundamento constitucional de la pena y de la ley penal. También GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.

"Derecho Penal. Introducción". Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 2ª edición.

Madrid, 2000. Pág. 239, siguiendo la sentencia 133/87 y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional español. En esta línea puede ubicarse a MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 4/5. Pág. 75, quien deriva directamente el principio de legalidad del Estado de derecho.

(14) Como ya se ha señalado anteriormente el principio de legalidad surge a fines del siglo XVIII. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Director Cobo del Rosal. Madrid, 1999. Pág. 129, sostiene que "el nacimiento del principio de legalidad tiene su substrato en las ideas de finales del siglo XVIII que buscaron garantizar los derechos de los ciudadanos a través de la ley, como un medio de eliminar el arbitrio judicial que imperaba en el Antiguo régimen". En ese mismo sentido, aunque con ciertos matices, ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 142 señala que: "no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que ese quería darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas".

(15) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 81. En palabras de JAKOBS: "Una forma ideal de ley determinada en cuya aplicación el juez tuviera la mera función, el sentido de MONTESQUIEU, de bouche qui prononce les paroles de la loi no conduce -como ya señalaba MONTESQUIEU- a la división de poderes, sino a la completa subordinación del Poder Judicial al Legislativo.

El fundamento democrático del principio de legalidad es notorio, pues -como ya se ha señalado- si las normas jurídico-penales se caracterizan por imponer las mayores cargas coactivas y restricciones de derechos (vida, libertad, patrimonio, etc.) de todo el ordenamiento jurídico (siendo necesario que dichas normas provengan del centro de la representación popular: el Parlamento⁽¹⁷⁾), la democracia y el principio de división de poderes permiten una legitimidad por el origen de las leyes, en especial de las penales⁽¹⁸⁾.

El fundamento político del principio de legalidad tiene, pues, dos aspectos principales: uno de ellos refiere que solo el legislador puede dictar leyes penales, mientras que el otro destaca que las leyes penales no pueden sobrepasar y afectar mas allá de lo prudente los derechos individuales. El resultado de la conjugación de ambos puntos es la "seguridad jurídico-penal". Por esta razón, de no aceptarse el fundamento democrático del principio de legalidad y su asiento en el principio de división de poderes, se estaría admitiendo de manera implícita que las leyes, y en especial las de carácter penal, pueden tener un origen autoritario o ser impuestas sin ninguna clase de control tanto político como jurídico.

2. Fundamento jurídico-penal: prevención general

La ley penal desempeña como toda norma jurídica, pero con un valor especial en razón de su propia jerarquía normativa, una tarea pedagógica e instructiva en las diversas capas y estratos de la población respecto a cuáles son los ilícitos más graves y de mayor lesividad social que deben evitarse si es que no se quiere incurrir en alguna forma de responsabilidad penal y ser sujeto de una pena o medida de seguridad.

El efecto preventivo general queda destacado cuando la población puede conocer con exactitud acerca de los hechos (injustos) más graves que por la profunda perturbación social que suponen, los ciudadanos deben abstenerse de realizar o que por su especial situación de dominio o posición de garantía, deben tratar de impedir realizando la conducta que la norma manda. El precepto jurídico, llamado también supuesto de hecho, constituye el núcleo de la prohibición que describe el imperativo propio de la norma de conducta y que busca determinar o motivar a una persona a que actúe de una manera o de otra. Por su parte, la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) pretende brindar el soporte coactivo a manera de amenaza si el imperativo normativo no se cumple por el ciudadano, señaándole para ello que por

(17) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cit. 5/20. Pág. 145, cuando afirma: "La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad de los ciudadanos que la legitimación para determinar sus presupuestos solo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo".

(18) Cfr. BINDER, Alberto. "Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual".

En: Revista Brasileña de las Ciencias Penales. Año 8. W 29. Enero-marzo de 2000. Págs. 12 y sgtes.

cometer un hecho o abstenerse de realizarlo va a hacerse acreedor a una sanción jurídica negativa consistente en la privación de derechos esenciales. Todo esto nos lleva a concluir que la ley penal constituye la fuerza configuradora de las costumbres. Representa la Constitución negativa de un pueblo, con lo que permite el desarrollo y afianzamiento de la conciencia jurídica de la población.

El principio de legalidad del delito y de las penas afianza al ciudadano en sus contactos sociales. Evita la inseguridad e inestabilidad respecto a lo que se debe hacer u omitir. Es un punto de orientación cierto, confiable y claro. La confianza en las normas y la lealtad con el Derecho pasa por el conocimiento del contenido del injusto penal. De otro modo, el enjuiciamiento se vería peligrosamente sometido a la arbitrariedad de los tribunales, a la voluntad o deseos de poder político.

La confianza en las normas y la lealtad con el Derecho constituyen los contenidos de los procesos de comunicación y realización del ciudadano en cuanto a proyecciones psicológicas de ella que solo pueden ser alcanzadas mediante el principio de legalidad. Debe agregarse que solo la ley ofrece un tratamiento igualitario, elimina la arbitrariedad, ofrece estabilidad normativa y constituye el mejor punto de orientación del ciudadano en sus contactos sociales. Esto porque el principio obliga al legislador a explicar la razón de la punibilidad. Al juez lo somete al contenido de la ley penal y advierte al ciudadano la aptitud del Estado ante conductas lesivas.

3. Fundamento axiológico (seguridad jurídica)

Una de las principales características del principio de legalidad es la de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referidos a la realización de una función de organización y de realización⁽¹⁹⁾. La primera función se vincula a la ventaja que se le ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito.

La seguridad jurídica presta una función de garantía a los ciudadanos pues permite, sino eliminar, sí restringir el ámbito de la discrecionalidad del Poder Judicial en el momento de la emisión de una sentencia condenatoria. Logra que el ciudadano sepa a qué atenerse, ya sea cuando comete un hecho como cuando lo omite, y sepa además la naturaleza (pena o medida de seguridad), clase (pena privativa de libertad, pena restrictiva de derechos o días multa)

(19) Respecto a la función y características de la seguridad jurídica, véase HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. Pág. S44; RECASENS SICHES, Luis. "Vida humana, sociedad y Derecho". Porrúa. 3ª edición. México, 1952. Págs. 219 y sgtes.; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. "Filosofía del Derecho". Bosch. 5ª edición. Barcelona, 1979. Pág. 603, GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Porrúa. 7ª edición México, 1994. Pág. 477.

y duración de la sanción. Las consecuencias cuando se emprende una conducta o cuando se está a punto de ejecutarla se vuelven más calculables. La legalidad de los delitos y de las penas facilita no solo el conocimiento del contenido de la prohibición, sino también el de los límites de la misma. Es fácil ver la derivación del principio de taxatividad o determinación de la ley penal de los criterios de seguridad jurídica(20), pues únicamente las normas claras, sencillas y precisas posibilitan un correcto desarrollo de la personalidad en las relaciones y procesos sociales.

La seguridad jurídica se entiende solo dentro del marco penal. Así, la norma penal, en cuanto proceso de comunicación, debe crear confianza al sujeto libre en términos objetivos. Es decir, el aspecto psicológico de la confianza del sujeto -lo cual no es comprobable empíricamente- no tiene que ser resuelto por el Derecho Penal.

A lo que el Derecho Penal está obligado es a no degradar el sistema de comunicación ya no fortalecer consideraciones punitivas irreales o imaginarias aceptando que cumple una función de atemorizar a los individuos. Por el contrario, la seguridad jurídica, o protección de la confianza (21), será fuente generadora de normas eficientes en un mundo objetivo.

Para el ciudadano fiel, el Derecho, el sistema penal, debe reflejar predeterminación y la posibilidad de calcular sus procesos de comunicación, esto es, su comportamiento ajustado a la norma. El ciudadano fiel al Derecho confía en el legislador y sus decisiones solo cuando no lleva en su seno la "traición", el "abuso", o la "arbitrariedad" a través del Derecho Penal.

En virtud de la seguridad jurídica no se pueden aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en su tenor literal, por más semejantes o parecidos que sean a los abarcados por la ley, o a pesar de su mayor lesividad para el bien jurídico o su nocividad social. Se habla aquí, con razón, de una prohibición de analogía. Una decisión judicial que se base en el mero criterio personal del juez, en su subjetivismo o en una percepción emocional de los hechos, o que vaya más allá del tenor o sentido de la ley, deja de ser Derecho y se convierte en un acto arbitrario(22), que, según el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de dictarse, puede constituir incluso delito de

(20) Enfatizando en este tópico desde el punto de la filosofía jurídica, HENKEL, Heinrich. Op. Cit. Pág. 548. (21) JAKOBS, Günther. Op. Cit. Pág. 81, JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1996. Pág. 11, "la norma, a su vez, no es un suceso natural, sino un proceso de comunicación de expresión entre personas", (22) Según LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Op. Cit. Pág. 630, la arbitrariedad como conducta antijurídica de los órganos del Estado se presenta en cualquiera de estos tres supuestos: "a) por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; b) por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar por relación a una norma superior; c) por transgresión de la esfera propia de competencia ejecutiva". Para RECASENS SICHES, Luis. Op. Cit. Pág. 214, la arbitrariedad existe cuando "el poder público, con un mero acto de fuerza salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior o la sustituya".

prevaricato. Solo la ley viene a constituirse en el marco que legitima y concede validez a las decisiones judiciales.

De lo dicho se colige, como correctamente afirma GARCÍA MAYNEZ, que la seguridad jurídica tiene un doble aspecto: de orientación y de realización o confianza en el orden, es decir: "De seguridad de orientación o certeza del orden solo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas"(23).

En síntesis, el principio de legalidad, al establecer la ley escrita, requiere descubrir una conducta humana determinada dirigiéndose al conjunto de los ciudadanos y aplicado res de la ley penal. Las conminaciones penales que son parte del Derecho positivo se convierten en certidumbre jurídica y, como tal, en orientadoras: "El sujeto quiere saber cómo ha de comportarse según las exigencias del Derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué comportamiento puede esperarse o pretender de los otros; con otras palabras: qué hechos y obligaciones existen para él, y qué consecuencias jurídicas de su comportamiento se tiene que contar"(24).

III. El principio de lealtad penal en el ordenamiento jurídico peruano

Desde su positivación en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, celebrada en Francia el 26 de agosto de 1789, el principio de legalidad ha sido consagrado en varios documentos de carácter internacional, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Colombia el año de 1948, etcYS). Asimismo, el principio de legalidad ha sido consagrado en las diversas legislaciones nacionales a nivel ordinario y constitucional. Es así que este principio, expresión genuina del Estado de Derecho, se introduce en el ordenamiento jurídico peruano tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria.

(23) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cil. Pág. 478.

(24) HENKEL, Heinrich. Op. Cil. Pág. 547.

(25) Según MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 110: "Los antecedentes anteriores a la ilustración que pueden mencionarse -principalmente la Magna Charta Ubertatum inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la Constitutio Criminalis Carolina germánica, de 1532- no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así, la Charta Magna inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal, y la Carolina no prohibía la analogía contra el reo (...). Solo a partir de la ideología liberal impulsada por esta y consagrada políticamente, sobre todo a partir de la Revolución Francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado, dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano". "Solo desde entonces, citando a MEZGER, sostiene MIR, el principio nullum crimen, nulla poena sine lege es un Palladium de la libertad ciudadana".

1. El principio de legalidad penal en la Constitución

El principio de legalidad a nivel constitucional se encuentra regulado en el artículo 2 inc. 24, literal d(26), el cual establece que: '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'. De la presente redacción, cabe preguntarse:

¿hasta qué punto la Constitución de 1993 recoge genuinamente los criterios que deben imperar en un Derecho Penal racional, propio de un Estado democrático de Derecho, de tal manera que se materialice también en el ius puniendi las exigencias del artículo 1 de la Constitución? Veamos:

De lo consagrado por la Constitución se infiere que esta consagra el principio de legalidad no solamente en el Derecho Penal, sino también en el Derecho Procesal Penal. En el primero se manifiesta a través de la exigencia de que ningún ciudadano puede ser condenado por cualquier tipo de comportamiento (comisivo u omisivo), sino única y exclusivamente por aquel que está catalogado como delito en una ley previa, la cual debe estar vigente en el momento en que se realiza el comportamiento. En el segundo se expresa mediante la imposibilidad formal y material de que el Estado someta a los ciudadanos a un proceso penal cuando la conducta desplegada no es calificada como delito, pues resultaría ilógico, y lo que es peor, se traería abajo el principio de legalidad sustancial (y por tanto todas las garantías que dicha institución implica) si se permite al Estado que, arbitrariamente, realice un proceso penal contra los ciudadanos pese a que sus conductas no se encuentran prohibidas por el Derecho Penal. En conclusión, debemos señalar - en este primer punto de análisis de la perspectiva constitucional que tiene el principio de legalidad- que este quedará resquebrajado o dejará de tener vigencia cuando: a) se sanciona a los ciudadanos sin que su conducta o la sanción penal correspondiente se encuentren establecidos en una ley previa que esté vigente en el momento de la realización del comportamiento; b) se somete a los ciudadanos a un proceso penal sin que su comportamiento constituya delito alguno.

Junto a los principios de legalidad sustantiva y adjetiva, la Constitución consagra el principio de taxatividad, el cual se expresa mediante la frase "de manera expresa e inequívoca". La Constitución, a través del principio de taxatividad, exige tribunales que las leyes establezcan que las normas (leyes)

(26) Sobre los antecedentes más inmediatos de la regulación del principio de legalidad a nivel constitucional se puede citar la Constitución de 1979, la que, en su artículo 2, inc. 20, literal d, establece que: "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". Asimismo, la Constitución del Perú de 1933 en su artículo 57 establece que: "Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia".

creadoras de delitos y penas sean claras, de tal manera que los ciudadanos puedan comprender el mensaje de la norma y se motiven de acuerdo a ella. En otras palabras, la Carta Política señala que: 1 Q) sí el Estado quiere criminalizar las conductas que son lesivas para él o para la sociedad, dicha criminalización no debe adolecer de ambigüedades y, por el contrario, debe estar llena de claridad, certeza y sencillez; 2Q) las sanciones diseñadas para las conductas que son calificadas como delitos deben estar consagradas en forma indubitable en el Código Penal, lo cual significa que el legislador está obligado a establecer con nitidez no solamente el quantum de pena, sino también la clase de esta. De lo manifestado, en relación con el principio de taxatividad, se colige que se violará el principio de legalidad o bien cuando las conductas que se catalogan como delitos sean descritas con imprecisión, vaguedad o indeterminación; o bien cuando -pese a que el presupuesto (conducta típica) se encuentra establecido en forma clara- el quantum o clase de pena adolezca de indeterminación.

Asimismo, dentro de la perspectiva constitucional se consagra el principio de reserva de la ley mediante la expresión "ley". Esta palabra, aparentemente insignificante, es de singular importancia, pues de su contenido emana el principio de reserva de la ley⁽²⁷⁾, cuya presencia no solo es necesaria para mantener garantizados los ámbitos de libertad de los ciudadanos, sino sobre todo para hacer realidad y conservar la vigencia del ordenamiento constitucional de un Estado de Derecho. Gracias al principio de reserva de la ley, se responde satisfactoriamente las interrogantes: ¿cuál es el órgano del Estado que se encuentra legitimado constitucional y legalmente para crear delitos y penas?, ¿qué tipo de normas jurídicas son las que deben prescribir las conductas delictivas y las sanciones correspondientes?, ¿cuál es el mecanismo que debe seguir la elaboración de las normas que describen los delitos y las penas?

Con relación a la primera interrogante, se debe dejar en claro que la Constitución de 1993 en su artículo 102 establece que es el Poder Legislativo la institución encargada de dar leyes. De este precepto se infiere que el parlamento es el ente que tiene la primacía o competencia legisferante sobre los otros órganos constitucionales encargados de emitir normas jurídicas de carácter positivo. Esto significa que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial-pese a que constituyen pilares fundamentales del Estado de Derecho- están impedidos de emitir normas que creen delitos y penas. El señorío del Poder Legislativo en la elaboración de leyes que creen delitos y penas se debe a que a través de él se expresa en mejor forma la voluntad del pueblo y del Estado. Lo afirmado se fundamenta en virtud de que es el Poder Legislativo la institución mas idónea por medio de la cual se canalizan políticamente los valores de la sociedad, lográndose de esta manera que la voluntad del Estado sea auténtica manifestación de la voluntad de la sociedad.

(27) En torno al principio de reserva de la ley, véase JESGHEGK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Gil. Cap. 3. 15/IV.

Por otro lado, haciendo una interpretación teleológica del artículo 2 inc. 24, literal d de la Constitución, se concluye que para crear delitos y penas no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República siguiendo los mecanismos que establece la Constitución, sino que, además, es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva; es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igual o menor rango y, por otro, tengan la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional, de indiscutible cumplimiento -y que se conoce como principio de jerarquía normativa- se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, el cual establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por la norma constitucional excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas que tienen rango de ley (v.gr. las resoluciones legislativas, los decretos leyes, los decretos de urgencia, las resoluciones ministeriales, las ordenanzas municipales, los edictos municipales, etc.) puedan crear delito y penas.

No obstante haber afirmado que en un auténtico Estado democrático de derecho se encuentra proscrita la posibilidad de criminalizar y descriminalizar conductas mediante normas jurídicas distintas a la ley ordinaria, debemos precisar que en nuestro ordenamiento jurídico dicha exigencia es un mero discurso romántico literario, pues la mayor cantidad de criminalizaciones se han producido por vía de los decretos legislativos, previa autorización del Poder Legislativo(28). Esta modalidad de creación de delitos y penas a través del Poder Ejecutivo le quita legitimidad al principio de legalidad y, por tanto, menoscaba los fundamentos o piedras angulares sobre los que se levanta la columna vertebral o ratio essendi del Estado democrático constitucional de derecho. Los decretos legislativos no deben crear delitos ni penas, pues, por un lado, no son expresión de la voluntad popular, porque ocurre que quienes elaboran este tipo de normas jurídicas no representan a la Nación(29) (por ejemplo, el Consejo de Ministros) y, por otro, no son objeto de un debate y deliberación rigurosos que sí se da en el Parlamento. En consecuencia, están imposibilitados de dar normas jurídicas que restringen derechos fundamentales.

(28) Al respecto el artículo 104 de la Constitución establece: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos sobre la materia específica y por el plazo determinado en la ley autoritativa (...) Los decretos legislativos en cuanto a su promulgación, publicación vigencia y efectos se encuentran sujetos a las mismas normas que rigen para la ley".

(29) En lo que se refiere al Presidente de la República se debe dejar en claro que, si bien es cierto la Carta Magna en su artículo 110 establece que el Presidente de la República personifica a la Nación, este no representa al pueblo para efectos de dar leyes que restrinjan los ámbitos de libertad, pues para tal fin se encuentra el Poder Legislativo.

Desde un punto de vista de lege lata -y haciendo solo una interpretación gramatical del texto constitucional- se puede caer en el error de afirmar que en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra permitida la creación de delitos y penas a través de los decretos legislativos, lo cual es inaceptable. Pues, haciendo una interpretación teleológica de la Constitución -compatible con el respeto a las libertades individuales y los fundamentos democráticos que emanan del Estado de Derecho-, sostenemos que los procesos de incriminación y descriminalización únicamente son posibles mediante leyes ordinarias. Más aún, desde la perspectiva de lege ferenda, afirmamos que las normas jurídicas que restringen derechos fundamentales de los ciudadanos (v.gr. la libertad, el patrimonio, etc.) deben tener el carácter de ley orgánica(30), pues resulta incomprensible y fuera de toda lógica que, por un lado, la Constitución en su artículo 1 señale que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado" y, por otro, no solamente desproteja las libertades de sus ciudadanos, sino, lo que es peor, atente contra sus bienes jurídicos básicos mediante la creación de delitos y penas con leyes ordinarias o decretos legislativos.

El principio de legalidad en el texto constitucional no hace referencia en forma expresa a las medidas de seguridad, pues solamente se refiere al delito y a la pena; por lo que si se hace una ligera interpretación se llegaría a la conclusión errónea de considerar que el principio de legalidad constitucional no abarca a las medidas de seguridad, lo cual es muy peligroso, porque implicaría la aceptación de restringir los ámbitos de libertad de los ciudadanos, mediante la aplicación de medidas de seguridad que no están previstas con antelación en la ley de manera expresa, inequívoca e indubitable, lo cual se debe descartar de plano. Hay que señalar que esto no es así, pues la norma constitucional hace alusión al término "infracción", el cual no solamente abarca a las consecuencias jurídicas (v.gr. la penas), que se imponen a un sujeto con capacidad de imputabilidad que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sino que abarca también a las consecuencias jurídicas (v.gr. las medidas de seguridad) que se imponen a los sujetos que -sin tener capacidad de culpabilidad- lesionan o ponen en riesgo bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. El simple hecho de que la Constitución no precise, en forma detallada, el alcance del principio de legalidad a las medidas de seguridad, no significa que estas quedan fuera de su ámbito de aplicación. Por el contrario, dichos mecanismos de control social se encuentran dentro del radio de acción del principio objeto de comentario, pues la Carta Magna correctamente ha optado por utilizar el concepto "infracción" -que es de carácter general-, con lo cual subsume

(30) Sostenemos que las leyes que crean delitos y penas deben seguir el procedimiento diseñado para las leyes orgánicas, por cuanto estas últimas necesitan de un mayor consenso por parte de los parlamentarios, lo cual permite que la aprobación de estas normas (que restringen los derechos fundamentales), se dé después de un riguroso debate, que desde el punto de vista material, tiene mayor legitimidad social en virtud de que son expresión auténtica de la voluntad popular.

a las penas y medidas de seguridad que son de carácter especial. Asimismo, la Constitución no tiene por qué ser un reglamento o catálogo de prohibiciones y permisiones, pues esto atentaría contra su propia esencia, por el contrario, la Carta Política -como suprema norma jurídica y política de un país, que se caracteriza por ser la directriz o faro orientador de todo el ordenamiento jurídico- solamente consagra principios o valores supremos de la sociedad y del Estado, por ejemplo, el principio de legalidad cuando utiliza el término infracción. Exigir que la Constitución describa en forma detallada lo que regulan los otros cuerpos normativos de menor jerarquía (por ejemplo, en materia civil, penal, tributaria, etc.) sería atentar contra su propia esencia.

Sabiendo que es el Parlamento el único ente facultado para llevar adelante los procesos de incriminación y despenalización, queda por analizar el procedimiento que se sigue en la elaboración de las leyes que restringen derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, el principio de reserva de la ley exige que tales preceptos discurren por el sendero que señalan la Constitución y las leyes (v.gr. el Reglamento del Congreso(31)). Al respecto, la Carta Política del Perú en sus artículos 107, 108 y 109 estipula que dichas normas jurídicas tienen que ser aprobadas por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, después de pasar por las fases de: a) iniciativa legislativa(32), b) estudio en comisiones(33) y c) debate en el pleno. Por tales consideraciones el principio de legalidad penal, en nuestros días, se encuentra inexorablemente ligado a la Constitución. Pues es indiscutible que de la norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, el fin de la pena.

(31) Sobre el carácter formal y material de las leyes ordinarias que restringen derechos fundamentales, véase ampliamente el Reglamento del Congreso, cuerpo de leyes que en su artículo 72, señala: "mediante el procedimiento legislativo se persigue aprobar leyes de carácter general y resoluciones legislativas, las mismas que pueden ser: a) Leyes ordinarias, b) Leyes de reforma de la Constitución, c) Leyes orgánicas (...)". Asimismo, el artículo 73 del mismo cuerpo de leyes señala las etapas del procedimiento legislativo en los términos siguientes: "El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) iniciativa legislativa, b) estudio de comisiones, c) debate en el pleno y d) aprobación y promulgación".

(32) El artículo 107 de la Constitución señala que tienen iniciativa legislativa el Presidente de la República y los congresistas. Asimismo, precisa que también tienen el mismo derecho en las materias que le son propias, los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales. El mismo precepto establece que este derecho se hace extensivo a los ciudadanos de acuerdo a ley. Asimismo, el artículo 104 del Reglamento del Congreso estipula que se entiende por iniciativa legislativa: "al derecho y la capacidad que tienen los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución Política para presentar proposiciones de ley ante el Congreso", siempre que estas proposiciones cumplan con tener los siguientes requisitos: "exposición de motivos, el análisis del costo beneficio de la futura norma legal y, de ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos" (cfr. artículo 75 del mismo cuerpo de leyes).

(33) Sobre la forma cómo se realiza el estudio en las comisiones, cfr. in extenso el artículo 77 del Reglamento del Congreso, en cuyo contenido se señala lo siguiente: "Recibida la proposición de ley o resolución legislativa, el Oficial Mayor le envía a una Comisión para su estudio y dictamen, previa consulta con un miembro de la Mesa Directiva. El estudio en las comisiones tiene un plazo máximo de treinta días útiles para expedir el dictamen respectivo, cualquier otra Comisión podrá solicitar estudiar el tema (...)".

De lo señalado líneas arriba se deduce que la relación Estado de Derecho y Estado constitucional es sumamente profunda, en el sentido de que la ley, y en concreto la ley penal, mediante su poder normativo, somete a los poderes públicos, esto es, la regulación jurídica predeterminada forja la idea de que efectivamente existe un Estado Constitucional.

El artículo 104 de la Constitución debe interpretarse en relación con la materia sustancial de la materia penal en los siguientes términos: la concentración de la facultad de expedir leyes por parte del Poder Ejecutivo no debe afectar la esencia del principio de legalidad, como es el respetar los principios de humanidad y proporcionalidad. El Poder Ejecutivo no puede excluir de su programa de política criminal los criterios fundamentales del pensamiento constitucional, por ejemplo, la resocialización como criterio de prevención especial a favor de los reos. Asimismo, una ley penal no puede menoscabar, bajo ningún punto de vista, la dignidad de la persona humana.

2. El principio de legalidad penal en el sistema jurídico-penal propiamente dicho

Consideraciones de índole constitucional y de lógica jurídica establecen que el principio de legalidad penal se extiende a todas las ramas del Derecho que están relacionadas directa o indirectamente con el Derecho Penal. Por tanto, el ámbito de aplicación del principio de legalidad, dentro del sistema punitivo, no abarca solamente el Derecho Penal sustantivo, sino también el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penitenciario.

A. El principio de legalidad penal en el artículo 11 del Título Preliminar del Código Penal

El Código Penal en el artículo II del Título Preliminar, establece que: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". De la presente redacción es imprescindible responder la siguiente pregunta: ¿el principio de legalidad consagrado en el Código Penal tiene el mismo alcance que el principio de legalidad penal regulado en la Constitución, lo que permitiría garantizar exitosamente los ámbitos de libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal, y conseguir, de esta manera, la materialización de los fundamentos que inspiran al Estado democrático de Derecho? Paralelamente a esta pregunta, de carácter general, dentro del Derecho Penal se debe responder a la siguiente pregunta: ¿a qué categorías del Derecho Penal se aplica el principio de legalidad?

Para responder a la primera interrogante tenemos que comenzar analizando la redacción que posee el artículo II del Título Preliminar del Código Penal y compararla con la redacción que posee el principio de legalidad en la Constitución. De dicha interpretación comparada se colige que el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal peruano -en virtud de una interpretación sistemática y teleológica conforme a la Constitución- sí cumple con las exigencias del Estado democrático de Derecho. Veamos por qué.

Con la finalidad de determinar correctamente los alcances o ámbito de aplicación del principio de legalidad en el Derecho Penal, tenemos que analizar el principio de legalidad no solo atendiendo al artículo II del Título Preliminar del Código Penal, sino también dando una mirada a lo estipulado en otros párrafos de dicho cuerpo legislativo. El principio "no hay delito sin ley" es un postulado estructural del Estado de Derecho, cuya plasmación más importante, después del artículo II del Título Preliminar del Código Penal-la prohibición de agravación retroactiva de la pena-, se formula expresamente en el artículo 6 del mismo cuerpo de leyes, el cual establece que: "La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. (...) Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley". Por tanto -atendiendo a lo señalado y en pro de dar una respuesta dogmática correcta sobre cuáles son las categorías del Derecho Penal a las que se aplica el principio de legalidad-, los contenidos de dicha institución jurídica se tienen que analizar en dos ámbitos. Estos ámbitos son los pertenecientes a los postulados:

a) Nullum crimen sine lege (no hay delito sin ley); b) Nulla poena sine lege (no hay pena sin ley).

a. El principio nullum crimen sine lege (34) a.1 . El principio nullum crimen sine lege en el delito

El principio nullum crimen sine lege, por su especial importancia, se aplica tanto a la Parte General como a la Parte Especial del Código Penal(35). Dentro de la Parte General el principio de legalidad tiene vigencia en: las causas de ausencia de acción, las reglas de la autoría y participación, las condiciones objetivas de punibilidad, las leyes penales en blanco, las reglas de la tentativa, los delitos culposos y delitos dolosos, los elementos de la antijuridicidad (v.gr. las causas de justificación), los elementos de la culpabilidad (por ejemplo, las causas de inculpabilidad) y, en general en todos los tópicos que inciden directa o indirectamente en los ámbitos de libertad de los ciudadanos. En la Parte Especial el alcance del principio de legalidad se expresa en todos y cada uno de los elementos típicos de los respectivos tipos penales. En todos los tópicos mencionados -tanto de la Parte General como de la Parte Especial- el principio de legalidad se manifiesta en sus cuatro consecuencias (vide supra): la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal, la prohibición de dar y aplicar leyes indeterminadas, la prohibición de aplicar el Derecho consuetudinario y la prohibición de aplicar la analogía.

Claro está que dichas prohibiciones solo tienen vigencia cuando perjudican al ciudadano, mas no cuando lo favorecen, situación en la cual sí se aplican retroactivamente.

(34) Así, ROXIN, elaus: Op.cit. 5/53. Pág. 163, refiriéndose a la irretroactividad de la ley penal desfavorable, sostiene que: "(...) rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material".

(35) Ibídem.

a.2. El principio nullum crimen sine lege en las faltas

El principio nullum crimen sine lege se hace extensivo y se aplica también a las faltas⁽³⁶⁾. Es totalmente lícito y legítimo sostener que si el principio de legalidad protege al ciudadano frente al Estado -pese a que ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos fundamentales que están tutelados por el Derecho Penal- con mucha más razón el principio de legalidad debe proteger al ciudadano de la arbitrariedad estatal cuando su conducta no es tan grave. De no aplicarse el principio de legalidad a las faltas se violaría el principio de justicia material por cuanto se estaría protegiendo a quienes realizan conductas más graves (por ejemplo, un homicidio) y se dejaría en total desamparo a quienes despliegan conductas menos graves (v.gr. la sustracción de S/. 100.00).

b. El principio nulla poena sine lege

El principio nullum crimen sine lege se completa con la fórmula nulla poena sine lege. Ello quiere decir que el principio de legalidad exige que no solo la conducta típica o presupuesto debe estar previamente establecida en la ley -en forma expresa, inequívoca e indubitable-, sino también las consecuencias jurídicas del delito (v.gr. las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias). Si el fin del Derecho Penal es la creación de libertad jurídica, para que los ciudadanos puedan participar en forma activa en los procesos dialécticos de intercomunicación individual y colectiva, tiene que hacerla a través de la seguridad jurídica, la cual -en el Derecho Penal- se manifiesta mediante la prescripción de conductas típicas y de las correspondientes consecuencias jurídicas. No puede haber seguridad jurídica -y por tanto no se protege al ciudadano frente al poder punitivo del Estado- si únicamente se prescriben supuestos de hecho, y no se estipula el quantum y la clase de consecuencia jurídica, porque la arbitrariedad estatal se puede expresar (como efectivamente ocurre) a través de la imposición de consecuencias jurídicas que no están establecidas con antelación al hecho.

Las consecuencias jurídicas a las cuales se aplica el principio de legalidad, como ya se ha señalado, son la pena, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias. Veamos cada una de ellas.

b.1. El principio nulla poena sine lege en la consecuencia principal del delito (en la pena)

En lo que respecta a la pena es indiscutible que esta debe estar prescrita con anterioridad al hecho delictivo y estar vigente durante la comisión del mismo⁽³⁷⁾. La legalidad de la pena implica tanto el quantum como la clase, ya que la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos se puede realizar por cualesquiera de las dos vías.

(36) Se debe precisar que se aplican a las faltas, sin excepción, todas las reglas del principio de legalidad diseñadas para los delitos.

Por ejemplo, a través del quantum, el legislador se podría sentir motivado y aumentar la pena prevista para un determinado delito; sin embargo, esta no puede ser aplicada a las conductas delictivas de la misma naturaleza jurídica que han sido realizadas antes de la vigencia de la norma que aumenta la pena, porque su imposición implicaría la violación del principio de legalidad.

De igual forma la arbitrariedad estatal puede restringir las libertades individuales mediante la clase de pena, por ejemplo, mediante ley, en un delito ya existente, se puede cambiar la clase de pena, no obstante la nueva clase de pena no se podrá aplicar a los delitos que se hayan cometido durante la vigencia de la ley anterior, por los impedimentos señalados en el quantum de pena. Estas exigencias de no aplicar a una conducta humana penas que no están establecidas con anterioridad en una ley no emanan del principio "no hay delito sin ley", sino del postulado "no hay pena sin ley", pues ya había un tipo penal en el momento de la comisión del hecho; únicamente el principio nulla poena sine lege es el que da seguridad al autor sobre la consecuencia jurídica que se le va a imponer.

b.2. El principio de legalidad en las medidas de seguridad

De los artículos 11 del Título Preliminar y 6 del Código Penal se extrae la exigencia infranqueable de que las medidas de seguridad estén sujetas a las reglas del principio de legalidad⁽³⁸⁾. Como ya se ha señalado en líneas anteriores, las medidas de seguridad -si bien es cierto no son penas- tienen la misma naturaleza aflictiva para el sujeto a quien se impone. Tanto pena como medida de seguridad restringen los derechos fundamentales del ser humano. Incluso, las medidas de seguridad pueden resultar más drásticas y crueles que la pena para el individuo que carga con ellas; pues no olvidemos que, mientras las penas tienen como fundamento y medida de imposición a la culpabilidad y a las necesidades preventivo-generales, las medidas de seguridad poseen como

(37) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 5/4. Pág. 138, señala que el principio no hay pena sin ley implica que: "no solo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía, han de estar legalmente fijadas antes del hecho" (36) Que las reglas del principio de legalidad (v. gr. La prohibición de la analogía in malam partem y la prohibición de la irretroactividad desfavorable, etc.) se extienden también a las medidas de seguridad es opinión de la doctrina mayoritaria. En la doctrina nacional muy pocos son los autores que se han pronunciado sobre el tema; uno de ellos, CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 105, quien afirma que: "las reglas del principio de legalidad también se aplican a las consecuencias accesorias". En la doctrina extranjera es dominante la concepción de que el principio de legalidad también rige en el campo de las consecuencias accesorias. Así, en Alemania, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cil. Cap. 3. 15/1V. Págs. 148 y 149 precisan que "(...) quedan excluidas las medidas de seguridad en tanto que la ley no determine otra cosa (...), puesto que de conformidad con el legislador lo que resulta adecuado a los fines tiene que operar inmediatamente, por lo que, por ejemplo, para que se aplique una consecuencia accesoria distinta a las que están establecidas en la ley vigente durante la comisión del hecho delictivo, la misma debe estar regulada en forma expresa e inequívoca en dicha norma".

fundamento a la peligrosidad del sujeto y como baremo a las necesidades estatales. En esa línea, las penas serán drásticas si los requisitos de merecimiento y necesidad así lo exigen, es decir, tienen que concurrir los dos; en cambio la imposición y dureza de las medidas de seguridad se impondrán con la sola concurrencia de las necesidades preventivo-generales aunque no haya culpabilidad. En consecuencia, si las medidas de seguridad tienen la misma naturaleza que las penas, y en muchos casos son más lacerantes, es inobjetable que también están sometidas a los alcances del principio de legalidad.

b.3. El principio de legalidad en las consecuencias accesorias(39).

No es totalmente pacífica la problemática de si también las consecuencias accesorias o jurídico-económicas del delito se rigen por el principio de legalidad, sin embargo, la opinión dominante, con criterio atinado, sostiene que el principio nulla poena sine lege consagrado en la Constitución y en el Código Penal también garantiza el principio de legalidad de las consecuencias accesorias de la pena.

Esto es así, porque los términos: "condena" y "sanción" -utilizados en los artículos 2, inc. 24, literal d y 11 del Título Preliminar de la Constitución Política y del Código Penal respectivamente- se pueden interpretar, sin forzarlos, en el sentido de que abarcan a la pena, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Con dicha interpretación, las consecuencias accesorias (v.gr. la reparación civil) tampoco se podrían aplicar si antes del hecho no han estado establecidas en una ley. Con esto, si posteriormente se agrava la previsión legal de pena pero no se agrava la regulación de las consecuencias accesorias, no se podrá aplicar consecuencia accesoria más grave o distinta que aquella que estuvo establecida en el momento de la comisión del hecho delictivo, aunque entre en vigencia la modificación que agrava la pena. Tampoco se puede imponer consecuencia accesoria alguna si se agrava el

Asimismo, ROXIN, Glaus. Op. Cit. 5/53. Pág. 163, refiriéndose a la irretroactividad de la ley penal desfavorable, sostiene que: "(...) de permitir la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es totalmente incongruente con los fines del principio de legalidad, ya que el legislador puede hacer que una intromisión penal retroactiva que estaría prohibida resulte admisible transformándola, con un cambio de etiqueta, en una medida de seguridad. No obstante, que la regulación resulte inconstitucional precisamente por eso es algo que resulta dudoso, porque no hay datos que apoyen la conclusión de que el legislador constitucional, al que le era perfectamente conocida la distinción entre penas y medidas, hubiera querido desligar el principio de legalidad de su limitación histórica a la pena" rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material; MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 112, deja establecido que las garantías establecidas para la legalidad de la pena también deben exigirse respecto de las medidas de seguridad y sus presupuestos.

(39) Al respecto ROXIN, Claus. Op. Cit. 5/53. Pág. 163, afirma que la prohibición de retroactividad desfavorable: "(...) rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias". JESGHEGK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit. Gap. 3. 15/1V. Pág. 147, refiriéndose a la irretroactividad de la ley penal que perjudica al ciudadano, señalan que esta: "(Oo.) se extiende, además, a otras medidas posteriores que puedan perjudicar la posición jurídica del autor".

quantum o la clase de estas -conjunta o separadamente a la pena- si no ha estado establecida previamente en la ley, esto es, en forma retroactiva.

B. El principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal

Si hemos afirmado que la norma jurídica de mayor jerarquía se caracteriza por tener una correcta redacción, no podemos decir lo mismo con respecto a la regulación que se establece en el Código Penal. Veamos por qué.

Debemos señalar que el artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano solamente hace referencia al Derecho Penal sustantivo, mas no al Derecho Procesal Penal, lo cual es un gravísimo error del legislador, porque si se quiere proteger al ciudadano de la arbitrariedad estatal, tiene que realizarlo tanto a nivel del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal. Si se excluye de los alcances del principio de legalidad a los contenidos del Derecho Procesal Penal, no se puede evitar que el poder punitivo del Estado avasalle con las libertades individuales y, por tanto, tampoco se pueden crear ámbitos de libertad jurídica que permitan a los ciudadanos poder participar en los procesos de relación

Esta redacción distinta, aparentemente insignificante, entre la Constitución y el Código Penal, es de suma importancia, ya que si se hace una interpretación restrictiva del artículo II del Título Preliminar del Código sustantivo, se puede llegar a la nefasta conclusión de considerar que el principio de legalidad no abarca al Derecho Procesal Penal. Esta forma de interpretar el artículo 11 del Código Penal y, por tanto, el ámbito de aplicación del principio de legalidad, no es compartida por nosotros, por cuanto quebranta los fundamentos esenciales del Estado de Derecho, en el cual el principio de legalidad tiene como finalidad: a) someter el poder político y la arbitrariedad estatal a la ley y b) proteger los ámbitos de libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal a través del establecimiento de la seguridad jurídica. Con la exclusión del Derecho Procesal Penal de los alcances del principio de legalidad, se da libertad absoluta al Estado para que este haga ejercicio del omnímodo poder político (Leviatán), el mismo que se manifiesta mediante el reinado de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, fenómenos que son sinónimos de restricción absoluta de las libertades individuales y violación flagrante de los Derechos Humanos.

Sin embargo, si se hace una interpretación correcta (teleológica y sistemática) del principio de legalidad, esto es, interpretar el artículo 11 del Código sustantivo conforme a las directrices constitucionales de la Carta Política, se llega a la conclusión acertada de afirmar que el contenido del principio de legalidad se aplica también a las categorías o instituciones del Derecho Procesal Penal. Si bien es cierto que el artículo 11 del Título Preliminar del Código Penal no hace referencia expresa al principio de legalidad de las instituciones jurídico-procesales, en la Constitución sí se encuentra regulado en forma clara e inequívoca, cuando el literal d del inc. 24 del artículo 2 señala que: "Nadie será procesado (...) 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"; artículo que debe complementarse con el contenido del párrafo 139 inc. 3 del mismo

cuerpo normativo, donde se consagra que: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto [...]". Del contenido de estos dos preceptos se deduce que el principio de legalidad y todas sus consecuencias sí se aplican al Derecho Procesal Penal sin objeción alguna, pues la referencia acerca de la prohibición que los ciudadanos sean sometidos a procedimientos que no estén previamente establecidos y vigentes durante la comisión del hecho delictivo, indica claramente el carácter obligatorio o vinculante que posee el principio *tempus regís actum* en las instituciones del Derecho Procesal Penal que, es válido recalcar, constituye la premisa general de todo el principio de legalidad no solamente del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Además, por exigencia del principio de jerarquía normativa -prescrito en el artículo 51 de la Carta Magna que señala que la norma constitucional se impone sobre toda norma legal y esta sobre toda norma de inferior jerarquía- es imprescindible la aplicación del principio de legalidad en el campo del Derecho Procesal Penal. Pues solo mediante la vigencia del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal se logra materializar el contenido del artículo 51 de la Constitución, esto es, el cumplimiento del mandato constitucional que prohíbe que los ciudadanos sean sometidos a procedimientos que previamente no han estado establecidos en la ley en forma expresa inequívoca e indubitable; lo cual significa que lo estipulado por el Código Penal y el Derecho Procesal Penal ceden ante lo normado por la Constitución(40).

Desde el punto de vista lógico, el fundamento de la preponderancia de lo normado por la Constitución por encima de lo regulado en el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, radica en el principio o razonamiento *argumentum a maiore ad minus* (41). Según este principio, si tiene validez la norma jurídica más fuerte o drástica, con mayor razón tiene validez la norma jurídica más débil

(40) Para tener una visión completa y correcta de la vigencia del principio de legalidad no solamente en \11 Derecho Penal, sino también en el Derecho Procesal Penal, véase el artículo 138, 22 párrafo de la Carta Jurídico-política, el cual señala que: "En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra de rango inferior". Cabe precisar, de lo señalado, que el principio de jerarquía normativa no se aplica solamente cuando existe incompatibilidad entre la norma constitucional con una ley, o entre una ley y otra norma de menor rango, sino también y sobre todo- cuando, pese a no existir incompatibilidad, sí existe un vacío (v.gr. la falta de regulación expresa del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal).

(41) Así KLUG, Ulrich. "Lógica jurídica". Temís. Bogotá, 1990. Pág. 56.

benévola(42). En el caso bajo análisis, la norma jurídica más fuerte es la contenida en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal y la norma jurídica más débil está conformada por los preceptos 2, inc. 24, literal d; 51 Y 138, 2Q párrafo de la Constitución. El artículo 11 del Código Penal es la más fuerte, porque sus consecuencias jurídicas que restringen los derechos fundamentales de los ciudadanos son de mayor alcance; mientras que la norma jurídica menos fuerte o más benigna es la norma constitucional, en virtud de que sus consecuencias jurídicas que reducen los ámbitos de libertad tienen un radio de acción más pequeño. Por tanto, sí tiene validez o vigencia el principio de legalidad prescrito en el artículo 11 del Código Penal, que solo hace referencia expresa a los contenidos del Derecho Penal; con mayor razón tiene aplicación el principio de legalidad regulado en la Constitución que hace referencia también al Derecho Procesal Penal. En otras palabras, si en un Estado de Derecho -donde las instituciones jurídicas están creadas para garantizar las libertades individuales- tiene validez y legitimidad la vigencia de instituciones jurídicas que no protegen en forma eficaz los ámbitos de libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal (v. gr. el artículo I1 del Título Preliminar del Código Penal), con mayor razón o fundamento lógico, jurídico y teleológico tienen aplicación legítima las instituciones jurídicas que sí protegen con más eficacia los derechos fundamentales de los ciudadanos (v. gr. la vigencia del principio de legalidad en todo el sistema penal).

La aplicación del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal también encuentra su fundamento en valoraciones de naturaleza material. Pues el Derecho Procesal Penal es una parte de todo el sistema punitivo y como tal debe estar sujeto a las mismas reglas que rigen el Derecho Penal sustantivo, en consecuencia, los alcances del principio de legalidad deben aplicarse también a las categorías del Derecho Procesal Penal. No es suficiente proteger las libertades individuales con la aplicación del principio de legalidad únicamente en el campo del Derecho Penal, por cuanto la arbitrariedad estatal no se manifiesta solamente en la creación de delitos y penas, sino también mediante la elaboración de leyes procesales que perjudican a los ciudadanos [v.gr. la ampliación de los plazos de prescripción mediante la aplicación retroactiva de la ley], las cuales -desde el punto de vista material- son perjudiciales para el ciudadano, ya que restringen derechos fundamentales. Por tanto, si se quiere proteger en forma idónea y eficaz las libertades individuales de las voraces garras de la arbitrariedad estatal, resulta imprescindible que el principio de legalidad se aplique también al Derecho Procesal Penal.

(42) Se debe precisar que en el campo de la lógica jurídica -planteamiento que compartimos- se entiende por norma jurídica más fuerte al precepto positivo que es más afflictivo para los ciudadanos o que restringe con mayor severidad los ámbitos de libertad; mientras que se considera norma jurídica más débil a aquella que amplía las libertades individuales. Por tanto, cuando hablamos de normas jurídicas fuertes y débiles, no se debe confundir con el significado que poseen estos mismos términos en el principio de jerarquía normativa, donde la norma más fuerte es la de mayor rango y la más débil la de menor rango.

C. El principio de legalidad en el Derecho Penitenciario

Un ámbito en el que se ha descuidado la vigencia del principio de legalidad, tanto a nivel positivo como doctrinario, es el Derecho de Ejecución Penal o Penitenciario. En el campo legislativo la regulación del principio de legalidad, de no ser por el artículo VIII del Código de Ejecución Penal que señala que la retroactividad y la interpretación de dicho Código se resuelven en lo más favorable al reo, sería nula; pues no hay una suficiente -y mucho menos frondosa- regulación del principio de legalidad que permita impedir, de manera infranqueable, la arbitrariedad estatal en la ejecución de las penas. Esta exigua regulación, si no es interpretada correctamente, puede conducir a sostener que en el Derecho Penitenciario no rige el principio de legalidad y, por tanto, cobijar la arbitrariedad estatal, con lo cual todas las garantías que implica el principio de legalidad para los sentenciados se vendrían abajo, por cuanto -en la práctica- se impondrían penas que no están establecidas en el Código Penal. Así, por ejemplo, si en la sentencia el juez impone una pena privativa de libertad de ocho años para el delito de homicidio, pero en el centro penitenciario el autor es sometido a tratos inhumanos o degradantes, esta pena para el sentenciado tendría la dureza de una pena privativa de libertad de veinte años o más, ya que los efectos nocivos serían devastadores. No obstante, haciendo una correcta interpretación -esto es, desde el punto de vista sistemático, lógico y teleológico- de la Constitución, el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, consideramos que el principio de legalidad sí tiene vigencia en el Derecho Penitenciario. Sin embargo, para evitar interpretaciones incorrectas que dan cabida a la arbitrariedad estatal, somos de la idea que, de lege ferenda, el principio de legalidad debe ser regulado en forma expresa en el Código de Ejecución Penal.

De todo lo manifestado hasta aquí, en torno al principio de legalidad, se concluye que la aplicación de esta institución jurídica es de carácter vinculante y se extiende a todas las materias que están relacionadas con el Derecho Penal (por ejemplo, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal⁽⁴³⁾). Su cumplimiento no es postergable bajo ninguna circunstancia. Su fundamento se encuentra en consideraciones teleológicas de cumplimiento del artículo 1 de la Constitución Política, según el cual el respeto a la persona humana y hacia su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Esta exigencia constitucional, dentro del Derecho Penal, solo es posible mediante la materialización de los fines del ius puniendi de un Estado democrático de Derecho, esto es, la creación de

(43) En ese sentido, MIR PUIG, Santiago. Op. Ci!. Págs. 111 y sgte., afirma que: "(...) se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito (equivalente a crimen) se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla poena sine lege). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena que corresponda al hecho se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a

una ley que la regule (...)" . ámbitos de libertad jurídica para todos los ciudadanos. Únicamente garantizando la imposibilidad de que el Estado intervenga arbitrariamente en las libertades individuales se crea libertad jurídica y, en consecuencia, se hace realidad el contenido del artículo 1 de la Carta Magna. Por tanto, si teleológicamente el respeto de la persona y de su dignidad es el faro orientador no solo de la Constitución, sino de todo el sistema jurídico, el Derecho Penal y el principio de legalidad -como partes de dicho sistema- están en la obligación de expresarse en ese sentido, es decir, deben crear libertad, la cual únicamente se puede alcanzar si el principio de legalidad se aplica a todas las ramas del sistema penal que restringen las libertades individuales.

IV. Conclusiones

El fundamento del principio de legalidad está estructurado por tres categorías o instituciones interdependientes, tales como la seguridad jurídica (fundamento axiológico), la división de poderes (fundamento político) y la prevención general positiva (fundamento jurídico-penal).

. Para entender cabalmente el fundamento, naturaleza, contenido y alcance del principio de legalidad en materia punitiva, se debe de realizar una interpretación sistemática y teleológica de todas las normas que regulan el principio de legalidad en los diferentes cuerpos normativos, tomando como faro orientador a la Constitución.

. El principio de legalidad rige para el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penitenciario, pues estas disciplinas, al ser partes constitutivas de todo el sistema punitivo, son interdependientes y tienen como naturaleza común la restricción de los derechos fundamentales del ciudadano, por tanto, se rigen bajo las mismas reglas del Derecho Penal sustantivo.

. El Código de Ejecución Penal no regula de manera eficaz el principio de legalidad. En consecuencia, para evitar interpretaciones incorrectas que permitan la arbitrariedad estatal, desde un punto de vista de lege ferenda, somos de la idea que la legalidad sobre la ejecución de las penas, los beneficios penitenciarios, etc., deben ser regulados en forma clara, expresa, inequívoca e indubitable.

. En el marco de un Derecho Penal democrático, donde la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, la creación de delitos y penas se debe realizar mediante leyes orgánicas, pues resulta incompresible, desde cualquier punto de vista, que las normas reguladoras de las funciones y estructura de los órganos constitucionales, pese a su menor importancia, sean elaboradas mediante el procedimiento de leyes orgánicas y, las normas que restringen los ámbitos de libertad de los ciudadanos sigan el mecanismo de leyes ordinarias, a pesar de su mayor demanda de consenso social y político.

. Dentro del Derecho Penal sustantivo el principio de legalidad se aplica a todas sus instituciones y categorías; esto es, la Parte General y la Parte Especial.

Dentro de la Parte General el principio de legalidad tiene vigencia en: las causas de ausencia de acción, las reglas de la autoría y participación, las condiciones objetivas de punibilidad, las leyes penales en blanco, las reglas de la tentativa, los delitos culposos y delitos dolosos, los elementos de la antijuridicidad (v.gr. las causas de justificación), los elementos de la culpabilidad (por ejemplo, las causas de inculpabilidad) y, en general, en todos los tópicos que inciden directa o indirectamente en los ámbitos de libertad de los ciudadanos. En la Parte Especial el alcance del principio de legalidad se expresa en todos y cada uno de los elementos típicos de los respectivos tipos penales.

. El principio de legalidad, en el marco de un Derecho Penal democrático, constituye una garantía de libertad del ciudadano frente al poder punitivo del Estado ya que es un límite a la arbitrariedad estatal; así, de no ser por el principio de legalidad esta entelequia jurídico-política intervendría sin ningún tipo de control en todas las esferas de libertad del individuo, tal como ocurrió en las monarquías absolutas y como ocurre hoy en los gobiernos ditatoriales.

. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias también se rigen por el principio de legalidad, pues tienen la misma naturaleza aflictiva que las penas. Las medidas de seguridad restringen la libertad y las consecuencias accesorias restringen o menoscaban el patrimonio del ciudadano, respectivamente.

Por tanto, las reglas que se aplican a la pena se extienden también a las instituciones ya mencionadas.

DOCTRINA

BECCARIA, Cesare. "De los delitos y las penas". Edición Latinoamericana. Bogotá, 1994. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Barcelona, 1999.

BINDER, Alberto. "Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual". En: Revista Brasileña de las Ciencias Penales. Año 8. W 29. Enero-marzo de 2000. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. COBA DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentarios al Código Penal español". Dirigido por Cobo del Rosal. Madrid, 1999. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Porrúa. 7ª edición. México, 1994. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones. 2ª edición Madrid, 2000. HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernau Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional".

Traducción de Cancio Meliá y Feijoó Sánchez. Madrid, 1996. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Si edición. Granada, 2002. LEGAL Y LACAMBRA, Luis. "Filosofía del Derecho". Editorial Bosch. Si edición. Barcelona, 1979. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Reppertor. Barcelona, 2002. RECASENS SICHES" Luis. "Vida Humana, Sociedad y Derecho". Porrúa. 3ª edición. México, 1952. RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Cobo del Rosal (director). Madrid, 1999. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. KLUG, Ulrich. "Lógica jurídica". Bogotá, 1990.

JURISPRUDENCIA

"Al haberse tipificado la conducta en forma genérica dentro de los alcances del artículo 189 del Código Penal, no obstante que la referida norma con base en la pluralidad de bienes jurídicos que tutela, establece una diversidad de supuestos y circunstancias agravatorias, corresponde realizar una correcta tipificación en estricto respeto del principio de legalidad a fin de evitar la indeterminación en la aplicación de la ley penal, por lo que debe subsumirse la conducta como un concurso real de delitos en los incisos 3 y 4 de la primera parte del artículo 189 del Código Penal y en el artículo 427 del referido Código sustantivo':

(Ejecutoria Suprema 25/11/97. Exp. 4932-97. Arequipa).

"Se advierte de autos que se ha impuesto como pena accesoria, una no prevista por el ordenamiento legal, como es encontrarse impedido para la obtención de licencia de conducir, por igual plazo de la pena, siendo del caso declarar la nulidad de la sentencia en cuanto a dicho extremo se refiere".

(Ejecutoria Suprema 26/11/97. Exp. 1331-97. Cono Norte-Lima).

"Es garantía de la ley penal que nadie será procesado por acto que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley expresa e inequívocamente como infracción punible".

(Ejecutoria Suprema 26/10/92. Exp. 1345-91-A. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 43).

"Por principio penal solo pueden ser objeto de sanción los hechos que se encuentren previstos en la norma penal".

(Ejecutoria Suprema 20/01/97. Exp. 2198-95-8. Gónzalo Gómez: Jurisprudencia Penal. Tomo 1/. Pág. 31).

"La labor de tipificación previa a la expedición de fallo, adquiere dimensión trascendental en el proceso, pues comprende no solo la interpretación del texto

expreso de la ley aplicable por parte del juzgador, sino también la valoración de los elementos configurativos del tipo aplicable al caso submateria; a través de ella, debe quedar establecida no solo la norma presuntamente transgredida

-y con ello el bien jurídico afectado- sino que también será el presupuesto del que partirá la actividad probatoria".

(Ejecutoria Suprema 14/10/02. Exp. 4058-2001. La Libertad. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"El principio de legalidad, íntimamente vinculado a la labor de tipificación, exige al juzgador, al analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico, lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos".
(Ejecutoria Suprema 14/10/02. Exp. 4058-2001. La Libertad. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Es derecho de toda persona el no ser condenada por un hecho que al tiempo de cometido no estaba sancionado en la ley penal, en observancia del principio de legalidad cuyo antecedente se remonta al principio universal del nullum crimen nulla pena sine lege; no estando contemplado en el Código Penal abrogado, vigente a la comisión de los hechos, la figura delictiva, mal puede la Sala Penal Superior emitir una sentencia condenatoria".
(Ejecutoria Suprema 05/09/96. Exp. 2405-95-8. Huaura).

"Si el hecho proviene de un acto que no estaba previsto como delito, es aplicable el principio de nullum crimen nulla poena sine lege.

(Ejecutoria Suprema 13/10/93. Exp. 904-93-8. Junín. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 43).

"Es principio fundamental del propio sistema: el de legalidad, una de cuyas manifestaciones es el mandato de determinación, desarrollado legalmente, entre otros, en el artículo 11 del Título Preliminar del Código Penal, que señala: 'Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella'.

(Resolución Superior 21/10/98. Sala Mixta de Camaná-Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 69098. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 43).

"En virtud al mandato de determinación, constitucionalmente consagrado, el Estado en ejercicio de su actividad punitiva debe, al desarrollar cualquiera de las cuatro garantías derivadas del principio de legalidad (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución), observar la triple exigencia derivada de aquel

(carácter previo, escrito y estricto de sus previsiones); obligación que no se agota en la instancia legislativa sino que se extiende a través de múltiples manifestaciones a todos los órganos vinculados al ejercicio de aquella facultad".

(Sentencia 20/05/98. Sala Mixta de Camaná. Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 169-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 43).

"Los dispositivos legales no se interpretan aisladamente, pues forman parte de un ordenamiento jurídico que aun cuando se produzca fragmentadamente y con algunos defectos, se concibe como una unidad ideal, que tiende a regular las relaciones de la vida de un modo armónico".

(Ejecutoria Suprema 02/07/99. Exp. 5264-98. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 43-44).

"Dentro de la interpretación de la Ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical o textual, para los fines de administrar justicia, donde debe primar la interpretación teleológica y concordada de las leyes o dispositivos legales".

(Ejecutoria Suprema 03/08/98. Exp. 251-98. Sala C. Loreto).

"El juicio de tipicidad constituye una labor de especial abstracción que exige por parte del administrador de la norma penal, conocimiento riguroso de las instituciones dogmáticas, a fin de evitar desaciertos que podrían llevarlo a emitir fallos arbitrarios. Para determinar el carácter delictivo de una conducta, su análisis pasa por la constatación que hace el juzgador de que el presupuesto fáctico del cual parte encuentra identidad con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsunción y agotado el análisis en las esferas de la antijuridicidad y de la culpabilidad, la calificación de la conducta delictiva será de vital importancia para el proceso, ya que no solo se tendrá por satisfecho el mandato imperativo del principio de legalidad del delito, sino que además será uno de los presupuestos sobre los cuales se encaminará la actividad probatoria y la posterior sentencia".

(Ejecutoria Suprema 04/11/99. Exp. 2924-99. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 44).

"La tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo manifestación de la voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior-, sino que además contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito: dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto".

(Resolución Superior 17/09/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1281-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 44).

"El hecho denunciado es típico cuando la conducta que lo conforme aparezca descrita en una norma penal, por lo que resulta indispensable demostrar la adecuación típica de la conducta; este proceso de adecuación de la conducta al tipo puede realizarse de dos maneras: o el concreto comportamiento humano encuadra directamente en uno de los tipos de la parte especial del Código y entonces habrá una adecuación directa, esto es, cabe plenamente en el tipo penal porque cubre sus elementos estructurales, descriptivos, normativos y subjetivos; o tal encuadramiento se produce a través de uno de los dispositivos legales amplificadores del tipo (tentativa, complicidad) en cuyo caso la adecuación es indirecta':

(Resolución Superior 28/04/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8554-97).

"Teniendo en cuenta que nuestro Código Penal es de orientación finalista, se debe señalar que solo hay tipicidad, cuando el hecho se ajusta al tipo o cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal abstractamente formuladas por el legislador; que asimismo la tipicidad no solo se limita a la descripción del hecho objetivo perceptible en el mundo exterior, sino que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito (aspecto subjetivo)".

(Resolución Superior 11/12/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 326-98).

"Los hechos materia de inculpación se suscitaron entre los años 1990 y 1991 cuando estaba vigente el Código Penal de 1924, cuerpo de leyes que no tipificaba el injusto penal de fraude procesal, actualmente sancionado en el artículo 416 del Código sustantivo vigente; en tal sentido es del caso amparar la excepción planteada, pues, en sujeción al principio de legalidad, la conducta del encausado deviene en atípica".

(Ejecutoria Suprema 20/05/98. Sala C. Expediente 386-98. lea).

"En estricto respeto al mandato de certeza derivado del principio de legalidad, corresponde realizar una correcta tipificación del delito, subsumiendo los hechos en los incisos pertinentes del tipo y no realizar una tipificación en términos genéricos dentro de los alcances del tipo penal".

(Ejecutoria Suprema 02110/97. Exp. 4354-97. Callao).

"Es garantía de la función jurisdiccional que el juzgador precise la norma penal específica a la que se adecúa la conducta ilícita que ha sido materia de juzgamiento, no solo para determinar el quantum de la pena, sino también para los fines penitenciarios a que quedará sujeto el condenado, para los efectos de prevención especial que corresponde".

(Ejecutoria Suprema 11/11/99. Exp. 821-99. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 45).

"El Colegiado al imponer las penas de multa y de inhabilitación accesoria al acusado por delito de lesiones graves ha violado el principio de legalidad, imponiendo pena no establecida por la ley. La invocación del artículo 39 del Código Penal no resulta de aplicación para el caso, por cuanto este solo es aplicable en relación a la naturaleza especial del delito cometido por el condenado, quien, al momento de los hechos, no se encontraba cumpliendo función alguna y menos ha incurrido en abuso de autoridad".

(Ejecutoria Suprema 16/10/97. Exp. 5775-96. Arequipa).

"Atenta contra el principio de legalidad aplicar al procesado una pena de multa que no se hallaba prevista como sanción conminada para el delito subjudice al momento de su comisión".

(Resolución Superior 25/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Suprema de Justicia de Lima. Exp.

3336-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 46).

"El delito de terrorismo subjudice se cometió cuando este no contemplaba la pena accesoria de multa; que, al haber impuesto la Sala Superior al procesado la pena de 360 días-multa correspondiente al delito de terrorismo, queda sin efecto la aplicación de dicha pena accesoria al haberse vulnerado el principio de legalidad de los delitos y las penas, enarbolado en el Título Preliminar del Código Penal peruano".

(Ejecutoria Suprema 16/03/98. Exp. 144-97. Cusco).

"El principio de legalidad determina que tanto las penas como las circunstancias que agravan o atenúan la penalidad de una conducta debe estar definidas previamente en la ley; que, en consecuencia, las modificaciones de la ley penal posteriores al hecho punible y que determinan una punibilidad mayor para el autor carecen de efecto retroactivo".

(Ejecutoria Suprema 27/05/98. Exp. 1517-98. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 46).

"En atención al mandato de certeza derivado del principio de legalidad, al momento de emitirse el fallo se debe precisar el tipo penal en el que subsume la conducta, no únicamente la mención genérica del nomen iuris".

(Ejecutoria Suprema 29/01/98. Exp. 2886-97. Lima. Caro. Pág. 90).

"Los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, que encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, limitándose los jueces a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto sin afectar su vigencia".

(Ejecutoria Suprema 13/07/95. Exp. 603-95. Lima).

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 43).

"Corresponde al Tribunal Supremo adecuar correctamente la conducta incriminada dentro del tipo penal, siempre que ello no afecte los hechos ni la defensa del acusado, invocando para el efecto el principio de determinación alternativa, por el cual el órgano jurisdiccional está facultado a realizar la adecuación correcta de la conducta dentro del tipo penal que corresponde, siempre que los hechos permanezcan inmutables, exista identidad y homogeneidad del bien jurídico, así como coherencia entre los elementos fácticos y jurídicos".

(Ejecutoria Suprema 01/03/01. Exp. 328-2000. Lima. Caro. Pág. 94).

"El principio de determinación alternativa consiste en que el órgano jurisdiccional está facultado a realizar la adecuación correcta de la conducta, siempre que los hechos permanezcan inmutables, exista identidad y homogeneidad del bien jurídico, así como coherencia entre los elementos fácticos y jurídicos".

(Ejecutoria Suprema 07/04/99. Exp. 580-99. Chlmbote. Caro. Pág. 94).

"Para aplicar el principio de determinación alternativa se requiere de los siguientes presupuestos: a) homogeneidad del bien jurídico; b) inmutabilidad de los hechos y pruebas; c) preservación del derecho de defensa; d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo, y e) favorabilidad".

(Ejecutoria Suprema 07/03/00. Exp. 5004-99. Ucayali. Caro. Pág. 94).

"La interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir, buscando el fin y el espíritu de la norma; caso contrario, se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales".

(Ejecutoria Suprema 27/11/97. Exp. 4874-96. Sala Penal C. Lima).

"Es de verse que el Colegiado al aplicar el principio de determinación alternativa o principio de instrucción, ha absuelto al encausado del delito de lesiones graves tras adecuar la tipificación de la conducta en función a su resultado en el tipo que prescribe el delito de lesiones leves; al respecto, cabe precisar, que facultando este principio del Derecho procesal, a realizar una correcta adecuación típica en atención a la inmutabilidad de los hechos, carece de objeto pronunciarse respecto del tipo primigeniamente instruido tal como ocurre en el caso de autos, siendo del caso declarar nula la sentencia materia de grado en cuanto a este extremo se refiere".

(Ejecutoria Suprema 18/09/98. Exp. 3019-98. Puno).

"Que es obligación del órgano jurisdiccional establecer la tipicidad adecuada de la conducta para efectos de una decisión correcta, y predecible en función del principio de legalidad real en materia penal".

(Ejecutoria Suprema 25/05/98. Exp. 52 78-97. Huánuco).

"No existe congruencia típica entre las figuras delictivas y el comportamiento de los procesados, es decir, no se da tipicidad delictiva en las conductas analizadas; por tales fundamentos, y en virtud del principio de legalidad, confirmaron el auto que resuelve declarando fundada la excepción de naturaleza de acción".

(Resolución Superior 28/09/98. 13° Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 363-86).

"En atención al principio de legalidad, solo se considera como delito el hecho y solo se puede aplicar una sanción penal si este está establecido previamente en la ley; y en la presente causa los hechos descritos no se adecúan al tipo penal instruido; por lo que deviene operante la excepción de naturaleza de acción cuando se denuncia un hecho como delito y resulta después que no reúne caracteres delictuosos".

(Resolución Superior 19/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia. Lima. Exp. 4820-98).

"Con la tipicidad de un hecho reputado delictivo se afirma el principio de legalidad y la función protectora del Derecho Penal. Ello se explica así, por cuanto solo cuando se haya verificado -luego del análisis de tipicidad- que en el hecho imputado concurren todos los elementos exigidos en el tipo penal será admisible considerar la posibilidad del ejercicio punitivo del Estado y la realización del efecto tutela dar de bienes jurídicos. Se trata aún de una posibilidad de punición, por cuanto la afirmación de la tipicidad es únicamente uno de los planos del delito que tendrá que ser complementado con la ulterior evaluación de la antijuridicidad del comportamiento, que igualmente se afirmará cuando el sujeto activo no haya tenido a su favor ninguna justificación legal para obrar lesionado bienes jurídicos de otra persona. Es entonces que se habrá generado el ilícito penal, que ameritará el respectivo juicio de culpabilidad o inculpabilidad por el acto".

(Ejecutoria Suprema 22/07/98. Exp. 1749-98. Huánuco).

"Los ilícitos penales invocados en la presente resolución, lesionan el mismo bien jurídico, resultando al caso considerar la posición que adopta la doctrina en tales situaciones, y que en virtud del principio de determinación alternativa, se puede condenar por delito distinto al acusado, siempre que concurren los siguientes presupuestos: a) homogeneidad del bien jurídico, b) inmutabilidad de los hechos y las pruebas, c) preservación del derecho de defensa y d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal; que, la aplicación de dicho principio de ninguna manera lesiona el principio de legalidad, ni podrá constituir indefensión del acusado".

(Ejecutoria Suprema 22/09/98. Exp. 1569-98. Piura).

"El Derecho Penal es la última ratio de la política social, definiéndose su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de modo tal que solo se le puede hacer intervenir cuando no existan otros medios de solución social del

problema. Asimismo es el principio de legalidad el sustento de su normatividad, de suerte que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella (numeral 2 del Título Preliminar del Código Penal)".

(Resolución Superior 17/06/98. Exp. 264-98-A).

"Por el principio de determinación alternativa se posibilita, de oficio, realizar la correcta adecuación típica de los hechos submateria; siempre y cuando concurren los siguientes elementos: a) Homogeneidad del bien jurídico tutelado, b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas, c) Preservación del derecho de defensa y d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos. De este modo, el principio de determinación alternativa se encuentra indisolublemente unido a los principios de legalidad penal, de instrucción y de la verdad real; cumpliendo similar propósito que el principio iura novit curia, de aplicación en el Derecho privado":

(Ejecutoria Suprema 15/09/98. Exp. 2722-98. Lima).

"Si bien el Colegiado ha invocado el principio de determinación alternativa para realizar de oficio la correcta adecuación típica de los hechos sub-materia, es de verse que este mecanismo de resolución no resulta incorrecto siempre y cuando concurren los siguientes elementos; a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y pruebas; c) preservación del derecho de defensa y d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. De este modo, el principio de determinación alternativa se encuentra indisolublemente unido a los principios de legalidad penal, de instrucción, de la verdad real, así como al de economía y celeridad procesal, cumpliendo similar propósito que el principio iura novit curia de aplicación en el Derecho Privado".

(Ejecutoria Suprema 01109198. Exp. 3127-98. Arequipa).

"Que, por principio penal, solo serán objeto de sanción penal los hechos que se encuentren previstos en la norma penal; situación que no se da en el presente caso".

(Ejecutoria Suprema 20/01/97. Exp. 2198-95-b. Lima.
JP. Gomez. Pág. 31).

"De conformidad con el principio de legalidad, previsto en el artículo 11 del Título Preliminar del Código Penal, para condenar a una persona, sus actos deben estar previsto en la ley penal al tiempo de su comisión, presupuestos legales que no se dan en el caso de autos, por cuanto el procesado, no ha expuesto a peligro a un menor que estuviese bajo su cuidado ni ha abandonado en estado de gestación y crítico a la madre de sus hijos, quien se encontraba viviendo con sus padres y luego trabajando como empleada doméstica".

(Resolución Superior 20/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8690-97).

"Que, el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal d) de nuestra Constitución Política del Estado, establece el principio de legalidad de la ley penal mediante el cual nadie podrá ser sancionado con pena no prevista en la ley. El original artículo 168 del Código Penal fue modificado por el Decreto Legislativo NQ 857, por lo que la conducta denunciada no se encuadra ya en el tipo penal previsto por el artículo precitado. Existe en el caso de autos una falta de tipicidad objetiva sobre los hechos imputados al procesado, teniendo en consideración que solo pueden ser objeto de sentencia condenatoria aquellas conductas que se encuentren expresamente tipificadas como delitos".
(Resolución Superior 15/06/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6939-97).

"Que, el proceso de adecuación típica directa se presente siempre que el juez logra realizar el proceso de subsunción de la conducta sobre un tipo penal de la parte especial en forma directa e inmediata, es decir, cuando el comportamiento humano cabe plenamente en el tipo penal determinado porque cubre sus elementos estructurales, descriptivos, normativos y subjetivos".
(Resolución Superior 05/11/ Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2774-98-A).

PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA IN MALAM PARTEM

ARTICULO III

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

CONCORDANCIAS:

C. arls. 139.9, 2.24.d

C.C. arlo IV

C.J.M. arlo 1

C.P. arlo 11

Comentario

José Urquizo Olaechea

I. Generalidades

Desde el punto de vista lingüístico o genérico el término analogía encuentra su significado genuino o auténtico en la semejanza o proporción(1), es decir, relación de semejanza entre cosas distintas. Sin embargo, desde un punto de vista específico, el término analogía tiene algunas diferencias, las que dependen de la disciplina o rama de la ciencia de la cual se haga referencia. Así, por ejemplo, en las ciencias naturales -campo al que no pertenece el Derecho-la analogía tiene: función explicativa, descriptiva y opera a un nivel profundo, estructural y no consciente; mientras que en el Derecho la analogía representa siempre una operación consciente, dirigida a producir un efecto determinado(2). De ahí que la analogía en el Derecho significa el método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella(3), debido a Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias". Traducción de Silvina Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. Pág. 59, señalan que por la similitud que poseen ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente(4) .

(1) En ese sentido cfr. "Diccionario de la Lengua Española". Tomo 1. Espasa-Calpe. 21ª edición. Madrid, 2000. Pág.

134. Asimismo, SECO, Manuel y RAMOS, Gabino. "Diccionario del Español actual". Tomo 1. Grupo Santillana de ediciones. Madrid, 1999. Pág. 297; MOLINER, María. "Diccionario de uso español". Tomo 1, 2ª edición. Madrid, 1998. Pág. 172.

(2) Sobre las diferencias entre analogía jurídica y analogía de otras ciencias, véase FALCÓN Y

TELLA, María José.

"El argumento analógico en el Derecho". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Civitas. Madrid, 1991. Págs. 64 y sgte.

(3) Al respecto, véase Diccionario de la Lengua Española. Pág. 134; LARENZ, Karl. "Metodología del Derecho".

Traducción de la 4ª edición alemana de Rodríguez Molinero. Ariel. Barcelona, 1980. Pág. 374, sostiene que por analogía se entiende: "(...) el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hecho similares, a otro supuesto de hecho

(B), no regulado en la ley, 'similar' a aquel". Asimismo, ESER, Albin y BURKHARDT, BjOm. "Derecho Penal.

Dentro del campo del Derecho la doctrina suele distinguir dos conceptos diferentes de analogía, tales como: la analogía de ley o analogía legis (Gesetzesanalogie) y la analogía de Derecho o analogía iuris (Rechtsanalogie)<5). Desde el punto de vista del aspecto objetivo, la analogía legis se caracteriza por el hecho de que en ella se comienza en una disposición concreta de la ley, para, sobre la base de su ratio esendi o idea fundamental, aplicarla a casos idénticos en su esencia. Por el contrario, en la analogía iuris se arranca de una pluralidad de disposiciones singulares o particulares y se extraen de ellas, vía inductiva, principios más generales, los cuales se aplican a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley(6), o sea, de varias disposiciones legales que enlazan igual consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes se infiere, un principio único general, que se refiere o subsume tanto a los supuestos de hecho no regulados en la ley como a los supuestos de hecho regulados(?). Desde el punto de vista del procedimiento que se utiliza cabe señalar que en la analogía legis se procede de lo particular-a través de la comparación- a lo particular; en la analogía iuris se opera de lo particular a lo general, y de lo general-por medio de la subsunción- a lo particular(8).

En la analogía legis el caso a decidir no es igual al supuesto de hecho normativo, sino semejante a él, por el contrario, en la analogía iuris el caso en análisis no solo que por analogía se entiende: "un método de complementación jurídica por parte del juez para llenar el contenido de lagunas legales no planeadas"; ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito". Tomo 1. Traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remasal. Tecnos. Madrid, 1997. 5/8. Pág. 140, sostiene que: "Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)".

(4) En ese sentido, véase ABBAGNANO, Nicola. "Diccionario de Filosofía". Fondo de Cultura Económica. 3ª edición. 2ª reimpresión. México, 2000. Pág. 67, respecto a la analogía plantea que esta tiene dos significados fundamentales: 1) el sentido propio y restringido, requerido por el uso matemático de igualdad de relaciones; 2) el sentido de extensión probable del conocimiento mediante el uso de semejanzas genéricas que se pueden aducir entre diferentes situaciones. Prosigue ABBAGNANO: "el segundo significado del término como extensión probable del conocimiento mediante una proposición que expresa una determinada situación a otra proposición que expresa una situación genéricamente similar, o como extensión de la validez de una proposición de una determinada situación a una situación genéricamente similar, era conocida por los antiguos bajo el nombre de procedimiento por semejanza".

(5) La distinción entre analogía legis y analogía iuris no es tan pacífica, al menos en lo que se refiere a la nomenclatura. Así LARENZ, Karl. Op. Cil. Pág. 376, a la analogía legis denomina analogía particular y a la analogía iuris analogía general. Al respecto BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "Fuentes del Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1991. Pág. 165, cita 74, señala que en la doctrina el término laguna tiene muchas distinciones, tales como:

"(Oo.) propias e impropias, voluntarias e involuntarias, objetivas y subjetivas, originarias y posteriores, lagunas de norma y de regulación, lagunas abiertas y ocultas, lagunas de ley y de Derecho, lagunas verdaderas y falsas o axiológicas, críticas y dialécticas, intrasistemáticas y extrasistemáticas, lagunas lógicas o de conflicto, lagunas intra legem, praeter legem y contra legem, lagunas ideológicas y reales, lagunas de previsión y lagunas de colisión, lagunas de valoración, lagunas de alternativa".

(6) Así, ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. Op. Cil. Pág. 59: "Solo se puede hablar de una laguna legal cuando no es posible encuadrar el caso que se debe decidir por medio de interpretación (Oo)"; FALCÓN Y TELLÁ, María José. Op. Cil. Pág. 134.

(7) Véase LARENZ, Karl. Op. Cil. Págs. 376 y sgte.

(8) Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José. Op. Cil. Págs. 134 y sgte.

es distinto, sino que además es igual al supuesto de hecho del principio general inducido de las normas. (9)

Si bien es cierto que lo señalado sobre las diferencias entre analogía legis y analogía iuris es correcto, creemos que la diferencia sustancial entre estas dos instituciones jurídicas radica en torno a la ratio essendi de cada una. Así, en la primera el supuesto de hecho regulado y el no regulado tienen en común una semejanza relevante (ratio essendi), la cual constituye razón suficiente y, por tanto, justifica la aplicación de la norma diseñada para el caso "A" al caso "B". Esa razón suficiente es la ratio legis que, en última instancia, es la que legitima la aplicación extensiva de una norma a otro caso que tiene la misma ratio essendi que el caso regulado por ella; es decir, la similitud radica en los elementos esenciales y la diferencia en los elementos accesorios⁽¹⁰⁾. Por su parte, en la analogía iuris ocurre todo lo contrario: la semejanza se da en relación a las características menos importantes y la diferencia o incompatibilidad se da a nivel de los elementos principales o fundamentales. Esto es en virtud que en la analogía iuris los supuestos regulados por una determinada norma y los supuestos a los cuales se aplica -pese a que no están comprendidos por dicha norma- no poseen semejanzas cualitativas relevantes. De esto se infiere que la naturaleza de la analogía legis así como de la analogía iuris se fundamenta en valoraciones axiológicas cualitativas más que en consideraciones cuantitativas, con lo cual estaremos ante una analogía legis cuando entre los supuestos regulados y los no regulados existen en común aspectos normativos que cualitativamente son imprescindibles o fundamentales, aunque cuantitativamente no sean numerosos; contrari sensu, estaremos ante una analogía iuris cuando los elementos comunes, pero no esenciales a los supuestos regulados y no regulados, son numerosos, sin embargo cualitativamente son escasos o no existen.

De otro lado, debemos señalar que la analogía cobra existencia y razón de ser únicamente cuando se cumplen ciertos presupuestos, tales como la existencia de lagunas en el Derecho, las mismas que se expresan mediante vacíos legales o normativos, esto es, la carencia por parte del ordenamiento jurídico, respecto de cierto caso, de toda solución normativa⁽¹¹⁾; es decir, no hay regulación específica para un caso o conjunto de casos,

(9) Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José. Op. Cil. Pág. 135.

(10) Al respecto consúltese CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág. 161, quien señala que la semejanza y diferencia entre los casos regulados y los no regulados en la analogía legis no se debe excluir de las valoraciones axiológicas, por cuanto: "ellas no se pueden suprimir sin derogar de un plumazo la esencia misma de la analogía".

(11) En ese sentido NINO, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Ariel. Barcelona, 1993. Pág. 281, sostiene que: "(...) un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna codificación normativa de determinada conducta (o sea, con una solución)". En ese mismo sentido y poniendo énfasis en los diversos matices que posee el concepto de analogía en la doctrina FALCÓN Y TELLA, María José. Op. Cil. Págs. 68 y sgte, señala que: "A menudo la doctrina se ha ocupado del problema de la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la ley, generalmente para afirmar que el Derecho en su conjunto carece de ellas, pero la ley puede tenerlas".

que -a pesar de incidir directamente en los procesos de participación de los ciudadanos- no se encuentran regulados por ningún dispositivo del ordenamiento jurídico(12), de tal manera que el juez se encuentra en la imposibilidad de solucionar el problema recurriendo a los diversos tipos de interpretación (por ejemplo, literal, teleológico, sistemático, etc.) y lo único que le queda es integrar el Derecho. Esto significa que cuando el juez se encuentra ante una deficiencia de los preceptos expuestos que le proporciona el sistema, debe subsanar dicha falencia aplicando al caso no expresamente previsto los preceptos implícitos que la interpretación describe.(13)

II. La analogía en el ordenamiento jurídico peruano

Dentro del ordenamiento jurídico peruano -en lo que a materia penal se refiere- la prohibición de la aplicación de la analogía in ma/am partem se encuentra regulada en la Constitución Política del Perú de 1993, la misma que en su artículo 139 Inc. 9 consagra la garantía de: "(...)la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos". Asimismo, el artículo 111 del Título Preliminar del Código Penal establece que: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".(14)

A simple vista, lo establecido tanto en la Carta Política como en el CP tiene coherencia lógica y teórica, no obstante, ocurre todo lo contrario, pues las críticas saltan a la vista cuando se hace un análisis mínimamente riguroso. Decimos esto, porque la regulación de la inaplicabilidad de la analogía in ma/am partem en el Derecho Penal inexplicablemente ha sido reducida a tres supuestos específicos: a) calificación del hecho como delito o falta, b) definir el estado de peligrosidad y c) determinar la pena o medida de seguridad. Restricción de la aplicación de dicha garantía que se debe a la praxis de una pésima técnica legislativa que no toma en cuenta, por un lado, la regulación genérica que tiene la prohibición de la aplicación de la analogía in ma/am partem (cuando restringen derechos en general) tanto en la Carta Magna como en el Código Civil(15) y, por otro, no repara en otras formas y modos de cómo

(12) Cfr. LARENZ, Karl. Op. Cit. Pág. 364, quien plantea que: "El término laguna hace referencia a una incompletez.

Solo se puede hablar de lagunas de una ley cuando esta aspira a una regulación completa, en cierta medida para un determinado sector". CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Pág. 152.

(13) GARCÍA MAYNES, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Porrúa. 7ª edición. México, 1994. Págs. 303 y sgte., señala que: "(...) de lagunas solo debe hablarse en relación con las normas que proceden de las fuentes formales, no en relación con el Derecho".

(14) Al respecto, véase in extenso URQUIZO OLAECHEA, José. "El Principio de Legalidad". Gráfica Horizonte.

Lima, 2000. Págs. 95 y sgtes.

(15) Así, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1984 señala: "la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

se puede aplicar la analogía in malam partem en el Derecho Penal que, a la postre, son perjudiciales también para el ciudadano, v. gr. la aplicación de la analogía de una agravante mediante analogía a pesar de que el hecho tenga una tipicidad básica correcta. Del mismo modo, se puede perjudicar al ciudadano mediante la aplicación de reglas de conducta o consecuencias accesorias del delito -que por cierto no son penas ni medidas de seguridad- que pueden no encontrarse previstas en la ley, o que hallándose en ella, no son aplicables a los delitos materia del proceso.

De las observaciones realizadas concluimos que, para evitar tan nefasta restricción de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho Penal solamente a los tres supuestos regulados por el artículo 111 del Título Preliminar del Código Penal, se tiene que realizar una interpretación teleológico-constitucional del mencionado artículo, de muy poca aplicación en nuestro medio. Dicha interpretación permitiría concebir a los supuestos consagrados en el artículo III del CP como meros ejemplos o enunciados, mas no como *numerus clausus* (que configura la prohibición de la aplicación de la analogía en contra del ciudadano en el campo del Derecho Penal, sin admitir otros supuestos). Esto significa que lo estipulado en la regulación del Título Preliminar solo describiría algunos de los supuestos de la analogía in malam partem de los muchos que existirían de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Lo sustentado encuentra su fundamento en criterios lógicos (coherencia sistemática entre la Constitución y Código Penal, esto es, respeto del principio lógico de no contradicción) y teleológicos (realizar los fines del Derecho Penal), es decir, garantizar y crear ámbitos de libertad jurídicos, mediante la protección de los más elementales bienes jurídicos, que les permita a los ciudadanos participar en igualdad de condiciones en los procesos de relación. Ámbitos de libertad que son restringidos o vulnerados por la aplicación de la analogía perjudicial y que el artículo III del Título Preliminar del CP no impide más allá de lo establecido en dicho precepto.

III. La analogía en la dogmática

Actualmente la ciencia o dogmática penal de un Estado democrático de derecho correctamente establece diferencias entre la analogía in malam partem (institución jurídica perjudicial para el reo) y la analogía in bonam partem (instrumento jurídico favorable para el reo)(16). Solo la aplicación de la primera estaría proscrita o prohibida en el Derecho Penal, mientras que la segunda -en virtud de ser *favo reo* para el reo- sería lícita y en consecuencia permitida.

(16) Al respecto véase CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español". Tomo 1. Tecnos. 6ª edición. Madrid, 1998. Págs. 170 y 173, quien sostiene que de acuerdo a la redacción actual del Código Penal español solo es posible plantear la aplicación de la analogía in bonam partem para las atenuantes, mas no para las eximentes de responsabilidad penal; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal español". Universitas. Madrid, 1996. Pág. 170; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia, 1993. Pág. 300; BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición.

Madrid, 1997. Pág. 77, pese a que admite las distinciones entre analogía in ma/am partem y analogía in bonam partem no se pronuncia sobre la validez o no de la analogía in ma/am partem.

La analogía in ma/am partem se caracteriza por ampliar el alcance de los ámbitos de aplicación de las leyes que crean o agravan penas, restringiendo con ello los ámbitos de libertad del reo. La analogía in bonam partem es aquella que desincrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. La prohibición de la analogía se dirige a proscribir el argumento por analogía como medio de creación o de extensión de los tipos penales de la parte especial o de presupuestos de punibilidad, así como de creación o de agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias.

Con la prohibición de la aplicación de la analogía en contra del reo el legislador busca evitar la creación o agravación de delitos y sanciones penales (penas o medidas de seguridad) más allá de lo expresamente señalado en la ley o lo que emana de su sentido teleológico posible. La creación de delitos como la incorporación de agravantes, así como la fundamentación de la pena, únicamente pueden realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta. Esto significa que en un Estado democrático de Derecho se prohíbe la creación, mediante la analogía iuris, de un Derecho Penal paralelo o alternativo al creado por el legislador.

En doctrina existe una viva polémica con relación a si la prohibición de la aplicación de la analogía in ma/am partem se aplica solo a la parte especial (teoría del delito) o se extiende también a la parte general. En ese sentido, algunos autores como JAKOBS, consideran que la aplicación de la analogía in ma/am partem, o prohibición de generalización como él la denomina, no rige para la teoría del delito, dado que ya la generalidad de esta materia representa una protección frente a decisiones arbitrarias. Frente a ello hay que oponer un criterio diferenciador, según el campo de la parte general donde se pretenda hacer valer la prohibición de la analogía in ma/am partem.

Debemos señalar que todas aquellas categorías que extienden el marco de la punibilidad no pueden ser ampliadas en su sentido mediante la aplicación de la analogía, porque se estaría infringiendo la vigencia del principio nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, por ejemplo, no podría ampliarse las dos formas de participación criminal reconocidas por el CP (la complicidad y la instigación) a una tercera forma (el encubrimiento) sin hacer analogía, pues esto es lo que está prohibido. Asimismo, no se puede extender -por la aplicación de la analogía in ma/am partem- los límites de las condiciones objetivas de punibilidad, pues de ese modo se estaría ampliando más allá del sentido literal de la ley la punibilidad de las conductas de quien se ampara en la concurrencia de dichas circunstancias. Contrarius sensu, aquellas que pueden ser reconducidas en beneficio del reo de manera amplia, permiten la aplicación de la analogía⁽¹⁷⁾; de esto se colige que las causas que eximen de responsabilidad penal (v. gr. las causas de inimputabilidad, las causas de justificación y las causas de ausencia de acción) no pueden estar sujetas a la

(17) En ese sentido JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Traducción de Manzanares. Comares. Granada, 1993, señala que: "Los preceptos de la parte general siempre que contengan

por cuanto estas le dan coherencia al ordenamiento jurídico-penal y sobre todo favorecen o benefician al autor o partícipe de un hecho delictivo, es decir, son presupuestos que se subsumen dentro de la analogía in bonam partem.18).

La licitud de la aplicación de la analogía in bonam partem encuentra legitimidad en consideraciones valorativas -de índole humanista- que se fundan en la dignidad de la persona humana(19) (llamada también filosofía de los derechos humanos), pues esta es una condición o presupuesto que da sentido no solamente a las categorías jurídico-penales, sino también a las jurídico-políticas, jurídicosociales y culturales(20). La primacía de la persona humana o el reconocimiento en todos los niveles de la dignidad del ser humano constituye el fundamento y principio inspirador de toda comunidad de hombres racionales(21). En la actualidad existe consenso en la doctrina del Derecho Penal y del Derecho en general, en torno a la consideración de que el Derecho Penal debe construir sus categorías sobre la base de valorar al hombre como un fin en sí mismo, mas no como un instrumento.

Es decir, el Derecho Penal tiene que ser concebido como un instrumento, diseñado por y para el hombre, lo cual significa que el ius puniendi tiene que expresar un perfil antropocentrista, en el que el respeto a la dignidad de la persona esté siempre presente. Esto implica la no restricción de los fueros de libertad de los ciudadanos mediante la aplicación de la analogía in bonam partem. Únicamente cuando se respeta la dignidad de la persona humana -lo cual pasa por concebir al hombre como un fin en sí mismo- el Derecho Penal

una regulación que afecte el contenido del merecimiento de pena de una norma, vinculan asimismo al juez, de modo que no es lícito apartarse de aquellas en perjuicio del acusado". MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Astrea.

Buenos Aires, 1995. 10/16. Pág. 163, señalan que: "Tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, mediante la extensión de las instituciones jurídicas de la parte general, pueda lograrse la expansión de la zona de pena en virtud de la aplicación de la analogía de un tipo singular".

(18) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cit. 5/42. Pág. 158, quien deja en claro que: "en la interpretación de una causa de justificación, también el juez penal está vinculado únicamente por el fin de la ley, aunque en los mismos tampoco puede tener lugar una aplicación o creación libre del Derecho".

(19) Cfr. HÁBERLE, Peter. "El Estado constitucional". Traducción de Fierro Fix. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 173: "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana".

(20) En ese sentido PECES-BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". 3ª edición. Latina Universitaria. Madrid, 1980. Pág. 51, sostiene que la filosofía de los derechos humanos, como ideología humanista y democrática, pretende crear condiciones sociales necesarias para que no existan trabas sociales al desarrollo integral de los hombres. De ahí que se considere a los derechos humanos como un ámbito de libertad o de autonomía social, como un límite a los poderes sociales, y especialmente al Estado, o como una exigencia -un derecho de crédito- frente al Estado, tanto a la participación política como a los derechos económicos, sociales y culturales".

(21) Así HÁBERLE, Peter. "La libertad fundamental en el Estado constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. Pág. 73: "Los derechos fundamentales son entonces siempre un límite para el Estado (oo.) porque de ese modo se expresa terminológicamente que los derechos fundamentales no protegen a un individuo que se contrapone como extraño al Estado, sino que ellos forman parte del Estado y lo condicionan. Los derechos fundamentales protegen la personalidad que se desarrolla libremente en el

interior de la comunidad social". PECES-BARBA, Gregorio. Op. Cil. Pág. 172, señala que: "(oo.) el fundamento último de los derechos fundamentales está en la dignidad de la persona humana".

no puede instrumentalizar al hombre con la finalidad de lograr objetivos estatales o de interés general. Esto significa que si no se concibe al hombre como un fin en sí mismo, si no se respeta la dignidad de la persona humana, no es posible la aplicación de la analogía in bonam parlem y, por tanto, tampoco es posible hacer del principio de legalidad y en particular de la analogía que favorece al reo una garantía de libertad del ciudadano frente al Estado.

IV. Fundamento de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem

El fundamento de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho Penal emana de los fundamentos materiales y formales de un Estado democrático de Derecho. Así, tenemos: la división de poderes, la prevención general positiva, el principio de intervención mínima y la seguridad jurídica.

1. Principio de división de poderes(22)

Este principio -desde su formulación teórica llevada a cabo por Montesquieu y su positivación por medio de la Revolución Francesa- consagra que: legisla el Poder Legislativo, administra el Poder Ejecutivo y aplica las leyes el Poder Judicial(23). Según las exigencias de este principio el juez no puede irrogarse atribuciones que no están o pertenecen a la esfera de su competencia y, que por el contrario, son funciones exclusivas del legislador. Competencia del legislador que no tolera ninguna injerencia arbitraria en la libertad y en los derechos de los ciudadanos. La prohibición de la analogía in malam parlem es una camisa de fuerza contra la arbitrariedad(24), pues constituye el antídoto a las decisiones particulares de los jueces, lo cual se expresa mediante el sometimiento de la arbitrariedad -propia del poder político- a la ley. Gracias al principio de división de poderes -propios de la democracia- se evita la presencia de la arbitrariedad estatal en los ámbitos de libertad de los ciudadanos; por el contrario, se integran las líneas maestras de una democracia social, que no son otra cosa que el cumplimiento y materialización

(22) Cfr. HÁBERLE, Peter. "El Estado constitucional". Traducción de Fierro Fix. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 203, sostiene que "(...) la división de poderes en sentido estricto . significa la división de los poderes estatales; en sentido amplio se refiere además a todo el ámbito social". Op. Cil. Pág. 193: "En el Estado constitucional el principio organizativo fundamental es la división de poderes (...)" (23) Sobre las implicancias del principio de división de poderes en una sociedad democrática, cfr. MAIHOFER, en Wemer en SENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE. "Manual de Derecho Constitucional". Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 238; PÉREZ ROYO, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". 7ª edición. Marcial Pons. Barcelona, 2000. Págs. 723 y sgtes.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Tecnos. Madrid, 1999. Págs. 213 y sgtes. Asimismo, cfr. HÁSERLE, Peter. Op. Cil. Pág. 204, quien señala "(...) hay que distinguir entre la división

'horizontal' de poderes y la vertical. La división horizontal de poderes se refiere de manera clásica a los tres poderes. Legislativo, Ejecutivo y Judicial (...Y'.

(24) Asf, MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 10/16. Pág. 160, señala que la prohibición de la analogía puede comprenderse también como prohibición de penas arbitrarias: solo la ley y no el juez deciden la punibilidad o impunidad de una conducta.

de los principios de libertad e igualdad. Esto último significa, la vinculación constitucional del poder estatal (v. gr. los jueces) al respeto y la protección de la dignidad humana como supremo fin del Estado y suprema virtud de sus ciudadanos.

El principio de división de poderes es uno de los pilares no solamente de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem, sino de todo el ordenamiento jurídico y del Estado democrático. División de poderes que solo es posible con el desarrollo de las instituciones democráticas (por ejemplo, el respeto a la ley y a las libertades de los ciudadanos). Esto significa que solo teniendo instituciones sólidas podemos contar con garantías de libertad. Del mismo modo que las constituciones políticas son una condición necesaria para la efectividad de los derechos humanos y el control sistemático del poder, las instituciones son el escudo protector de las esferas de libertad individual(25), pues el desarrollo de estas, al evitar los actos arbitrarios de unos pocos, por ejemplo los jueces, hace posible la creación de la libertad civil o jurídica del hombre(26).

Principio de reserva de la ley

El principio de reserva de la ley -expresión del principio de división de poderes- tiene rango constitucional, sin embargo no se encuentra regulado en un solo artículo de dicho cuerpo normativo. Su consagración está ubicada en varios preceptos de la Carta Jurídico-Política, la misma que señala: "únicamente por ley que esté previamente establecida se pueden crear delitos y penas". (Artículo 2 Inc. 24, literal d(27) y artículo 11 del Título Preliminar del CP(28)), y "únicamente por ley se pueden descriminalizar conductas". (Artículo 103, párrafo tercero). De esto se deduce, mediante una interpretación sistemática y teleológica, que el principio de reserva de la ley hace referencia a dos cuestiones fundamentales: 1ª Q el origen de la ley, y 2ª Q la jerarquía de normativa de la ley. En lo que se refiere al primero, la división de poderes, propia de los gobiernos democráticos, significa la preponderancia del Poder Legislativo(29) por encima de los otros órganos constitucionales (Poder Ejecutivo y Poder Judicial) en materia legislativa, pues es el único ente legitimado, en puridad, a través del cual se expresa la voluntad del pueblo y del Estado(30). Solo a través del Poder Legislativo se canaliza políticamente la

(25) Cfr. DAHRENDORF, Ralf. "Ley y Orden". Traducción de Luis María Díez-Picazo. Civitas. Madrid, 1998. Pág.158.

(26) Cfr. DAHRENDORF, Ralf. Op. Cil. Pág. 172.

(27) En ese sentido el artículo 2 inc. 24 literal d de la Constitución señala: "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".

(28) Así, el artículo 11 del Título Preliminar del CP señala que: "nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren sometidas a ella".

(29) Al respecto cfr. HABERLE, Peter. "El Estado constitucional". Pág. 210: en el Estado constitucional democrático se encuentra en primer lugar el Parlamento, ya que se trata del "principal órgano legitimado democráticamente de manera directa".

diversidad de valores de la sociedad, y de esta manera se logra que la voluntad del Estado sea expresión genuina de la voluntad de la sociedad(31).

Bajo un auténtico Estado democrático de Derecho solo las normas jurídicas que emanan del Órgano Legislativo -en virtud de su deliberación consciente que se realiza en dicha institución- son expresiones fenomenológicas y ratio essendi de la voluntad de Dios (pueblo)(32), debido a que en un Estado que surge del contrato social, el principio de reserva de la ley exige que la función legislativa se caracterice por subsumir en su esencia aspectos materiales y formales. Desde el punto de vista material, solo la elaboración de las leyes a través del parlamento de acuerdo a los mecanismos señalados en la Constitución logra expresar, en forma genuina, la voluntad del pueblo, pues las leyes ordinarias reflejan las expectativas individuales y sociales en normas abstractas de validez general. Desde el punto de vista formal, únicamente las normas jurídicas que emanan del parlamento adquieren legitimidad por el origen.

Con los principios de división de poderes y de reserva de la ley se busca que el ciudadano tenga una garantía objetiva y previa, de naturaleza racional y reconocida por todos de protección a sus derechos; y la seguridad de que no quedará librado a la decisión arbitraria de un particular, que en base a criterios no necesariamente consensuales lo sancione severamente. El juez cuando juzga no puede crear y aplicar a la vez una norma, sino que esta norma jurídica debe ser emitida por otro poder. Esto porque en un Estado democrático de Derecho los derechos fundamentales no aparecen como concesiones otorgadas por el legislador o por el juez a los ciudadanos, por el contrario, aparecen como el emblema y fundamento de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no solo implica un deber, sino también un derecho para el individuo, ello en función a que un genuino Estado democrático de Derecho es, por su propia naturaleza, la síntesis de los derechos de todos, y tiene por ley inmanente de su actividad la reafirmación de estos derechos mediante la voluntad general(33). En otras palabras, el hombre solo puede ver garantizada su libertad jurídica o civil en un Estado libre y el Estado solo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres y, solamente hay hombres con libertad jurídica cuando no hay una intromisión arbitraria por parte del legislador o del juez en sus esferas de libertad(34).

(30) Así PÉREZ ROYO, Javier. Op. Gil. Pág. 732.

(31) PÉREZ ROYO, Javier. Op. Gil. Pág. 733.

(32) En ese sentido DEL VEGGHIO, Giorgio. "Filosofía del Derecho". 9ª edición española revisada por Luis Legaz y Lacambra. Bosch. Barcelona, 1980. Pág. 370, citando al filósofo estoico Grisipo, señala: "(...) la ley -en el sentido más alto y general de la palabra- es reina de todas las cosas divinas y humanas, criterio de lo justo y de lo injusto; y para aquellos que son llamados por la naturaleza a la vida civil, preceptora de lo que se debe hacer, prohibitiva de lo que no se debe hacer".

(33) Así, DEL VEGGHIO, Giorgio. Op. Gil. Pág. 452.

De lo sustentado se deduce que solo en un Estado absolutista sería posible que las funciones de legislación y juzgamiento recayeran en una misma persona (el juez, mas no en un Estado democrático donde hay división de poderes), porque en una entelequia jurídico-política democrática, la vigencia de los principios mencionados y, por tanto, la prohibición de analogía in malam partem no es solo una garantía jurídica, sino también una garantía política, dado que protege al ciudadano de la arbitrariedad estatal, que se manifiesta en el poder excesivo de los jueces.

2. Principio de prevención general positiva

La aplicación de la analogía in malam partem solo es compatible c,?n los fines de un Derecho Penal totalitario y con las funciones simbólica y promocional del Derecho Penal. Acorde con estos fines, los regímenes monárquicos o dictatoriales conciben el Derecho Penal como un instrumento de afianzamiento del poder político por encima de las libertades individuales y de la dignidad de la persona humana sin límite alguno. En ese sentido, solo en los Estados absolutos está permitida la criminalización de las conductas humanas por parte del juez aplicando la analogía in malam partem, debido a que el ius puniendi estatal no tiene como fin proteger bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, sino la vigencia del modelo político, económico y social instaurado y, por tanto, la criminalización de toda conducta contraria a los intereses políticos y económicos del régimen imperante. En virtud de la función simbólica(35) - solo concibiendo al Derecho Penal como un instrumento psicológico de autocomplacencia y satisfacción de los políticos y de confianza y tranquilidad de la opinión pública en la sobreincriminación de las conductas de los ciudadanos por parte del Estado- se puede aceptar, mediante la aplicación de la analogía perjudicial para el reo, la restricción o menoscabo del contenido material de los derechos fundamentales de los ciudadanos (v. gr. la libertad, el patrimonio, etc.); no obstante, esto no es posible, por cuanto -si bien es cierto que el Derecho Penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio conser1so sociaF36L no puede ser el fnstrumento que recabe o imponga dicho consenso(37). En virtud de la función promocional publicamente concibiendo al Derecho Penal como un instrumento director del cambio social y de la transformación de la sociedad- se legitima la aplicación de la analogía in malam partem para criminalizar conductas que

(34) Sobre los alcances de la libertad jurídica en una sociedad democrática y en general de todos los derechos fundamentales, véase PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. Cil. Pág. 212.

(35) Ampliamente sobre las implicancias de la función simbólica del Derecho Penal, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000. Pág. 98, señala que: "Un Derecho Penal simbólico se desentiende de la eficaz protección de bienes jurídicos en aras de otros fines psicosociales que le son ajenos. No mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes, para tranquilizarle, a la opinión pública".

no están prohibidas por la ley. Sin embargo, se debe dejar en claro que el, Derecho Penal no tiene legitimidad para liderar el cambio social, pues dicha dirección es competencia de las instancias sociales(38).

De lo advertido anteriormente, concluimos que la aplicación en el Derecho Penal de la analogía que perjudica al reo es incompatible con la misión o fines del ius puniendi de un Estado democrático de Derecho, porque en un Estado como el descrito, el Derecho Penal tiene como fin último -aunque en última ratio- crear libertad jurídica para que los ciudadanos tengan las mismas posibilidades democráticas de participación en los procesos de relación(39). Libertad jurídica que no solo puede ser alcanzada mediante la prevención general positiva, la misma que, en cualesquiera de sus manifestaciones, supone que la persona pueda motivarse y actuar conforme a las normas, lo cual requiere que estas normas preexistan y se encuentren vigentes antes y durante el hecho para que el sujeto por lo menos pueda conocerlas, de tal manera que si aparecen en cualquier momento después de ejecutada la acción, en cualesquiera etapa del proceso no desplegarán efecto de motivación alguno, puesto que no se conocía la existencia de las normas.

Ocurre que únicamente lo conocido puede motivar a los sujetos racionales. Lo imprevisto o lo contingente (v. gr. la aplicación arbitraria de la analogía in malam partem por el juez) no previene. Esto significa que el ordenamiento jurídico tiene que poner un límite al poder punitivo del Estado, esto es, el cumplimiento fidedigno de la literalidad de la ley por parte de los jueces en su afán de prevenir el delito, puede lo contrario, con la aceptación de la aplicación de la analogía en contra del reo, el ciudadano queda desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado en sus ámbitos de competencia, con lo cual el Derecho Penal ya no estará creando libertad, sino restringiendo libertad, lo cual es inaceptable.

Lo dicho anteriormente encuentra su respaldo en consideraciones valorativas (de índole cultural y jurídica) que se reflejan en forma negativa en la conciencia de la sociedad. La analogía in malam partem no ayuda a internalizar las

(36) En ese sentido véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo".

. Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 306, sostiene que: "(...) la función meramente simbólica de algunos preceptos y en general del Derecho Penal obstaculiza la función instrumental general del Derecho penal". (Las negritas son nuestras).

(37) Cfr GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 99.

(38) Al respecto Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 99.

(39) En ese sentido, cfr ROXIN, Claus. Op. Cit. 5/1. Pág. 137, señala que: "(...) un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal". JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. 5ª edición. Comares. Granada, 2002. 1/2. Pág. 3, enfatiza que: "El Derecho Penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello, el Derecho Penal no solo limita, sino también crea libertad".

normas jurídicas en la conciencia de una comunidad determinada, pues la consolidación del sentimiento o cultura jurídico-penal de respeto a las normas por parte de la ciudadanía únicamente es posible mediante el respeto irrestricto a las leyes, no solo por parte de los ciudadanos, sino sobre todo, por parte de los funcionarios públicos (v.gr. los jueces). Con la aplicación de la analogía in mala m partem en el campo del Derecho Penal se resquebraja la conciencia ética(40) de los ciudadanos de respeto a los bienes jurídicos ajenos. Así la colectividad -al ver que las autoridades encargadas de aplicar las leyes violan dichas normas-lejos de respetarlas, las infringen, ya que no soportarán ver que la ley penal y el Derecho Penal pierden la fuerza configuradora de las costumbres sociales, debido a la incriminación sin escrúpulo o control jurídico alguno de cualquier hecho inmoral(41) o acción políticamente nociva o subjetivamente reprochable.

Asimismo, desde el punto de vista material, la aplicación de la analogía in malam partem imposibilita al ciudadano reconocer las directivas de mandato o de prohibición jurídico-penal que se dirigen sobre su conducta, de tal manera que su comportamiento no puede ser motivado por la norma. En efecto, el ciudadano no puede orientar su conducta conforme a las normas jurídicas establecidas (normas dadas por el legislador), ya que, aplicando la analogía in mala m partem al caso concreto, la incriminación de una conducta no dependería de la existencia o no de una ley penal, sino del criterio discrecional y arbitrario del juez(42). Asimismo, la confianza en las normas y la lealtad con el Derecho constituyen los contenidos de los procesos de comunicación y realización del ciudadano, en cuanto proyecciones psicológicas de ella que solo pueden ser alcanzadas mediante el cumplimiento del principio de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem, pues solo el

(40) Al respecto, ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal". Akal/lure. 2ª edición. Madrid, 1986. Pág. 123, señala que si hace uso de la analogía inmalamparlem:"(...) la pena perdería su fuerza moral si no fuera conforme a la letra de esas normas generales y fijas que van formando la consciencia popular como resultado de la advertencia legislativa (...) Si un día se reputara delictiva una acción análoga a la que estaba definida en la ley, al siguiente habría motivos para castigar la conducta que a su vez fue semejante a la anterior incriminada por analogía".

(41) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Pág. 303, refiriéndose a la criminalización de las conductas inmorales o antiéticas, sostiene que: "(...) es inconcebible que un Estado democrático acepte de buen grado que las normas penales se tomen como baremo de definición del ámbito de lo ético y de lo antiético (...). Ello, además, es obligado, en primer lugar, porque determinados comportamientos individuales son antiéticos, aunque no estén penalmente tipificados y a la inversa (...)".

(42) Al respecto HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. Pág. 327, refiriéndose a las nefastas consecuencias que trae consigo la aplicación de la analogía in malam partem señala que: "es como meter la mano a una caja mágica en la que nadie salvo el mago sabe muy bien lo que hay dentro".

respeto del sentido literal-teleológico de la ley ofrece un tratamiento igualitario a los ciudadanos, elimina la arbitrariedad, ofrece estabilidad normativa y constituye el mejor faro de orientación del ciudadano en sus contactos sociales.

3. Principio de intervención mínima

La estructura de los tipos penales obedece al carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual se presenta como un sistema normativo discontinuo en el que no todos los comportamientos resultan penalizados, sino los más graves que afectan aspectos esenciales de la persona humana como la libertad o sus procesos de relación. Bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal, la intimidad personal, el honor, la dignidad o la seguridad, pertenecen a esta línea. De no tener estos medios selectivos el Derecho Penal intervendría en todas y cada una de las esferas de libertad de los ciudadanos, con lo que se quebranta el principio de intervención mínima. El principio de reserva de la ley penal indica que es exclusiva competencia del legislador establecer sanciones a determinadas conductas, atenuarlas o agravarlas(43). Por el contrario, al juzgador le está prohibido crear, ampliar o agravar comportamientos y penas. Así, la labor judicial comienza con la ley preexistente y solo con ella se justifica. El grado de percepción en materia penal está dado por la existencia de una plena vinculación entre el legislador y la ley penal, que concluye afirmando que la única fuente vinculante del Derecho Penal es la ley. De no ser así y de aceptarse que el juez incrimine conductas en función a la aplicación de la analogía in malam partem, tendríamos que aceptar también una función política de los jueces, consecuencia que se rechaza y que se encuentra proscrita.

La aplicación de la analogía in malam partem trae abajo el principio de intervención mínima (carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal), pues extiende y amplía en forma irracional los límites del ius puniendi estatal, esto en virtud de que mediante la aplicación de la analogía que perjudica al reo se criminalizan comportamientos que no representan la más mínima dañosidad o nocividad social, o que siendo perjudiciales para la sociedad pueden ser solucionados por otras ramas del ordenamiento jurídico, en forma más eficaz y menos lesiva.

La prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho Penal (complemento del principio de intervención mínima) encuentra coherencia o compatibilidad teleológica con los fines del Estado social, ya que en una entelequia de esta naturaleza el Estado tiene una obligación de doble sentido (sentido positivo y sentido negativo). La obligación de sentido positivo vincula al Estado la necesidad de crear las condiciones idóneas para que sus ciudadanos desarrollen dignamente sus potencialidades humanas, lo cual pasa por ampliar y no restringir las esferas de libertad(44). La obligación de sentido negativo exige que el Estado utilice el Derecho Penal en última instancia: a) solo cuando los controles informales, por ejemplo, la escuela, la familia, la religión, la universidad, etc., y los controles formales, v.gr. Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Civil, etc. han fracasado(45);

(43) La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 102, señala: "Son atribuciones del Congreso: a) dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".

b) únicamente cuando los comportamientos comisivos u omisivos de los ciudadanos repercuten gravemente en el normal funcionamiento de las relaciones intersubjetivas, lo cual pasa por determinar que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea de un gran valor tanto para la sociedad como para el individuo(46). Por ello, no se puede ni se debe aceptar la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho Penal, ya que con el uso de esta se incurriría en una intolerable inflación penal, propia no de un Derecho Penal de intervención mínima o de última ratio, sino de un Derecho Penal de intervención máxima lleno de funciones promocionales y simbólicas.

4. La seguridad jurídica

Correctamente afirma HENKEL que en un Estado democrático de Derecho la seguridad jurídica cumple dos grandes funciones con respecto a los ciudadanos: la de orientación y la de realización(47), las cuales únicamente son posibles de realizar mediante la vigencia de la ley (lo cual no es otra cosa que la prohibición de la analogía in mala m partem). Esto significa que la ley ejerce la supremacía entre todas las fuentes de creación jurídica(48), pues tiene la capacidad para garantizar la seguridad del Derecho, ya que las demás fuentes del Derecho, por ejemplo, el Derecho consuetudinario, la jurisprudencia, etc. -al no hallarlas el ciudadano en ninguna parte por no estar positivizadas- no pueden ser reglas de conducta. Solo mediante la vigencia de la ley se puede

(44) En ese sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000. Pág. 379, sostiene que el principio de intervención mínima: "(oo.) expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal dellus puniendi. Un límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social". En ese mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Reppertor. Barcelona, 2002. 4/47. Pág. 123, refiriéndose al principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal, señala que: "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social".

(45) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 4/47. Pág. 123, sostiene que el principio de subsidiariedad implica que: "(...) el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos".

(46) Al respecto, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cil. Pág. 379, este autor señala que: "El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando es estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurfdicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Esatdo, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos".

(47) Cfr. HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. Pág. 544.

alcanzar la ecuación: regularidad = previsibilidad = seguridad = libertad.

En un Estado de Derecho las funciones de orientación⁽⁴⁹⁾ y realización de la seguridad jurídica presuponen el cumplimiento de: a) la certeza jurídica, b) la eficacia del Derecho, c) la ausencia de arbitrariedad.

En virtud de la primera, los ciudadanos tienen la posibilidad de conocer lo que está prohibido, impuesto o permitido y tener un conocimiento nítido de cuándo y cómo intervendrá el Estado en sus fueros de libertad, lo cual permite a los individuos orientar sus conductas de acuerdo a las normas establecidas, con la expectativa de que el Estado, por un lado, no intervendrá en sus ámbitos de competencia individual si sus comportamientos se encuentran dentro de los parámetros establecidos en la ley⁽⁵⁰⁾. Por ello, no se puede aceptar la aplicación de la analogía in malam partem, ya que esta no permite que el ciudadano adecue su conducta de acuerdo a derecho, en tanto resquebraja la seguridad o certeza que debe tener el ciudadano en el ordenamiento jurídico acerca de la licitud o ilicitud de sus comportamientos.

La segunda significa el cumplimiento y seguimiento de las normas por sus destinatarios⁽⁵¹⁾, esto es, el respeto de las normas, en virtud de la confianza que tiene el ciudadano de que cuando realice comportamientos prohibidos, su libertad será restringida de acuerdo a lo establecido en la ley. Ello es expresión de la confianza que estos tienen en el cumplimiento del Derecho establecido, pues la aplicación y ejecución de las leyes expresan la vigencia del Derecho y facilitan el cumplimiento de las expectativas, pues permite que los mensajes normativos, dotados de certeza, se conviertan en expectativas no meramente aproximadas, sino realmente confiadas sobre ciertas respuestas o soluciones jurídicas. Esto no es otra cosa que la prevención general positiva que,

(48) En ese sentido BENTHAM, Jeremías, citado por ARCOS RAMÍREZ, Federico. "La seguridad jurídica (una teoría formal)". Dickinson. Madrid, 2000. Pág. 205, nota 7, señala que: "Todo lo que se llama derecho no escrito, es una ley que gobierna sin existir, una ley congetural sobre la cual los sabios pueden ejercer su ingenio; pero que el simple ciudadano no puede conocer".

(49) GARCÍA MAYNES, Eduardo. Op. Cil. Pág. 478, sostiene que la función de orientación de la seguridad jurídica:

"(u.) se obtiene merced al empleo de un serie de medios. En el plano de la actividad legislativa, el más importante consiste en la claridad de precisión y congruencia de las prescripciones legales, en el de la actividad jurisdiccional, en la correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas (...)"

(50) En ese sentido GARCÍA MAYNES, Eduardo. Op. Cil. Págs. 477 y sgte.; ARCOS RAMÍREZ, Federico. Op. Cil.

Pág. 36; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Págs. 38 y sgtes.

(51) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cil. Pág. 479, sostiene que seguridad jurídica y eficacia del sistema o del Derecho son lo mismo, por eso señala que: "La efectividad de las reglas engendra un sentimiento de confianza en el orden y hace que en él coincidan las notas de vigencia justicia y eficacia".

dicho sea de paso, es la que hace posible la función protectora de las expectativas jurídicas de los ciudadanos.

La aplicación de la analogía in malam partem no permite la realización de las expectativas (eficacia del Derecho). Por el contrario, se resiente o pervierte dicha función de la seguridad jurídica, ya que las leyes -que son expresión de la voluntad popular y, por tanto consagradoras de expectativas- serían letra muerta, en virtud de que lo vigente no serían las normas jurídicas emanadas del parlamento, sino la voluntad arbitraria del juez.(52)

La ausencia de arbitrariedad, por su parte, exige que los poderes y funcionarios públicos realicen actos de producción y aplicación de las normas jurídicas dentro de la legalidad, de tal manera que, como afirma HENKEL, la incertidumbre y el azar del poder político brillen por su ausencia. Es decir, que no haya abuso de poder por parte de quienes lo detentan. Esto significa que en un Estado de Derecho, la seguridad jurídica, como evitación de arbitrariedad, exige la sujeción de los poderes y funcionarios públicos a la ley, esto significa que los jueces tienen el deber jurídico de aplicar las leyes en forma correcta, lo cual es posible no mediante la aplicación de la analogía in malam partem (al margen de la ley), sino dentro de la ley.

Por lo sustentado en este tópico, respecto de las funciones que desempeña la seguridad jurídica en el marco de un Estado de Derecho y la importancia que representa para las libertades individuales, creemos que la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el campo del Derecho Penal encuentra uno de sus fundamentos en la seguridad jurídica.

DOCTRINA

ABBAGNANO, Nicola. "Diccionario de Filosofía". Fondo de Cultura Económica. 3° edición. 2~ reimpresión. México, 2000. ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal". Akallure. 2~ edición. Madrid, 1986. ARCOS RAMÍREZ, Federico. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4~ edición. Madrid, 1997. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "Fuentes del Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1991. BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE. "Manual de Derecho Constitucional". Marcial Pons. Madrid, 1996. CASTI LLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal Español". Tomo 1. Tecnos. 6~ edición. Madrid, 1998. DAHRENDORF, Ralf. "Ley y Orden". Traducción de Díez-Picazo. Cívitas. Madrid, 1998. DEL VECCHIO, Giorgio. "Filosofía del Derecho". 9~ edición española revisada por Luis Legaz y Lacambra.

(52) Como expresión de la falta de eficacia del Derecho debido a la aplicación de la analogía in malam partem se pueden citar los supuestos en los cuales un juez -pese a tener establecido claramente en una ley penal la clase de consecuencia jurídica (pena privativa de libertad) y el quantum de pena (mínimo y máximo)- aplica una consecuencia jurídica distinta y/o quantum diferente a lo establecido en la norma penal. Lo mismo podría suceder con una agravante o con los elementos que configuran la tipicidad de la conducta.

Bosch. Barcelona, 1980. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Tomo 1. Editorial Espasa-Calpe. 21 ~ edición. Madrid, 2000. ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. "Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. FALCÓN Y TELLA, María José. "El argumento analógico en el Derecho". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Civitas. Madrid, 1991. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Porrúa. México, 1994. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 2000. HÁBERLE, Peter. "El Estado Constitucional". Traducción de Fierro Fix. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. HÁBERLE, Peter. "La Libertad fundamental en el Estado constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. JESCHECK, HansHeinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares. Comares. Granada, 1993. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. 5~ edición. Comares. Granada, 2002. LARENZ, Karl. "Metodología del Derecho". Traducción de la 4~ edición alemana de Rodríguez Molinero. Ariel. Barcelona, 1980. LUZÓN PEÑA, DiegoManuel. "Curso de Derecho Penal español". Universitas. Madrid, 1996. MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz y GOSSEL, Karl Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I (1994) Y II (1995). Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6~ edición. Reppertor. Barcelona, 2002. MOLINER, María. "Diccionario de uso español". Tomo 1. 2~ edición. Madrid, 1998. NINO, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Ariel. Barcelona, 1993. PECESBARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". 3~ edición. Latina Universitaria. Madrid, 1980. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Tecnos. Madrid, 1999. PÉREZ ROYO, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". 7~ edición. Marcial Pons. Barcelona, 2000. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. SECO, Manuel y RAMOS, Gabino. "Diccionario del español actual". Tomo 1. Grupo Santillana de ediciones. Madrid, 1999. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. URQUIZO OLAECHEA, José. "El Principio de Legalidad". Gráfica Horizonte. Lima, 2000. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Editorial Iirant lo Blanch. 3~ edición. Valencia, 1993.

JURISPRUDENCIA

. "Habiendo constituido los procesados una sociedad comercial dedicada a efectuar prestamos de dinero, captando para ello recursos exclusivamente de sus socios accionistas, este último hecho, es decir la resfr-, -ión del universo de prestamistas, excluye la noción del 'público' exigible por el tipo penal de inter- . mediación financiera, resultando por lo mismo amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a los principios de legalidad y prohibición de ana lógica del hecho señalado como delictivo".
(Resolución Superior 17/03/98. Sala Penal de Apelaciones. CJJ Lima. Exp. 5339-97-8. Rojas Vargas,

Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 47).

"Al haberse negado el procesado a entregar a la autoridad fiscal los libros de actas de la empresa que representaba, ello constituye una conducta típica subsumible a título de desobediencia y resistencia a la autoridad, no siendo posible por analogía calificar este mismo hecho como ocultamiento de prueba, ni en concurso ideal de delitos".

(Resolución Superior 27/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 7455-97).

"No apareciendo de la denuncia fiscal imputación concreta contra la denunciada por omisión, rehusamiento o retardo de algún acto de su cargo, no puede analógicamente imputársele a título de abuso de autoridad los hechos que en la mencionada denuncia se imputan como complicidad en usurpación de funciones, menos aún si no se ha señalado cuál acto de función omitió, rehusó o retardó".

(Resolución Superior 13/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8741-97).

"Si bien el delito de defraudación en perjuicio de la administración pública estuvo previsto en el artículo 246 inciso 5 del Código Penal derogado, el mismo ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente que ya no lo contempla, no siendo posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo 198 inciso 8 por estar prohibida la aplicación de la ley penal por analogía; por lo mismo, el hecho resulta atípico".

(Ejecutoria Suprema 12/08/94. Exp. 1888-94. Lima).

"Existe en el Derecho Penal peruano prohibición expresa de aplicar analógicamente in malam partem las normas penales (como una forma de garantizar su estrictividad), particularmente para calificar el hecho, según indica el artículo III del Título Preliminar del Código Penal".

(Sentencia 20/05/98. Sala Mixta de Camaná- Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 169-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 47).

"Entre el procesado y la organización 'Sendero Luminoso' no se ha demostrado exista nexo alguno, ni relación alguna, porque nadie indica al acusado como integrante de la citada organización subversiva, habiéndose solo presumido su vinculación a nivel policial. No se encuadra en el tipo penal de apología al terrorismo el hecho de difundir música folklórica nacional".

(Ejecutoria Suprema 24/06/98. Exp. 1181-98. Sala B. Lima).

PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICO-PENALES

ARTICULO IV

La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

CONCORDANCIAS:

C.E.P. arto VII C. arts. 1, 2, 43
C.P. arts. VIII, IX, 16, 17, 46 inc. 4
C.P.P. arto 2.2

Comentario

Dino Carlos Caro Coria (*)

I. El objeto de protección en la dogmática penal contemporánea **1. Generalidades**

Hasta hace poco reinaba el acuerdo sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos(1).

Que "el orden penal solo debe proteger bienes jurídicos", era el unánime sentir de la doctrina(2) y la jurisprudencia hispanoamericana, la española(3) y la peruana(4) en particular. Se aceptaba la vigencia del principio nullum crimen entendida como una "amarga necesidad"(8), se justificaba por ser un instrumento teleológicamente orientado a la conservación de estos intereses. sine injuria(5), según el cual todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro(6) para un bien jurídico penalmente protegido(7), de modo que la pena,

(*) Los apartados 1, II Y III se basan en la revisión del Capítulo I del libro del autor "Derecho Penal del ambiente.

Delitos y técnicas de tipificación". Gráfica Horizonte. Lima, 1999. Págs. 5-53.

(1) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 267.

(2) Vid. por todos HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: Doctrina Penal. Año 12. 1989. Págs. 276 y sgtes.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público". PPU. Barcelona, 1993. Pág. 25, nota N° 1.

(3) STC 11/1981, de 8 de abril y STC 62/1982, de 15 de octubre, ambas expresan que "la protección de un bien jurídico deviene en requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales", Vid. COBA DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 291. La STC 105/1988, de 8 de junio, reconoce "la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho", cit. por MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª ed. Barcelona, 1996.

Pág. 93, nota N° 61. En la reciente jurisprudencia del TS, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha excluido la sanción de las llamadas "realizaciones aparentes del tipo" y restringido el alcance punitivo, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo". En: Actualidad Penal. Volumen 1. 1996. Págs. 252 y sgte.

(4) HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. Págs. 37 y sgtes.; BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. "Los principios rectores del

nuevo Código Penal". En: Derecho. N° 46, dic. Lima, 1992. Págs. 21 y sgte.; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General del Derecho Penal". Tomo 1. Grijley. Lima, 1995. Págs. 64 y sgtes., PRADO SALDARRIAGA, Sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal afronta una importante crisis, pues un sector encabezado por el profesor de la Escuela de Bonn, Günther JAKOBS, niega que la misión del DP consista en proteger bienes jurídicos y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal(9). Como indica JAKOBS, "Puede intentarse presentar al DP como protección de bienes jurídicos, pero solo de modo bastante forzado"(10), siendo más coherente considerar el hecho como la lesión de la vigencia de la norma y la pena como su eliminación(11). Pero más allá de si la teoría del delito debe concebirse no solo como teoría de la imputación, ante la desestabilización de las expectativas asociadas a las directivas de conducta, sino también como una teoría de la antinormatividad por la infracción de estas directivas(12), eje central del debate dogmático sobre

Víctor. "Todo sobre el Código Penal. Notas y comentarios". Tomo 1. Idemsa. Lima, 1996. Págs. 30-33; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 2ª edición. Lima, 1997. Págs. 35-38; URQUIZO OLAECHEA, José. "El bien jurídico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 6, 1998. Págs.

805 y sgtes. En la jurisprudencia nacional vide la SCS de 5 de dic. de 1994 en la causa 3374-93-B y la Resolución de la CS de 28 de dic. de 1994 en la causa 2900-94. Asimismo, las citas jurisprudenciales de ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Idemsa. Lima, 2001. Págs. 48 y sgte.

(5) De "ofensividad", "lesividad" u "ofensión", COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág.

289. En determinadas legislaciones este principio está positivizado, como en el Código Penal colombiano de 1980 (artículo 4), vide VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Temis. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá, 1997. Págs. 280 y sgtes. Igualmente, nuestro CP señala en el artículo IV del Título Preliminar que "La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". En España, el Proyecto de la Parte General de 1982 recogió tal principio (artículo 111 del Título Preliminar), al igual que el borrador de la Parte General de 1990 (Título Preliminar), pero tales previsiones fueron suprimidas ya desde el Proyecto del Código Penal de 1992, vide la crítica de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General", en Revista del Foro Canario. NQ 87. Las Palmas de Gran Canaria, 1993. Págs. 62 y sgte. El Proyecto Alternativo Alemán también recogió este principio (§2.1).

(6) FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo". En: Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice. Franco Angeli. Milano, 1987. Págs. 49 y sgtes.; ESCRIVÁ GREGORI, José María. "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976. Págs. 17 y sgtes.

(7) MANTOVANI, Ferrando. "El principio de offensività del reato nella costituzione". En: Scritti in onore de C. Mortati. Vol IV. Milán, 1977; MANTOVANI, Ferrando. "Diritto penale. Parte generale". Cedam. Padova, 1979. Págs. 183 y sgtes. Relativiza el principio, JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 54, nota N° 32, acerca del riesgo de un Derecho Penal subjetivista o de la actitud, entiende que: "Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro: Lesión del bien jurídico, infracción del deber y principio del hecho son tres cosas distintas... En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido 'liberal' por principio".

(8) Valga la conocida frase de Hans Schultz en la fundamentación del §2 del Proyecto Alternativo Alemán ("AlternativEntwurf eines Strafgesetzbuches". Allgemeiner Teil. 2ª edición. J.C.B. Mohr. Tübingen, 1966. Pág. 29), donde entiende la pena "como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres".

(9) JAKOBS, Günther. Op. Cil. Págs. 44 y sgtes.

(10) JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes o la vigencia de la norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. Pág. 63.

(11) Ibídem. Pág. 64.

las consecuencias de una postura funcional⁽¹³⁾, para un sector doctrinal JAKOBS postula un retorno al positivismo jurídico, propone fundar un sistema penal neutral a cualquier modelo social, es decir acrítico frente a los problemas sociales y que, por ende, dejaría la puerta abierta para la instrumentalización del ser humano.

Ante esta postura, considero importante reivindicar la valía del bien jurídicopenal como instrumento rector y límite del ius puniendi. En esa línea, entiendo que es posible obtener los siguientes resultados: 1) Demostrar las posibles limitaciones del llamado "funcionalismo sistémico" fundado por el profesor JAKOBS; y, 2) La construcción, sobre los principios de merecimiento y necesidad de pena, de un concepto material de bien jurídico-penal capaz de realizar esa función rectora y limitadora.

2. Relevancia del concepto material

Aunque algunos son escépticos frente a la posibilidad de contar con criterios positivos para definirlo⁽¹⁴⁾, sobre el concepto material del bien jurídico-penal cabe advertir importantes diferencias en su delimitación⁽¹⁵⁾. En tal sentido, mantiene vigencia la constatación de RUDOLPH I de que "a pesar de sus 130 años de historia" (hoy 170), desde su creación por BIRNBAUM en 1834⁽¹⁶⁾, el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presenta una considerable falta de claridad⁽¹⁷⁾, lo que a mi entender obedece más a los diversos enfoques materiales, en ocasiones negado⁽¹⁸⁾, que a la pretensión de

(12) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Normas y acciones en Derecho Penal". Hammurabi. Buenos Aires, 2003. Págs. 38 y sgte.

(13) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber? Ad-Hoc. Buenos Aires, 2003. Págs. 147 y sgte, desde una postura nomológica, trata de superar el dilema de la protección de bienes o de la estabilidad de la norma, entendiendo que la tutela de bienes es el fin perseguido por la norma de conducta, y sobre la base de ello debe construirse toda teoría de la antinormatividad, mientras que la norma de sanción, que fundamenta la teoría de la imputación, se orienta a restablecer la vigencia de norma.

(14) STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Edersa. Madrid, 1982. Págs. 3 y sgte.; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En: Cuadernos de Política Criminal. N° 39. 1989. Págs. 726 y 735, niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el Derecho Penal mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal.

(15) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución". En: Cuadernos de Política Criminal. N° 43. 1991. Pág. 5; ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". En: Doctrina Penal. N° 2. 1979. Pág. 509.

(16) BIRNBAUM, J. M. F. "Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en Archiv des Criminalrechts. Nueva edición. T 15. 1834. Págs. 149 y sgtes.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "lecciones de Derecho Penal. Parte General".

Praxis. Barcelona, 1996. Pág. 6, entienden que el bien jurídico nació en Birnbaum como un principio liberal que pretende limitar la potestad punitiva estatal. Sin embargo, para MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 91, con Birnbaum solo nació el sentido dogmático del bien jurídico, lo que refrenda FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal". Praxis. Barcelona, 1988. Pág. 35, pues comprende que Birnbaum introdujo el concepto solo desde una perspectiva intrasistémica, y que fue van Liszt quien, desde la sociología-naturalista del positivismo, creó un concepto material de bien jurídico al afirmar que este halla su origen en un "interés de la vida", previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque dicho interés revista el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho, vide VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de la 20ª edición de Jiménez de Asúa. Tomo 11. Madrid, 1916. Pág. 2.

que el bien jurídico cumpla simultáneamente varias funciones, como sostiene GONZÁLEZ RUS(19).

Pero la tarea de concretar el concepto material no es superflua, pues al bien jurídico no solo se le atribuyen funciones formales, como la sistematización de la Parte Especial o la orientación de la interpretación de los tipos(20), dimensión a la que se refiere por ejemplo el clásico trabajo de POLAINA NAVARRETE(21). También se le asigna la fundamentación material del ilícito penal(22), lo que no es pacífico pues según la concepción de bien jurídico defendida, se entenderá el injusto como el mero disvalor de la acción peligrosa o se exigirá adicionalmente un disvalor de resultado tangible en el peligro real o la lesión del interés protegido. Decantarse por algunas de estas opciones, tiene consecuencias inevitables en la fundamentación de la tipicidad, la antijuricidad y la pena(23).

El concepto material de bien jurídico-penal cumple estas funciones tanto de lege lata, como de lege ferenda. En contraposición a su sentido dogmático que alude a los objetivos que de hecho protege el orden penal vigente (de lege lata)(24), el sentido político-criminal del bien jurídico se relaciona con aquellos intereses que reclaman protección penal (de lege ferenda)(25). Por ello, la actual discusión sobre el contenido de los bienes jurídicos no se plantea desde una perspectiva estrictamente dogmática, sino que se ha transformado, esencialmente, en una cuestión político-criminal(26), lo que pone de relieve la llamada función crítica del bien jurídico. Se entiende que "el bien jurídico es

(17) RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico". En: Nuevo Pensamiento Penal. Año 4. 1975. Pág. 329.

18) Por el positivismo jurídico, los autores del nacional socialismo y del Tercer Reich, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)". PPU. Barcelona, 1991. Págs. 33 y sgtes. y 68 y sgtes.

(19) GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)". Fundación Juan March. Madrid, 1983. Pág. 12.

(20) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cil. Pág. 34; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. "Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación". Praxis. Barcelona, 1991. Págs. 30-33; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Págs. 37 y sgtes; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. Luz. "Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)". Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pág. 209. En Italia, FIORE, Caria. "Decodificazione e sistematica del beni giuridici". En: Beni e tecniche della tutela penale. Págs. 73 y sgtes.

(21) POLAINO NAVARRETE, Miguel. "El bien jurídico en Derecho Penal". Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla, 1974. Págs. 294 y sgtes. Últimamente, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos científicos del Derecho Penal". Tomo 1. 3ª edición. Bosch. Barcelona, 1996. Págs. 281 y sgte.

(22) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico' (aproximación al ilícito penal)". En: Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. N° 69. 1983. Págs. 85 y sgtes.

(23) Vide por todos HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. Cil. Págs. 169 y sgtes.

(24) RUDOLPHI, Hans-Joachim. Op. Cil. Pág. 329.

(25) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 91, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". 1. Universitas. Madrid, 1996. Pág. 326; ESER, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 6. Lima, 1998. Págs. 605 y sgtes.; LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. "Derecho Penal. Parte General". Tecnos. 5ª edición. Madrid, 1996.

Pág. 249, entienden que: "Existen dos conceptos de bien jurídico: el político criminal y el dogmático. El concepto político-criminal se refiere a lo que debe ser protegida por el Derecho Penal a juicio de una corriente políticocriminal concreta (de lege ferenda); por tanto será diverso según las distintas orientaciones de dicha disciplina. El concepto dogmático estudia los bienes jurídicamente protegidos por una legislación penal concreta (de lege lata)".

crítico del sistema penal y de la estructura social; permite la revisión y superación del sistema jurídico-penal y de la realidad misma"(27).

En síntesis, conceptualizar materialmente el bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del Derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata), y como guía para construir el modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de lege ferenda).

Ambas tareas críticas pueden realizarse teniendo como herramientas la utilidad formal (función sistematizadora, jerarquizadora, interpretativa) y material (fundamentación del ilícito penal) del bien jurídico-penal. Por esa razón, si bien su fundamentación material es esencialmente dogmática, no puede desconocerse las disfunciones del control penal constatadas por la Criminología(28) si se aspira a obtener el necesario baremo político-criminal de referencia y contraste frente a la obra legislativa(29).

II. Valoración crítica del estado actual

1. Antecedentes

La evolución del concepto material de bien jurídico-penal ha ido aparejada al desenvolvimiento de los diferentes modelos de Estado, pues el común denominador es su funcionalidad con los requerimientos de la hegemonía política de cada momento histórico(30). En tal sentido, la teoría de bien jurídico

(26) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 92; PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal de 1980". En: Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria. T 11. Bosch. Barcelona, 1983. Pág. 753.

(27) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Pág. 40, citando a Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez, en el seno del discurso de la Criminología crítica, la autora afirma con acierto que el sentido crítico del bien jurídico pone en manos de los ciudadanos "la posibilidad de controlar el control; utopía del Estado democrático".

(28) Me excluyo, por ahora, de las argumentaciones criminológicas que confirman la "selectividad" del control penal en la determinación de los bienes jurídicos y los comportamientos punibles. Pero desde la deseada perspectiva totalizadora de las ciencias penales, la 'gesamte Strafrechtswissenschaft' de von Liszt, la construcción dogmática, sin ignorar los aportes de la criminología crítica, debe atenuar la selectividad punitiva en el marco del modelo penal de la Constitución, vide ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución". En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. N° 1, agosto, 1987. Págs. 101 y sgtes. Como ratifican SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Estudio preliminar", en JAKOBS, Günther. "La imputación objetiva". Traducción de Cancio Meliá. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 80, nota N° 166, "la elaboración de un sistema dogmático... hace posible sustraer al Derecho Penal "a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación", vide GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?". En: Estudios de Derecho Penal. Civitas. Madrid, 1976. Págs. 57 y sgtes. Por ello, la preocupación criminológica mantiene actualidad en la dogmática, vide MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 60, para quienes aún se suele considerar "como 'bien jurídico' los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad"; cercanos: HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 38; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. Pág. 50; CARO CORIA, Carlos. "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real". En: Thémis. N° 27-28.1994. Págs. 184 y sgtes. y "La protección penal del ambiente". BM&U. Lima, 1995. Págs. 59 y sgtes.; en tales oportunidades he defendido la mínima intervención penal con argumentos depurables, labor programática que escapa al objetivo de este libro.

(29) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Pág. 5, GÓMEZ BENÍTEZ. José Manuel. Op. Cil. Págs. 86 y sgte.

es de raigambre decimonónica y surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas socialmente dañosas y lesivas de entidades reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia, los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, es decir como una manifestación que contradecía la voluntad divina. Antes bien, debe tenerse en cuenta que estos postulados no eran considerados de modo rígido por la doctrina alemana e italiana del siglo XIX, pues incluso se entendía que en algunos casos podía faltar un interés protegido sin que ello sea óbice para considerar delictiva la conducta(31).

La crítica a esta concepción del bien jurídico, se asienta en la imposibilidad de dispensar un concepto material lo suficientemente explícito para el desarrollo de la función crítica o limitadora de la reacción penal(32), deficiencia que se aprecia también en el desarrollo de la teoría contractualista que identifica bien jurídico y derecho subjetivo, equiparación inexacta en muchos casos pues este último significa que el derecho objetivo se pone a disposición de una voluntad o interés estrictamente particular. El derecho subjetivo es solo un mecanismo de distribución y protección de bienes jurídicos(33), entre ambos existe una relación de medios y fines(34).

Tampoco logró otorgar un contenido material la concepción formal del positivismo jurídico, cuyo último representante, en sentir de SILVA SÁNCHEZ(35) y de BUSTOS RAMÍREZ(36), es Günther JAKOBS(37) quien identifica el bien jurídico con el sentido y fin de las normas penales. Antes BINDING entendió que el bien jurídico es un bien del derecho, lo que equivale a ver su génesis en la creatura del legislador, o sea como una categoría formal coherente con una concepción for Igualmente no acentuaron la función crítica, las teorías que entienden el bien jurídico como la ratio legis de la norma, pues en todo delito es apreciable una finalidad o valoración del legislador (39). Los neokantianos, doctrina dominante en los años veinte del siglo XX, se alejaron

(30) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrático". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1984. Pág. 335. Un exhaustivo análisis de la evolución de las relaciones entre bien jurídico y Estado, vide del mismo. "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)". Págs. 13 y sgtes.

(31) ÁLVAREZ GARGÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Pág. 7, nota N° 6, citando como ejemplos las concepciones de Antolisei, Roceo, Garminagni, Giuliani, Puccioni, Garrara, Paoli, Tolime, Buccellati, Pessina, Luchini, Halschner, Jellinek, Binding, Stoos, Frank, Finger y Merkel.

(32) STRATENWERTH, Günter. Op. Cit. Pág. 3 (33) GOBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. Pág. 292.

(34) Rocco cit. por TERRADILLOS BASOGO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal". En: Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. N° 63. 1981. Pág. 130.

(35) SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Pág. 268, nota N° 374.

(36) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée. PPU. Barcelona, 1994. Págs. 102 y sgte.

(37) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 45 y ss.

de los postulados inmanentes que hurgaban en la realidad jurídica la razón de ser del bien jurídico. Apostaron por una concepción que trascendía al sistema jurídico, buscaron lo material del bien jurídico en una realidad anterior al Derecho, situada en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales(40), pero propugnaron el concepto como "valor (espiritualcultural)"(41). Esta noción era incapaz de cumplir la función limitadora del poder penal(42), pues bajo el rótulo "realidad valorada positivamente" puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada(43), lo que quedó confirmado con su pronta admisión en el seno del nacionalsocialismo.

La doctrina penal del nacionalsocialismo(44) rechazó inicialmente la idea de bien jurídico(45), por ver en ella un límite liberal a superar en un Estado totalitario(46), pero no pasó mucho tiempo para que, producto del debate con los neokantianos, la rescataran vacía de contenido. El delito pasó a entenderse, desde la perversión nazi y fascista, como la desobediencia y la rebelión del individuo frente al poder que emana del pueblo(47) y se personaliza en el Estado, lo cual significó llevar al

(38) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Versión dactilográfica. Sala manca, 1990. Págs. 3 y sgte. El mismo, en "Hacia el Derecho Penal del nuevo milenio". Inacipe. México, 1991. Págs. 131 y sgtes., y en Temas de Derecho Penal. Cuzco. Lima, 1993.

(39) BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal español 11: el hecho punible". Madrid, 1985. Págs. 11 y sgtes.

(40) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 92.

(41) Como expresa M. E. Mayer, Gil. por JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 51, nota N' 20: "Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses, hay que estudiar la historia de la cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana".

(42) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. 'Sobre la teoría del "bien jurídico"'. Págs. 87 y sgte.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Págs. 132 y sgte.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. Op. Cil. Pág. 268, JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 51, precisa que "la indeterminación de la cultura (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) como fuente de intereses debilita la potencia crítica".

(43) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. Op. Cil. Pág. 268.

(44) Del movimiento político y social del Tercer Reich (reino o reinado) alemán (1933-1945), de carácter pangermanista, fascista y antisemita.

(45) SCHAFFSTEIN. "Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht". En: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Reinhardt Schmidt. T 1. Leipzig, 1936. Págs. 49 y sgtes.

(46) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 92.

(47) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Pág. 9, nota N' 16, transcribe paradigmáticas expresiones de Bettiol y Maggiore que guardan parecido con los postulados de JAKOBS, Günther (Op. Cil. Págs. 45 y sgtes.), para quien la pena se impone ante la desobediencia o infidelidad del ciudadano frente a la norma.

extremo las consecuencias del Estado social en desmedro del elemental imperativo kantiano del "individuo como fin en sí mismo". Por ende, tal concepto de bien jurídico no podía añadir nada a la idea de "infracción de un deber", pues cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico(48), sin que importase el comportamiento externo sino la mera actitud(49).

El horror de la Segunda Guerra Mundial determinó que la doctrina penal reivindicara la posición del individuo como centro y objeto de preocupación jurídica, y luego la exigencia de ofensividad para los bienes jurídicos, aunque en algunos casos se pretendió legitimar la sanción de conductas puramente inmorales, quizás como respuesta a los entonces recientes excesos de la doctrina del Tercer Reich. Ello se observa en la Exposición de Motivos del Proyecto Gubernamental de Código Penal de la República Federal Alemana de 1962(50), que motivó la reacción de un sector de juristas alemanes, entre ellos ROXIN(51), tangible en la redacción del Proyecto Alternativo de Código Penal(52). ROXIN retomó la línea marcada por la concepción social del bien jurídico de VON LISZT, entendiendo que el DP solo puede castigar las ofensas contra los bienes jurídicos y las infracciones contra los fines de previsión social, siempre que sean importantes para una vida comunitaria ordenada, es decir las "prestaciones públicas esenciales" de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del Estado(53).

Este autor ha señalado posteriormente que los "bienes jurídicos son realidades o pretensiones, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del sistema social, construido con tal fin"(54). Esta orientación de ROXIN ha sido criticada por su inconcreción, pues solo excluiría la criminalización de los actos inmorales que son difíciles de delimitar, de modo que estaría imbuido por un excesivo naturalismo que se aleja del necesario desarrollo social que merece el bien jurídico(55). La perspectiva de que el bien jurídico tome en cuenta la dimensión social, ha regido su fundamentación sociológica.

(48) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cil. Pág. 268.

(49) JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 54.

(50) ROXIN, Claus. "Franz van Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo". En: Problemas básicos del Derecho Penal Traducción de Luzón Peña. Reus. Madrid, 1976. Pág. 45.

(51) ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo".

(52) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. 2ª edición.

(53) ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Reus. Madrid, 1976. Pág. 21.

(54) Cil. por GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Op. Cil. Pág. 99, nota NQ 48.

(55) MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método". Bosch. Barcelona, 1976. Págs. 133 y sgtes. Desde el trabajo que se le critica, ROXIN ha desarrollado ampliamente su postura, vide "Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre". 3ª edición. Beck 199. München. §2/11 y sgtes.

2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas A. Posturas sociológico-funcionalistas

Los albores del movimiento internacional de reforma penal⁽⁵⁶⁾ se encuentran a finales de los años cincuenta, espacio en el que se reivindicó el concepto de bien jurídico como instrumento orientador de los procesos de criminalización y descriminalización, sobre la base de las ideas de VON LISZT⁽⁵⁷⁾. Pero entre los años sesenta y ochenta, el contenido del bien jurídico ocupó en Alemania, Italia⁽⁵⁸⁾ y España⁽⁵⁹⁾, un lugar primordial en la discusión jurídico-penal de cara a la reforma legislativa.

En ese contexto surgen las teorías sociológico-funcionalistas⁽⁶⁰⁾ que sitúan al bien jurídico en su dimensión social⁽⁶¹⁾, como "condiciones necesarias para la conservación del orden social", de modo que la lesividad debe expresarse como "dañosidad social". En esa perspectiva, pese a que AMELUNG compartía la noción de "dañosidad social", renunció al concepto de bien jurídico⁽⁶²⁾, extremo innecesario pues este es apto para incorporar, sin más, el necesario referente social⁽⁶³⁾.

(56) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General". Pág. 60; JESCHECK, Hans-Heinrich. "Rasgos fundamentales del movimiento internacional del Derecho Penal". En: Mir Puig (director). La reforma del Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona. 1980.

Págs. 9 y sgtes., quien pese a constatar que "La reforma del Derecho Penal es tan antigua como el Derecho Penal mismo", destaca cómo desde la segunda mitad de este siglo, el movimiento internacional en pos de la renovación del Derecho Penal "no encuentra parangón en la historia".

(57) Vide VON LISZT, Franz. Op. Cit. Pág. 2, quien, según hemos advertido, a diferencia del positivismo de Binding, entiende el bien jurídico como "interés de la vida", previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque admite que dicho interés reviste el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el Derecho. Pero no queda claro con qué criterios el Derecho positivo debe diferenciar los intereses a tutelar, pues "también los delincuentes persiguen intereses", como indica JAKOBS, Günther. Op. Cit. Pág. 51.

(58) Cabe recordar el famoso "Seminario sobre el bien jurídico y reforma de la Parte Especial", celebrado en Siracusa del 15 al 18 de oct de 1981, reseñado por GONZÁLEZ RUS, Juan José, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1982. Págs. 705 y sgtes.

(59) Vide por todos CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981. Págs. 461 y sgtes.

(60) Estas se sustentan en el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales de PARSONS, Talcott. "La estructura de la acción social". Tomos I y II. Guadamarra. Madrid, 1968, y "El sistema social". Traducción de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez. 2ª edición. Alianza Editorial. Madrid, 1984; y LUHMANN, Niklas. "Sistema jurídico y dogmática jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. Sobre la influencia del funcionalismo en la teoría penal española, vide VIVES ANTÓN, Tomás. "Fundamentos del sistema penal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Págs. 163-171, 184-197, 433-452, quien se concentra principalmente en la doctrina de la acción y de la norma, a partir de los aportes de Wittgenstein, precursor de las ideas de Habermas.

(61) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit. Págs. 51 y sgtes., advierte la distinta fundamentación de las teorías que atienden a la realidad social con el fin de construir un concepto material de bien jurídico. En tal perspectiva, reseña y critica las teorías funcionalista o del consenso (PARSONS, MERTON, AMELUNG, CALLIES, MIR), y las teorías del conflicto (DAHRENDORF, COSER). Finalmente apuesta por el modelo materialista histórico de BUSTOS RAMÍREZ (Op. Cit. Págs. 53 y sgtes.) que define el bien jurídico como "una síntesis normativa determinada de una realidad social concreta y dialéctica", vide BUSTOS RAMÍREZ, Juan. op. Cit. Págs. 112-114.

(62) AMELUNG, Knut. "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft". Frankfurt a.m. Athenäum 1972, incluso renuncia al concepto de bien jurídico; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 6.

La doctrina ha albergado dudas sobre el contenido de lo "socialmente dañoso". Delimitar el ius puniendi, como ha pretendido por ejemplo GÓMEZ BENÍTEZ, solo con la concepción social del bien jurídico(64), sería un procedimiento sumamente inseguro. En todo caso, el citado autor no ha logrado definir lo "socialmente perjudicial", solo utiliza definiciones tautológicas como la insignificancia de la acción desde el ángulo del perjuicio social, criterios inmanentes como incluir la ausencia de causas de justificación en la materia prohibida o componentes subjetivos del desvalor de la acción en el tipo, o definiciones vagas del perjuicio social como "aquello que es preciso prevenir de cara al colectivo social mediante el instrumento penal, como condición del funcionamiento del sistema social"(65). Esta incertidumbre ha conducido a ÁLVAREZ GARCÍA a advertir que, la introducción de lo social en el campo del DP, podría originar manifestaciones de "iusnaturalismo sociológico", como aceptar la existencia de delitos naturales por considerar delictiva una conducta con anterioridad a su tipificación penal(66), es decir como una manifestación prejurídica.

También contra la concepción funcionalista se ha puesto de relieve su inutilidad para realizar el deslinde entre el campo del Derecho y de la moral. Si determinados comportamientos inmorales se estiman disfuncionales en un determinado sistema social, entonces su criminalización quedaría legitimada. La alusión exclusiva a la disfuncionalidad encierra el peligro de atender a las necesidades del conjunto olvidando al individuo(67). Por ello, la visión del delito como un suceso "disfuncional para el sistema", no proporciona los criterios materiales suficientes para limitar el uso de sanciones penales, frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico(66).

Como indica BERDUGO, "al afirmar la funcionalidad o disfuncionalidad de un comportamiento en relación a un sistema no se está efectuando ninguna valoración sobre la naturaleza de este último. Con ello se está abandonando el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, lo que es básico si se suscribe, como lo hacen nuestros países, un sistema social personalista, de orientación por tanto hacia el individuo"(69). Las posturas funcionalistas presuponen una pacífica y universal aceptación del statu qua del sistema. En ese contexto, de un lado el bien jurídico se distancia de los postulados del Estado democrático, concretamente del pluralismo(70).

(63) Vide GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del "bien jurídico". Op. Gil. Págs. 106 y sgtes., quien no prescinde del concepto de bien jurídico. MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Pág. 137.

(64) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Op. Cil. Págs. 102 y sgtes.

(65) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución". Pág. 18.

(66) Vide la crítica de ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Pág. 17, contra TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Págs. 140 y sgtes.

(67) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cil. Pág. 269.

(68) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Pág. 17.

(69) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Op. Cil. Pág. 6, apoyándose en el artículo 10.1 de la Constitución española, vide pág. 7.

De otra parte, expresa una concepción estática o conservadora del sistema social(71), contraria a la dinámica que las metas sociales de la Constitución deben impregnarle.

Los intentos de superar estas críticas son infructuosos a juicio de ÁLVAREZ GARCÍA (72), para quien la doctrina de MIR PUIG es paradigmática de la contradicción existente entre los fines de mantenimiento del sistema y la pretensión de hacerlo en beneficio de los individuos. Puede suceder que su mantenimiento perjudique a determinados individuos y beneficie a pocos, de modo que será necesario modificar el sistema para obtener un beneficio generalizado. Ello pone en evidencia una contradicción valorativa: debe conservarse el sistema pero modificándolo. BERDUGO, más coherente en este extremo, propone entender el bien jurídico en el contexto del artículo 9.2 de la Constitución española(73) que impone la misión de conducir el sistema social hacia las metas constitucionalmente previstas y que van por delante de la realidad, con lo cual sitúa el bien jurídico como medio no solo de conservación sino también de evolución del orden social vigente(74), aunque apuesta con ello por una función promocional del DP(75) cuya admisibilidad se discute.

La doctrina estima correcto el punto de partida de la dañosidad social (76) y destaca la necesidad de introducir correctivos para superar sus críticas, concreta mente la inclusión en el concepto de bien jurídico de una especial

(70) Vide el artículo 1.1 de la Constitución española y el artículo 43 de la Constitución peruana. En sentir de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Pág. 64, el modelo democrático es la "sociedad comunicativa ideal", es pluralismo, la posibilidad de disentir en el sistema social. Pero, desde el funcionalismo, puede reprimirse a quienes desvían su comportamiento de los patrones y expectativas impuestas por el orden vigente.

(71) El conservadurismo "puro" de AMELUNG entiende la norma penal en dirección hacia la "conserVación del sistema", vide ÁLVAREZ GARCÍA, Fransisco Javier. "Bien jurídico y Constitución". Pág. 15; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cil. Pág. 269; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Pág. 135. "Conservadurismo"expresa una toma de postura frente a la realidad, a favor de la estructura social predominante.

(72) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Pág. 16, siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio.

"Sobre el concepto de Derecho Penal". FDUCM. Madrid, 1981. Págs. 342 y sgtes.

(73) Artículo 9.2: "Corresponde a los pOderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". La Constitución del Perú no contiene una nonna equivalente, pero el contenido de la citada disposición española está implícito en los fundamentos del Estado social que el texto peruano reconoce en el artículo 43 y en el Capítulo 11 del Título 1.

(74) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 8.

(75) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Honor y libertad de expresión". Tecnos. Madrid, 1987. Pág. 16. A tal opción promocional se acerca TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero, en Revista espanola de Derecho Constitucional. N° 33, sep-dic. 1991. Pág. 168. para quien "el Derecho Penal puede tener como función no solo la protección del orden de valores existente, sino también la introducción de nuevos valores".

(76) ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". Pág. 509, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El delito de lesiones". Ediciones Universidad de Salamanca. 1982. Pág. 22, nota N° 26. Más adelante se analizan las consecuencias de erigir el bien jurídico principalmente sobre la dañosidad social, vide infra, apartados 2.1 y 2.2 de este capítulo.

referencia al individuo(77). Se trata de integrar en una sola idea los aspectos de referencia individual y dañosidad social, de modo que el objeto de protección jurídico-penal exprese las condiciones que hacen posible el libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social. La dañosidad social se deriva de la incidencia sobre la esfera de libertad de los individuos, por la privación de los medios de participación social(78). Esta concepción se adapta a los fines del Estado contemporáneo, cuya finalidad esencial es garantizar a cada ciudadano la posibilidad de realizarse autónomamente en el seno de la comunidad(79).

En la doctrina española, MIR PUIG parte de la concepción de AMELUNG, pero acentúa el papel del individuo para superar las críticas al funcionalista que extrema el sentido social del Estado. Desde el modelo de Estado social y democrático de Derecho, concibe los bienes jurídicos como "condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social"(80), posibilidades que deben entenderse no solo como incidencia activa en la vida colectiva "sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás"(81).

A mi entender, la introducción de este correctivo individualista como contrapeso de una noción puramente social, no ofrece aún el criterio necesario para determinar el concepto material de bien jurídico-penal. No existe un baremo objetivo para identificar esas "condiciones de la vida social" o la intensidad exigible de afectación a "las posibilidades de participación individual".

Estas imprecisiones han motivado que un importante sector doctrinal, en la búsqueda de criterios objetivables no necesariamente opuestos a la

(77) Esta orientación la imprimen MAR X, Michael. "Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'". Carl Haymanns. K61n, 1972, y CALLIESS, R. P. "Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat". Frankfurt, 1974;

vide JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 51 y sgte.; MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal": Págs. 139 y sgtes.; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. Pág. 136; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción al Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1975. Pág. 48; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Op. Cit. Pág. 354 Y sgtes.

(78) Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Pág. 271; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 48; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Pág. 6; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. Pág. 140, entiende que "la conminación penal ha de dirigirse frente a las conductas que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida".

(79) Vide los artículos 1, 2.1, 3 Y 43 de la Constitución Peruana, y los artículos 1.1, 9.2 Y 10.1 de la Constitución española. Artículo 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...". Artículo 10.1:

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social".

(80) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 92; cercano LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit.

Pág. 327, para quien los bienes jurídicos son "condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica".

(81) MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 92.

perspectiva socio-individual, considere a la Constitución como la principal cantera de los bienes jurídicos penalmente protegibles.

B. Excurso: valoración del modelo funcional de JAKOBS

a. La estabilidad de la norma como objeto de tutela penal

Antes de evaluar las posturas constitucionalistas del bien jurídico-penal, es importante destacar que el pensamiento de Günther JAKOBS ha tenido cierto impacto en la doctrina penal hispanohablante de los últimos años⁽⁸²⁾. JAKOBS, ajeno a toda noción material, parte de una concepción funcional del DP que lo conduce a interpretar normativamente las categorías dogmáticas⁽⁸³⁾. Para un sector doctrinal esta perspectiva es similar a la

(82) Especialmente desde la traducción al español de algunas de sus principales publicaciones: "Derecho Penal. Parte General". 2ª ed. en español corregida, 1997, "La imputación objetiva", "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Civitas. Madrid, 1996, "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá y Peñaranda Ramos. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996, "Estudios de Derecho Penal. Traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá. Civitas. Madrid, 1997, artículos en revistas: "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el Derecho Penal". Traducción de Suárez González y Cancio Meliá. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1989, "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1989, "Representación del autor e imputación objetiva". Traducción de Suárez González. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1991, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas". Traducción de Díaz Pita. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1992, "El concepto jurídico-penal de acción". Traducción de Cancio Meliá. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N2 3. 1994. No menos importantes son los trabajos de sus seguidores iberoamericanos, quienes inclusive han introducido correctivos al sistema de JAKOBS; vide, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995". Colex. Madrid, 1998; SANCINETTI, Marcelo A. "Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa". Temis, Bogotá, 1995. A la vez, "Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs". Temis. Santa Fe de Bogotá, 1995, "Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal del ilícito circunscripto al disvalor de acción". Hammurabi. Buenos Aires, 1991; REYES ALVARADO, Yesid. "Imputación objetiva". Temis. 2ª edición. Santa Fe de Bogotá, 1996. En el Perú, se ha adherido sin mayor referencia VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Págs. 75 Y 189. Un desarrollo más exhaustivo puede verse en el reciente trabajo de GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal económico. Parte General". Ara. Lima, 2003. Una recopilación peruana de los trabajos más importantes de JAKOBS forma parte de su libro "Bases para una teoría funcional del Derecho Penal". Palestra. Lima, 2000.

(83) La única orientación teleológica de este funcionalismo extremo es el mantenimiento del sistema. Se excluyen . las consideraciones axiológicas ligadas a la persecución de determinados resultados político-criminales, cuyo valor sin embargo se ha puesto de relieve desde el clásico trabajo de ROXIN, Claus. "Política criminal y sistema del Derecho Penal". Traducción de Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1972, posteriormente complementado con otras contribuciones, vide "Política criminal y estructura del delito. (Elementos del delito en base a la política criminal)". Traducción de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée. PPU. Barcelona, 1992; "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Tomo 1, "Dogmática penal Y política criminal". Traducción de Abanto Vásquez. Idemsa. Lima, 1998. Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Págs. 67 y sgtes., la corriente dogmática "funcionalista" o "teleológica" pretende racionalizar la intervención de los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción de un sistema abierto. Pero actualmente se diferencian claramente dos corrientes, una "moderada" y otra "radical". El llamado "funcionalismo moderado" está representado primordialmente por Claus ROXIN, quien desde una visión "práctica" propone orientar el sistema del Derecho Penal hacia las valoraciones de política criminal, lo cual obliga a una amplia normativización de los conceptos, pero proporciona la flexibilidad necesaria para hacer posible las

del positivismo jurídico, pues entiende que el objeto de protección del DP es la estabilidad de norma(84).

En la doctrina suele afirmar que este autor renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión "bien jurídico" y sustituirlo por una mera concepción de lesividad social(85). JAKOBS más bien manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, y concluye que lo protegido por el DP es la vigencia de la norma jurídica. Reelabora el concepto tradicional de bien jurídico para entenderlo como "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal.. El bien jurídico ha de entenderse entonces como 'sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares' o como 'abreviatura de la idea de fin'(88).

En su fundamentación parte de entender que los bienes, tales como la vida, la salud o la propiedad, pueden ser menoscabados no solo a través de los procesos humanamente evitables y por ende penalmente relevantes dada la posibilidad de ser imputados a un sujeto, sino también mediante sucesos naturales o situaciones no controlables por la voluntad humana y en consecuencia imposibles de atribuir a título de dolo o culpa, por lo que "el DP no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino solo frente a ataques de determinada clase (...) Al DP no le interesa toda alteración perjudicial para un bien

variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines. Ello permitirá avanzar hacia la construcción de un "sistema abierto" de orientación teleológica. Por otro lado, el llamado 'funcionalismo radical' de Günther JAKOBS responde más bien a preocupaciones metodológicas, pues de lo que se trata es de ofrecer una sistematización del Derecho Penal vigente que resulte explicativa del mismo, se propone una refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Ci!. Pág. 71, considera que con el método funcionalista "nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero status de la dogmática tanto tiempo difuminada entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer"; vide asimismo SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). "El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales". Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Introducción, traducción y notas de Silva Sánchez. Tecnos. Madrid, 1991; VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Ci!. Págs. 447-452.

(84) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Ci!. Pág. 268, nota N° 374; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Págs. 102 y sgte.; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales". En: Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Arbor. Universidad de Santiago de Compostela, 1989. Pág. 753, para quien: "En este planteo macro-funcionalista no es difícil adivinar nuevamente la ya casi clásica simbiosis de positivismo e idealismo organicista: la selección de elementos del medio ambiente, cuando es útil para el equilibrio del sistema, es la 'verdad' del mundo. Lo que el sistema no selecciona del medio ambiente no es 'verdad', porque no sirve para su equilibrio". En palabras de JAKOBS: "El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca 'todo' lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica es valioso para esta", vide JAKOBS, Günther.

"Derecho Penal. Parte General". Pág. 50, nota NO 12, citando a Binding.

(85) JAKOBS, Günther. Op. Ci!. Pág. 57, marginal 24. Así también lo interpretan SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Estudio preliminar". Págs. 83 y sgte.

(86) JAKOBS, Günther. Op. Ci!. Págs. 45 Y 50.

en tanto que situación valorada positivamente; más bien, la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto solo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable"(87).

Frente a una posible perversión del simple raciocinio formal-normativo, seguidamente el autor alemán introduce en su discurso el conocido correctivo de la dualidad sociedad-individuo, pero no como una exigencia conjuntiva (afectación social e individual) sino alternativa (afectación social o individual) y en el marco de la funcionalidad sistémica. En la determinación de las unidades funcionales que debe tutelar el DP, señala que "no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino solo aquel que ha de desempeñar una función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano"(88). De esta forma, se decanta principalmente por el criterio de la dañosidad social en la definición del bien jurídico(89).

Pero JAKOBS conviene en demostrar que no toda norma del Derecho vigente se orienta a la protección de bienes jurídicos, lo que es tangible, por ejemplo, cuando se consagran modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, y sobre todo cuando el delito consiste en la infracción de un deber especial derivado de una competencia institucional, pues en ellos no se perturba una unidad funcional existente sino que el sujeto expresa su negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional (el bien jurídico)(90). Algo parecido ocurre en aquellos delitos que protegen la paz social sin tutelar a la vez bienes jurídicos, como sucede en la prohibición del maltrato de animales, de la blasfemia, del incesto, del exhibicionismo o de la provocación de escándalo público(91). Por tales motivos entiende JAKOBS que "el núcleo de todos los delitos solo se hallaría en el cumplimiento de un deber.., (lo que) alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación solo negativa (¡no lesionar!) sino siempre de la negativa a comportarse conforme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar"(92) .

(87) Ibidem. Págs. 45 y sgte.

(88) Ibidem. Pág. 52.

(89) Ibidem. Págs. 55 y sgtes.

(90) Ibidem. Págs. 52 y sgte.

(91) Ibidem. Pág. 54.

(92) Ibidem. Págs. 53 y sgte., paréntesis y cursiva fuera de texto.

Con todo este razonamiento, el autor contempla la necesidad de tener presente el filtro de la dañosidad social en la determinación del delito, de modo que en ese universo ingresan tanto las normas protectoras de bienes jurídicos, las normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y de propia mano) y las normas que tutelan la paz jurídica. De allí concluye que "Bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica... Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración"(93). En esa perspectiva "El DP protege, como condición de existencia de la sociedad, solo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma (...) Dada esta situación, el 'lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito' no reside ya en los 'procesos de interacción' perturbados por el hecho como suceso externo..., sino solo en la validez de la norma"(94).

Esta concepción no puede considerarse en la actualidad como dominante en la doctrina hispanoamericana, pese a la defensa realizada por un sector minoritario(95). La propuesta de la norma como objeto de tutela en cuanto a los deberes que surgen de ella, no en relación a su vigencia, y solo respecto de determinadas formas delictivas, fue defendida en los años setenta por RODRÍGUEZ DEVESA:

"La teoría de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible a la luz del Derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisan la concurrencia, ni por lo tanto la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se reputé punible... Por de pronto, todos los delitos de simple actividad y también los puros delitos de omisión"(96).

b. Perspectiva intrasistemática

Esta breve revisión del pensamiento de JAKOBS, aunque no explica todo el valor de su concepción sobre el DP y lo que debe proteger, permite comprender ellas críticas de la doctrina. La coherencia interna que su discurso ha ganado, a costa de distanciarse de una política criminal que atiende a la realidad en la que opera el DP, ha impedido la proliferación de cuestionamientos intrasistemáticos pero ha convertido en lugar común las críticas de orden extrasistémico.

(93) *Ibrdem.* Pág. 58.

(94) *Ibidem.* Pág. 56, nota N° 40. En un evidente retorno a la teoría retributiva dialéctica de Hegel, ha sostenido luego que: "La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: este afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante", vide JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Pág. 28.

(95) Vide por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Estudio preliminar". Págs. 83 y sgte.

(96) RODRÍGUEZ DEVESA, José Marra. "Derecho Penal español. Parte General". 2ª edición. Madrid, 1971. Pág.345. También se recoge en RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español. Parte General". Dykinson. 18ª edición. Madrid, 1995.

No obstante, fuera de las posibles inconsistencias epistemológicas del modelo de JAKOBS apuntadas por VIVES ANTÓN(97), considero explorable la posibilidad de construir un cuestionamiento en clave lógico-jurídica(98). Para esta crítica, debe tenerse presente que el pensamiento de JAKOBS sobre la misión de la punición estatal(99), está enraizado en el modelo funcionalista de LUHMANN(100), inspirado a su vez por los trabajos de PARSONS(101), y las bases teóricas introducidas en la sociología por DURKHEIM(102) a fines del siglo XIX y desarrolladas a mitad de este por MERTON(103). Por ello el sistema de JAKOBS responde a una ordenación funcional de la realidad jurídico-penal(104), mediante la plena normativización de las categorías dogmáticas(105). Esto ha determinado su comprensión de

(97) VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. Pág.451.

(98) KLUG, Ulrich. "Juristische Logik. Berlin-Heidelberg-New York 1982. Lógica jurídica". Traducción de J. C. Gardella.

Bogotá, 1990, y "Problemas de Filosofía del Derecho". Traducción de Garzón Valdés. Sur. Buenos Aires, 1966;

SERRANO-PIEDRASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1993. Págs. 981 y sgtes.

(99) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 8 y sgtes.

(100) LUHMANN, Niklas. "Rechtssoziologie". I y II. Rowohlt Taschenbuch GmbH. München, 1972; LUHMANN, Niklas.

"Sistema jurídico y dogmática jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983; "Soziale Systeme".

Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1984. Últimamente JAKOBS ha advertido su toma de distancia de algunos postulados de la teoría de los sistemas de LUHMANN, particularmente en cuanto a las normas jurídicas y los tipos de comunicación, vide "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Pág. 16, donde señala como cuestión preliminar que "un conocimiento superficial de esta teoría (de los sistemas) puede advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales", (cursiva fuera de texto); vide también págs. 37 y sgtes. 69 y sgtes. Pese a estas diferencias, JAKOBS se sustenta fundamentalmente en LUHMANN, vide VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. Pág. 450, para quien "La aplicación que Jakobs hace de las ideas de Luhmann a la dogmática penal es correcta, pero no deductiva. Pues, a partir de la ideas de Luhmann, hubiera podido sistematizarlo así, pero también de otro modo completamente distinto".

(101) PARSONS, Talcott. "La estructura de la acción social". Tomos I y II. Guadarrama. Madrid, 1968, "El sistema social". Traducción de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez 2ª edición. Alianza Editorial. Madrid, 1984.

(102) DURKHEIM, Emile. "De la division du travail social". Parí, 1893.

(103) MERTON, Robert. "Teoría y estructura sociales". Fondo de Cultura Económica. México, 1984.

(104) LESCH, Heiko H. "Intervención delictiva e imputación objetiva". Traducción de Sánchez-Vera. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1994. Págs. 15 y sgte. "En un mundo desmitificado el Derecho Penal solo puede ser ejercido razonablemente entendido como un Derecho Penal funcional. Función es... la garantía de las condiciones fundamentales de la vida común del ser humano; esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del hombre".

(105) LESCH, Heiko H. Op. Cit. Págs. 17 y sgtes. LESCH entiende que "La diferencia entre la dogmática penal 'naturalista' y la 'normativista' se puede... reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir a lo que se entiende por Sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma".

la pena como "prevención-integración" o "prevención general positiva"(106), el bien jurídico como infracción de la norma en tanto fuente de expectativas sociales, la imputación objetiva como imputación al comportamiento de "las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol"(107), o la culpabilidad normativo-funcional como reproche individual por la infidelidad al Derecho o la ruptura de las condiciones para una comunicación personal en el seno social(108).

En este contexto ideológico, la crítica contra LUHMANN ha de redundar sobre la construcción jakobsiana(109). LUHMANN introduce la idea del sistema social como el principal objeto de la preocupación sociológica, pero presupone su valoración positiva, necesidad para el desarrollo individual y unánime aceptación por la colectividad. Por esa vía el sistema cobra vida propia, al punto de exigir a cada individuo el cumplimiento de roles previamente asignados con el fin de mantenerlo, protegerlo o actualizarlo cuando ello sea conveniente para su sostenimiento en el tiempo y en el espacio.

LUHMANN sostiene un modelo mucho más organicista(110) que la noción hermética del sistema defendida por PARSONS. Apuesta por un sistema abierto, relacionado con la dinámica del "medio ambiente" que le es ajeno y no controla, pero frente al cual reacciona para mantener su propio equilibrio interno(111). Esto condujo a plantear la cuestión de los límites del sistema, pero se adoptó una solución excesivamente pragmática que plantea graves problemas de insuficiencia epistemológica(112). El único "criterio de verdad -y de justificación- del sistema es su eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno... la única verdad es el 'equilibrio del sistema'. Esto implica una legitimación a priori del sistema y de su equilibrio, que no admite ninguna réplica... En cuanto a los valores, LUHMANN lo reduce prácticamente al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a meros valores instrumentales, de los que puede echarse mano o desecharlos, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea, para el sistema)"(113).

(106) Denominación impropia en sentir de LESeH, Heiko H. Op. eil. Págs. 39 y sgte., pues no se persigue la evitación de futuros delitos, se trata de "una teoría retributiva funcional que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista". Pág. 40.

(107) JAKOBS, Günther. "La imputación objetiva en Derecho Penal". Pág. 97.

(108) JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Págs. 59 y sgtes. y 78 Y sgtes.

(109) VIVES ANTÓN, Tomás. Op. eil. Pág. 450, indica que el Tratado de JAKOBS desarrolla "la idea de sistema de Luhmann y la idea de injusto personal de Welze".

(110) VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Gil. Pág. 452.

(111) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 753.

(112) VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Gil. Pág. 451.

JAKOBS básicamente aplica el planteamiento de LUHMANN. Entiende que la legitimación material del sistema penal "reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado"(114). En otras palabras, hasta el instrumento más gravoso de control está subordinado a la conservación del sistema social, y corresponde al Estado, como parte del sistema, llevar adelante esa misión. En ese contexto, el legislador penal debe definir el catálogo de conductas punibles (deber ser) según lo necesario para la conservación del sistema (ser), de modo que las valoraciones del DP (deber ser) están determinadas por las necesidades de funcionamiento del sistema (ser).

ZAFFARONI señala críticamente que la norma penal "puede tener un fin (proteger bienes jurídicos), pero cumple una "función" que no coincide con el fin y, por ende, lo tutelable es esa función o sea, que el delito es la lesión a esa función, con lo cual reaparece la idea de la "dañosidad social" del viejo organicismo... cuando se realiza una acción descrita en un tipo penal (...) poco importa que se haya afectado o no al objeto que la norma quiere tutelar, porque pasa a primer término la desobediencia que desacredita la autoridad del Estado"(115). Ciertamente, si JAKOBS concibe la vigencia de la norma como lo protegible por el DP, entonces el desvalor que fundamenta el injusto no opera frente a la lesión o puesta en peligro del bien que se valora positivamente (desvalor del resultado), sino contra la mera desobediencia del deber jurídico por parte de la persona, ante su desprecio frente al valor funcional de la norma penal que es el medio de conservación del sistema (desvalor de acción)(116).

Como antes se advirtiera, las necesidades del sistema (ser) determinan el < contenido valorativo de la norma penal (deber ser). Esta vinculación (necesidad funcional, entonces norma penal) entre ser y deber ser, entre el plano ontológico y el terreno axiológico, puede despertar importantes dudas como la expuesta por ZAFFARONI para quien: "Lo desconcertante es que, mediante la

(113) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Págs. 753 y sgtes.

(114) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 44.

(115) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 760, texto en cursiva fuera del original.

(116) Por el contrario, sobre la necesidad teórica y pragmática de fundamentar el injusto el] el disvalor de la acción y la desvaloración del resultado lesivo o peligroso (peligro concreto) para el bien jurídico-penal; vide por todos STRATENWERTH, Günter. "Acción y resultado en Derecho Penal". Traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer. Hammurabi. Buenos Aires, 1991. Págs. 57 y sgtes. y 97 Y sgte. "La exigencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto para la antijuricidad material se opone a los denominados 'delitos formales' o de pura desobediencia... configurados sin ataque a ningún bien jurrldico, sino como mera infracción de un deber de obediencia al Estado"; vide LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Gil. Pág. 324.

apelación al pragmatismo, Luhmann cambia el 'ser' en 'deber ser', lo cual da por resultado que la realidad social de los países centrales, cuyas contradicciones están conduciendo a una progresiva represivización del control social, resulte legitimada solo porque esas contradicciones existen y porque esa represivización se produce. Si trasladásemos el planteamiento a una estructura jurídica o de control social represivo en un país colonial, dado que el 'sistema' (el colonialismo) lo requiere para mantenerse, el control social represivo colonialista quedaría perfectamente legitimado en tanto ese control resulte funcional para su sostenimiento"(117) .

Estas dudas, en clave lógico-jurídica, pueden motivar críticas en el plano de la metateoría y de la metalógica de las normas(118) en el sentido de que es imposible, partiendo de una o más propiedades del ser, inferir una o varias exigencias de deber ser(119), "Solo se llega a una conclusión de deber ser cuando se presupone por lo menos una -la mayoría de las veces más de una- premisa de deber ser (premisas normativas)"(120), denominada "axioma nomológico de regresión" y definido por KLUG señalando que: "Todo aquello que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe también ser"(121). En este sentido, cuando en el Derecho se deduce tácitamente de las propiedades del ser una proposición normativa, se incurre en un razonamiento entimemático o "entimema", consistente en "una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias. De esta forma se produce el "milagro" de convertir lo que es, en lo que debe ser"(122).

El razonamiento entimemático limita la libertad del legislador en la elaboración de la norma, equivale a afirmar que "la naturaleza de la cosa vincula al legislador"(123). Por esta vía tienen cabida las "falacias naturalistas", consistentes en hacer desprender de las proposiciones de hecho (necesidades, bienes o intereses), proposiciones valorativas (consecuencias jurídicas o morales)(124).

(117) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 756.

(118) Vide por todos KLUG, Ulrich. "La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas". En: Problemas de Filosofía del Derecho. Págs. 7 y sgtes.

(119) KLUG, Ulrich. Op. Cit. Pág. 10, nota N° 3, expresa su adhesión a Hans Kelsen y la de este al lógico Arthur N. Prior. En la doctrina española, vide SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión". Pág. 988, nota N° 31, cita a los mencionados autores y recalca la conformidad de Bobbio y Strathenwerth.

(120) KLUG, Ulrich. "La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas". Pág. 11.

(121) Ibidem. Pág. 11.

(122) SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión". Pág. 989.

(123) Ibidem. Pág. 989.

No sería fácil sostener que el razonamiento de JAKOBS es entimemático, dada su aparente coherencia interna que en todo caso amerita un estudio detallado ajeno a los objetivos de esta contribución. Sin embargo, el análisis lógico-jurídico refleja cómo el flujo de la construcción funcionalista es del ser hacia deber ser. De las proposiciones del ser "A" (son disvaliosas las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social) y "B" (la función de la norma penal es sancionar las conductas disvaliosas}(125), se deduce la proposición normativa "C" (la función de la norma penal debe ser sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social). Esta conclusión carecerá del carácter entimemático si se justifica el axioma normológico de regresión que, en el pensamiento de JAKOBS, parafraseando a KLUG y adaptando su definición al discurso penal, equivaldría a admitir la proposición de deber ser "D" (se deben sancionar penalmente las conductas disvaliosas), sobre la cual reina acuerdo en la doctrina pues el injusto penal se construye sobre la base de un disvalor, cuando menos, del comportamiento.

Esta sugestiva coherencia, no obstante la crítica de ZAFFARONI porque se . sostendría una inmediata vinculación entre el ser y el deber ser, puede difuminarse partiendo de reconocer que el modelo sociológico opera exclusivamente en el plano del ente, como consecuencia directa de su objeto (la realidad social, el hecho social}(126) y método (funcionalista en este caso}(127). JAKOBS sitúa al DP en la realidad del sistema social y, en dicho contexto, le impone la misión de con servario según las necesidades funcionales del sistema. Esto se evidencia cuando concluye que la indemnidad del bien jurídicQ-penal se identifica (es =) con la vigencia de la norma(128), lo que se deduce de la negación de las dos premisas

(124) La falacia naturalista es "el intento de derivar conclusiones expresadas en un lenguaje evaluativo (el lenguaje de los juicios de valor o de las normas) a partir de premisas expresadas en un lenguaje descriptivo (el lenguaje de los juicios de hecho)", vide MUGUERZA, Javier. "En torno a la lógica de la falacia naturalista". En: Teoría y sociedad. Homenaje al Profesor Aránguren. Ariel. Barcelona, 1970. Págs. 141 y sgtes.; GARCÍA AÑÓN, José.

"Los derechos humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez". En: Derechos humanos. Tecnos. Madrid, 1992. Pág. 62, citando a Hume (A Treatise on Human Nature, 1793), quien planteó esta problemática lógica.

(125) La Sociología tiene como objeto la "realidad social" o "el hecho social", opera únicamente con patrones reales y no axiológicos, vide BOTIOMORE, Tom B. "Introducción a la Sociología". Península. 10ª edición Barcelona, 1989. Pág. 11. Por ello en el modelo sociológico de JAKOBS las proposiciones A y B pertenecen al ser, pero de ellas solo puede deducirse otra proposición del ente X (la función de la norma penal es sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social).

(126) Ibídem. Págs. 9 y sgtes.

(127) Ibidem. Págs. 45 y sgtes, sobre el funcionalismo vide págs. 54 y 56.

(128) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 45, marginal 2, y 58, marginal 25a.

siguientes: la infracción de la norma penal equivale (es =) a la dañosidad social(129) y la lesión del bien jurídico equivale (es =) a la dañosidad social(130).

Este razonamiento evidencia que JAKOBS cierra el sistema en el plano del ente, dando por cierto (ser) realidades que pertenecen al deber ser para concluir en un razonamiento cerrado o circular. Da por verdadero que la norma penal expresa la dañosidad social (ser) por el solo hecho de ser norma (deber ser), y que el bien jurídico es la validez de la norma (ser) por que es norma (deber ser). Incurrir en un raciocinio circular o tautológico en donde el deber ser se convierte "milagrosamente" en ser porque así debe ser. Al llevar esto al terreno lógico-jurídico, es posible construir contra este pensamiento la crítica de la "falacia normativista", expresión con la que alude FERRAJOLI al recurso argumental, muy normal en el mundo del Derecho, que supone una variante de la "falacia naturalista", si bien en sentido inverso por cuanto el salto se produce del "deber ser" al "es". A tal modo de operar -ideológico, por representar una clara transgresión a la "ley de Hume"- se refiere FERRAJOLI como aquel en que se "asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas"(131).

c. Crítica extrasistémica

Según lo antes sostenido, la postura de JAKOBS se limita a operar en el plano del ente (el sistema social) y excluye toda valoración político-criminal que observa al DP en sus consecuencias. Sin embargo, el DP ha construido todo un sistema para determinar en qué casos existe responsabilidad delictiva, pero contrariamente a lo defendido por JAKOBS(132) este sistema no es neutral. Obedece a un conjunto de principios acordes con una determinada visión del mundo, del sistema social y del papel del hombre en ellos, con el fin de racionalizar el uso del poder penal dentro del marco que impone el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Por ello, en palabras de ARROYO ZAPATERO, "la debilidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir en todo

(129) Ibidem. Pág. 56, vide nota N° 40. Si se niega esta premisa se obtiene que: la vigencia de la norma equivale a la negación de la dañosidad social, como sostiene el propio JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Págs. 17 y sgte.

(130) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 57 y sgte. marginales 24 y 25. Al negarse esta premisa se obtiene que: la indemnidad del bien jurídico equivale a la negación de la dañosidad social.

(131) FERRAJOLI, Luigi. "11 diritto penale mínimo". En: DDDP. NO 3. 1985. Pág. 496; "Díritto e ragione. Teoria del garantismo penale". Laterza. Roma/Bari, 1989. Pág. 317.

(132) JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional": "el punto partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral" (pág. 30), "la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado" (pág. 36).

sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores"(133), valores que bien pueden hallarse en la nueva visión del hombre y de la sociedad que introduce la Constitución(134).

Frente a la crítica contra la neutralidad del paradigma funcional(135) se ha levantado el propio JAKOBS ratificando sin temor que, entendida la sociedad como "un sistema de comunicación normativa", entonces "lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria"(136). Entiende que la neutralidad no necesariamente conlleva a entender que el sujeto, como centro de imputación de derechos y obligaciones, carece de valor frente a las necesidades de funcionamiento del sistema social, pues "este estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad"(137), de modo que dependiendo de cómo esté organizada y cómo funcione la sociedad, el sujeto puede carecer de todo valor o, contrariamente, constituir el objeto central de la preocupación del sistema.

En consecuencia, lo que más parece importar en JAKOBS es el continente: un sistema social en funcionamiento, que para el autor equivale a una sociedad en donde opere la comunicación personal (normativa), en donde a cada sujeto se le asigna un rol determinado, de manera que estos tienen expectativas comunes (un proyecto de mundo) que define y garantiza la vigencia de la norma penal(138). Como corolario, si el modelo de sistema funcional es neutral, entonces es capaz de servir a cualquier tipo de organización, el contenido se relativiza y depende de cada sociedad.

Contra esta asepsia valorativa, el autor señala que una sociedad en funcionamiento, es decir en comunicación personal, constituye un factor importante para la existencia de sujetos libres(139), de modo que "la objeción de que el DP funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre sociedad... y subjetividad"(140). Asimismo, el profesor alemán enfrenta la objeción de que su sistema pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que favorecen la libertad o normas que aterrorizan(141).

(133) ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución". Pág. 100. Este autor va más allá, señala que "el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se la reconvierte introduciendo en el mismo la limitación de su neutralidad frente al sistema, afirmando la legitimidad del recurso a valores y la fijación del orden constitucional como fuente de los mismos, es decir delimitando de tal modo el 'sistema legítimo' en el que pueden operar los factores y el análisis funcional... el sentido del sistema penal no puede derivarse tan solo de la función que realmente cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales".

(134) Ibídem. Págs. 100 Y sgte.

(135) JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho Penal funcional". Pág. 29.

(136) Ibídem. Págs. 10 Y sgte.

(137) Ibídem. Pág. 29.

(138) Ibídem. Págs. 30-37 y 78-83.

(139) Ibídem.: "La sUbjektividad se genera en un proceso mediado por lo social" (pág. 31). "Sin una sociedad en funcionamiento faltan las condiciones empíricas de la subjetividad... no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales" (pág. 32). "Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres" (pág. 33), "solo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el

Señala que "La mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma jurídica en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de sociedad"(142), pues "no se trata del DP de una sociedad deseable, sino del DP de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico"(143).

Una defensa semejante realizan SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ cuando, en contra de BARATTA (144), niegan que el modelo de JAKOBS persiga "algún oscuro fin político (...). Pues su concepción precisamente pretende describir en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación; esto es, se trata de una concepción que quiere separar política criminal y dogmática penal, sin que ello pueda ser tomado como prueba de unas determinadas intenciones políticas"(145). Tal perspectiva se justifica a juicio de los autores porque la dogmática de JAKOBS no es incompatible con "reflexiones de índole político-criminal o relativas a la legitimidad del sistema o de partes de él"(146), lo que se evidencia por ejemplo con la dura crítica que efectúa contra determinados supuestos legales que anticipan la barrera punitiva(147) o cuando se ha ocupado de la criminalidad de Estado(148). En cuanto a la pena, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ niegan que JAKOBS la fundamente "en la represión de actitudes de infidelidad al Derecho", dado que, por ejemplo, sus criterios de imputación objetiva son marcadamente objetivistas, como sucede en el ámbito de los conocimientos especiales(149). En suma, como señala GARCÍA CAVERO, no puede afirmarse

sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no solo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad y viceversa" (pág. 34). Sobre esto insiste LESCH, Heiko H. "Intervención delictiva e imputación objetiva". Pág.17.

(140) JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho Penal funcional". Pág. 35 Y sgte.

(141) Ibídem. Págs. 29 y 37-41.

(142) Ibídem. Pág. 38, cursiva del texto.

(143) Ibídem. Pág. 40.

(144) BARATTA, Alessandro. "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica". Traducción de García-Méndez y Sandoval Huertas, en Cuadernos de Política Criminal. N.24. 1984.Págs. 544-551 .

(145) SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Estudio preliminar". Págs. 79 y sgte.

(146) Ibídem. Pág. 81.

(147) En su trabajo "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Fundamentos del Derecho Penal. Págs. 181 y sgtes.

(148) "Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?". Traducción de Giménez Alcover. En: Doxa. N° 17-18. 1995. Págs. 445 Y sgtes.

(149) SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. Ci!. Pág. 79, nota N° 165.

que una visión funcionalista del Derecho también explicaría una "sociedad de demonios" si esta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad(150).

A pesar de esta importante defensa de JAKOBS y sus seguidores, considero que no se logra aportar argumentos absolutos. La preocupación por articular un modelo penal sistemático y coherente, conduce a distanciar la dogmática de la política criminal(151), cuando no son pocos los casos en que esta última aconseja declinar ante las soluciones dogmáticas y favorecer las materialmente justas, aunque asistemáticas. La pretensión de sistematizar la dogmática del DP, no puede ignorar que la realidad social exige más que "Faft pour Farf", determinadas tomas de postura frente a los problemas político-criminales que se plantean.

La justificación funcionalista de la neutralidad del sistema es insuficiente porque al marginar, o limitar cuando menos, del ámbito penal el valor de lo subjetivo (de la persona humana) y derivarlo al terreno social, se mantiene el riesgo de que el orden punitivo sirva a un modelo social en donde dicho valor importe muy poco. En ningún momento he afirmado que JAKOBS defienda un modelo social caracterizado por el terror, pero es evidente que al centrar su preocupación en el continente (la funcionalidad del sistema) y no en los contenidos (los valores a reproducir), es posible que se reproduzcan soluciones reñidas con la libertad o la idea de dignidad humana, más aún si los aportes criminológicos señalan la tendencia de determinados sistemas sociales hacia la represión penal y se presagia la subsistencia del sistema penal por al menos cien años más(152). De allí la importancia de cultivar un DP orientado a sus consecuencias político-criminales, que reivindique la necesaria relación entre la dogmática y el mundo axiológico.

De otro lado, JAKOBS parece pasar por alto que su modelo de sociedad ideal, fundamentada en la "comunicación personal", solo puede alcanzarse reforzando un mínimo de valores. Para dicha comunicación no es indiferente su vinculación con el mundo axiológico. Que la "comunicación" solo es posible dentro de un marco axiológico, ha quedado de manifiesto en la Filosofía gracias a la obra de

(150) GARCÍA CAVERO, Percy. "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación". Bosch. Barcelona, 1999. Pág. 34. N° 44.

(151) Aunque solo se trate, como señala CANCIO MELIÁ, Manuel. "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito", en Montealegre Lynett (coordinador). El funcionalismo en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 114, de no colocar en el contexto del análisis dogmático las críticas en el macro-plano que va más allá de la propia sociedad.

(152) ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En: Dogmática penal y política criminal. Págs. 440 y sgtes.

Jürgen HABERMAS(153). En el plano jurídico, un amplio sector doctrinal halla la razón de ser de los Derechos Humanos en el seno de la democracia, entendida como la "sociedad comunicativa ideal", es decir los Derechos Humanos como "necesidades humanas comunicativas ideales"(154).

Pese a insistir en la neutralidad de su modelo, JAKOBS parece ser consciente de la necesidad de contar con una base axiológica. Entiende la comunicación personal como un "mundo con expectativas normativas", donde "la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro pueda invocar esa regla... el individuo emprende algo que solo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo. Así acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la voluntad que es libre,... se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de sus propias preferencias"(155).

Según lo anterior, los presupuestos axiológicos para una comunicación personal son al menos dos: la igualdad y la libertad. Sin el sentido de igualdad, el individuo carece de motivos para respetar la norma que refleja las expectativas de los otros individuos, antepondrá sus preferencias egoístas que, ante tal situación, se le presentan como superiores en relación a las expectativas de cualquier otro que aparece como inferior o desigual. Asimismo, la ausencia de libertad impide el comportamiento moral que permite el cumplimiento de la norma, el respeto de las expectativas de otros iguales. Como puede sospecharse, un modelo funcional que se autoproclama neutral o servil a cualquier tipo de sociedad, es incapaz de asegurar la igualdad y la libertad necesarias para la comunicación personal.

El modelo funcional esbozado por JAKOBS es un programa que no puede dispensarse a sí mismo los medios para alcanzar sus fines. La simple funcionalidad, cuando no se persigue directamente la igualdad y la libertad, no puede garantizar una sociedad en donde la comunicación personal sea una aspiración viable.

En sociedades como las de Latinoamérica, la desigualdad material, cultural y étnica es tangible, tanto como el déficit de libertad política, de expresión o de movimiento. La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites constitucionales del poder punitivo,

(153) HABERMAS, Jürgen. "Teoría de la acción comunicativa". 2 Vols. Taurus. Madrid, 1987, "Conciencia moral y acción comunicativa". Península. Barcelona, 1985, "Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos". Cátedra. Madrid, 1989. Vide por todos la monográfica revisión y crítica de la teoría habermasiana de BOLADERAS, Margarita. "Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos". Tecnos. Madrid, 1996.

(154) Vide por todos ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit. Págs. 64 y sgte.

(155) JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Págs. 79 y sgte., negrita fuera de texto. .

no puede convalidarse a través de una concepción funcional del Derecho Penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aún estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social(156). Que esta orientación funcional no sea promotora de un Derecho Penal autoritario o "del enemigo", quizás no es suficiente garantía para adoptarlo en la interpretación de nuestro Derecho Penal vigente, tarea necesitada de un indudable ingrediente valorativo(157) que demanda por el contrario una no-neutralidad político-criminal frente a regulaciones de lege lata desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los Derechos Humanos.

En esa perspectiva, reflexiones político-criminales como el carácter de ultima ratio del Derecho Penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativoimperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros, siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los Derechos Humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporcionan los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal. Como he sostenido anteriormente(158), la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el profesor Claus ROXIN(159), quien dirige el sistema del Derecho Penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo que permite adoptar una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales y, especialmente, ante la atribución al Derecho Penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

Un modelo "neutral" no puede pretender, sino utópicamente, alcanzar la comunicación personal si es que no toma partido en contra de las carencias de igualdad y libertad. Pero aun pensando en sociedades donde ambos valores tienen mayores grados de arraigo(160), la conclusión permanece porque la neutral funcionalidad es incapaz de mantener o consolidar dichos valores. Esto implica algo más que una crítica extrasistemática, se cuestiona la viabilidad del proyecto de JAKOBS

(156) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo". Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 72.

(157) HURTADO POZO, José. "La interpretación de la ley en el Derecho Penal". En: Derecho. N° 32.1974. Pág. 164.

(158) SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Gráfica Horizonte. Lima, 1999. Págs. XII-XIII.

(159) Vide supra, nota N° 79.

(160) Seguramente las asentadas en la noción de Estado social y democrático de derecho que prepondera los valores de libertad e igualdad.

mediante la negación material de su coherencia interna: la neutralidad impide la comunicación personal.

Esta consideración pone en tela de juicio los dos principales fundamentos de JAKOBS: que el modelo de sujeto libre solo es realizable en una sociedad en funcionamiento y que la pretensión de estabilización de la norma no equivale al deseo de mantener un determinado sistema social. Si la neutralidad del funcionalismo impide aspirar a un determinado modelo de sociedad, aunque esta funcione adecuadamente, no puede garantizar por sí misma la libertad del sujeto. La mera estabilización de las normas podría servir por igual, ser funcional, a una sociedad de sujetos libres o sometidos.

En cuanto a la defensa realizada por SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, si bien las críticas de BARATTA pueden contener matices maniqueístas, los argumentos aportados por sus detractores son también relativos. Es cierto que la separación entre política criminal y dogmática no es prueba de oscuros fines políticos, pero sí de la posibilidad de manipulación o perversión de la dogmática a favor de indeseados programas político-criminales. De otro lado, cuando SUÁREZ y CANCIO, para demostrar deductivamente que JAKOBS no es ajeno a la evaluación de la legitimidad del sistema, ponen de relieve algunas contribuciones contrarias a determinados casos de anticipación de la barrera punitiva, debe tenerse en cuenta que toda decisión dogmática es pasible de una valoración político-criminal, pero cuestión distinta es si esa valoración vincula sistemáticamente el raciocinio dogmático. Como ello es ajeno a dicha perspectiva funcional, los ejemplos citados por los autores españoles solo demuestran que en determinados ámbitos es imposible renunciar al plano axiológico.

En síntesis, el modelo neutral de LUHMANN y JAKOBS presupone en primer término el consenso⁽¹⁶¹⁾, la idea de que la sociedad acepta unánimemente el modelo social imperante, de forma que le son ajenos el pluralismo democrático y los conflictos que el concurso de las diferentes ideas puede generar. De este modo, quien con su conducta disienta de los patrones sociales es disfuncional al sistema y en consecuencia debe ser reprimido. ZAFFARONI critica los fundamentos del modelo funcionalista precisando que "toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de roles. Aquí surge una clarísima manifestación de organicismo extremo: las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. La riqueza de la conciencia quedaría reducida a la incorporación simplificada al sistema en forma de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann niega para ello las relaciones de causalidad tanto como las de finalidad: los sistemas se explican solo por la funcionalidad. Los hombres actuarían

(161) ZAFFARONI. Eugenio Raúl. "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurfdico-penales". Pág. 763.

funcionalmente en la medida en que se adapten a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio, y así seguiríamos dentro de este círculo"(162).

De otro lado, aunque se entienda que el sistema social en cuanto tal y los mecanismos de interacción y distribución de expectativas sociales, pueden ofrecer a los ciudadanos una garantía de estabilidad en sus relaciones entre sí o frente al Estado, este 'macro-funcionalismo presupone asimismo la bondad del sistema como de los mecanismos a través de los cuales se auto legitima y conserva. Esta "bondad" no se define moralmente sino como una valoración políticosocial, pues si se entiende que el sistema debe conservarse para su normal funcionamiento, entonces la evolución social habría alcanzado un desarrollo histórico inmejorable, que haría innecesario avanzar hacia nuevas formas de organización que impliquen la mutación del modelo imperante o su caducidad en aras de un esquema sentido como más satisfactorio(163). Así, aceptar el pensamiento funcionalista podría conducir a defender la no-necesidad de evolución histórico-social, lo que es imposible dado el carácter dinámico inherente a todo sistema.

Finalmente, del supuesto consenso y bondad del sistema, puede deducirse que su defensa se convierte en el valor más importante. El problema que esta forma de entendimiento suscita es que no logra ofrecer las necesarias garantías individuales frente a la majestuosidad del orden social, pues nada impediría someter al individuo a la consecución de los fines de sostenimiento sistémico. Este temor se concreta en la construcción del bien jurídico que, para JAKOBS, implica renunciar a todo referente material o límite al legislador en la definición del delito.

En efecto, si se entiende el bien jurídico como la vigencia de la norma y el delito como la defraudación de las expectativas sociales recogidas en ella, solo se erige un límite formal pues todo lo que sea norma podría legitimar la función punitiva por orientarse al mantenimiento del sistema imperante. Por tanto, el referente de lo "funcional para el sistema", es tan vacío de contenido que el bien jurídico y la norma penal, pueden convertirse en un cheque en blanco pasible de ser instrumentalizado por ideologías o políticas de cualquier signo. El delito podría llegar a identificarse con la mera desobediencia al poder del Estado.

(162) Ibídem. Págs. 754 y sgte.

(163) CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales". Tirant lo Blanch.

2ª edición. Valencia, 1996. Pág. 33, señala que: "Las teorías sistémicas aplicadas al Derecho Penal, o bien tan solo suponen una trasmutación terminológica... o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo".

Enfrentando las críticas contra las teorías sociológicas, la doctrina penal se inclinó por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar los bienes jurídico-penales, para ello recurrió a la norma más importante del ordenamiento jurídico: la Constitución. A partir de los trabajos de la doctrina alemana(164) e italiana(165), un sector doctrinal español(166) pretende hallar en la Constitución el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. En general, las teorías constitucionales se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el sistema jurídico: los valores consagrados en la Constitución y los que consagra la ley penal. Para estas posturas, la coincidencia de los segundos con los primeros es obligatoria, aunque se aprecian diferencias respecto al tipo de coincidencia entre tales órdenes axiológicos(167).

Se entiende que si la pena constituye una sanción que puede afectar directamente derechos constitucionalmente reconocidos, entonces el DP, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, solo debe proteger aquellos valores constitucionalmente reconocidos, de modo explícito o implícito(168). Aunque la pena no siempre incide sobre la libertad personal, pues en ocasiones afecta derechos o intereses patrimoniales, no puede negarse que la amenaza de una pena siempre constituye una restricción de la libertad individual. Ello justifica la exigencia de una

(164) RUDOLPHI, Hans Joachim. Op. Cit. Págs. 337 y sgtes.; SAX, W. "Grundsätze der Strafrechtsplege". En: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. 2. edición. Dunker & Humboldt. Berlin, 1972; ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política criminal". Traducción de Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid, 1979. Pág. 94.

(165) BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato". Separata de Novissimo Digesto italiano. Torino, 1973. Págs. 15 y sgtes.; ANGIONI, Francesco. "Contenuto e funzioni del concetto di benegiuridico". Giuffrè. Milano, 1983.

Págs. 163 y sgtes.; PULITANÓ, Domenico di. "La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione". En: LOG. N° 1.1981. Págs. 111 y sgtes., "La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche". En: Beni e tecniche de/J/a tutela pena/e. Materiali per /a riforma del codice. Págs. 33 y sgtes.; GEMMA, Gladio. "Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire". En: Dirilfo e Società. N2 3. 1986. Págs. 459 y sgtes.

(166) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Págs. 20 y sgtes.; GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)". Págs. 23 y sgtes.; ESCRIV Á GREGORI, José M.. "Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución". En: Papers. N213. 1980. Pág. 141 y sgtes.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit. Págs. 33-36 y 207-208; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Marcial Pons. Madrid, 1996. Págs. 38 y sgte.

(167) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 35.

(168) BRICOLA, Franco. Op. Cit. Pág. 15. La STC 105/1988, de 8 de junio manifestó como necesario "que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho".

consagración constitucional implícita o explícita de los bienes penalmente protegibles(169) .

El Tribunal Constitucional español y la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, expresado en el artículo 9.1 de la Carta española(170) y de similar forma en los artículos 38, 45 Y 51 de la Constitución peruana, que vincula la actuación de los poderes públicos y la dinámica de la sociedad, de forma que la noción de bien jurídico no puede contradecir el tenor constitucional(171}. El fundamento de esta vinculación no se agota en el matiz formal (el máximo rango del sistema jurídico), desde una perspectiva material la Carta Magna expresa el consenso de voluntades de los miembros de una comunidad, es la expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social(172). Por ello, los defensores del constitucionalismo satisfacen la necesidad de concebir "un concepto que sea, a la vez, trascendente respecto al sistema del Código, pero inmanente al sistema jurídico-positivo en su conjunto, y que encuentra en este sistema complejo, fuera del Código, unos contenidos materiales bien definidos"(173).

Esta vinculación a la Constitución refuerza la eficacia limitadora y garantista del bien jurídico-penal, pero el criterio es insuficiente para cumplir la función crítica(174). El concepto, aunque material, carga con el inconveniente de que las realidades constitucionales suelen ser descritas de modo amplio(175), flexible y ambiguo a veces, lo que no garantiza la necesaria seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico. Esa apertura del texto fundamental constituye la nota distintiva del constitucionalismo contemporáneo(176), pues atendiendo al sentido democrático que inspira a la mayoría de regulaciones constitucionales, es importante que las normas sean

(169) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. Cit. Pág. 274.

(170) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 8; artículo 9.1 de la Constitución española: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución ...".

(171) PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 35; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 36; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M". Luz. Op. Cit. Pág. 206; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Pág. 20, citando a Vasalli, quien entiende la relación penal-constitucional más allá de la mera no contradicción y apuesta por un principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

(172) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Págs. 6 y sgte.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Civitas. 2ª edición. Madrid, 1982. Págs. 42 y sgtes.

(173) PULITANÓ, cit. por ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Pág. 19, nota N° 57, para quien la Constitución española impone al legislador límites externos (por la forma de Estado social y democrático de Derecho) e internos (cómo y quién legisla).

(174) HURTADO POZO, José. "Derechos Humanos, bien jurídico y Constitución". En: Anuario de Derecho Penal.

Lima, 1995. Pág. 79, advierte que la Constitución no puede ser "la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esa protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra todo ataque del que puedan ser objeto".

(175) Ibídem. Pág. 78. HURTADO POZO atribuye al auge de los Derechos Humanos el que las Constituciones modernas "incorporen listas bastantes detalladas de tales derechos".

(176) RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. "Teoría y práctica del Derecho constitucional". Tecnos. Madrid, 1996. Págs. 279 y sgtes.; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución

redactadas de la manera más amplia posible con el objeto : de permitir la realización de las variadas concepciones políticas sin necesidad de la reforma previa, lo que dota a la Carta Magna de un sentido vasto y duradero en el tiempo que garantiza la estabilidad del sistema.

La insuficiencia del criterio constitucional se evidencia, por ejemplo, en la protección dispensada a la seguridad del tráfico⁽¹⁷⁷⁾, interés que no está consagrado explícitamente en la Constitución peruana ni en la Carta española, por lo que el único modo de legitimar la intervención penal en ese sector es quizás recurriendo a las valoraciones implícitas que soportan la vida o la integridad psico-física. Pero tal razonamiento puede conducirnos a extremos de incertidumbre en los que prácticamente todo puede justificarse porque de una u otra manera afectaría a la calidad de vida. Aunque así concebido, de lege lata sin embargo el artículo 274 del CP peruano, semejante al artículo 379 del CP español, no protege la vida ni siquiera de modo abstracto ya que parece sancionar la creación de un "peligro del peligro" o la mera ilicitud administrativa, lo que es inconcebible si se entiende que el injusto penal necesariamente debe reflejar un desvalor del resultado, de lesión o de peligro para los bienes jurídicos y no para valores espirituales⁽¹⁷⁸⁾.

Esta teoría renuncia asimismo a concretar el concepto de bien jurídico-penal, pues con la simple referencia a la Constitución da por zanjado el problema. De esta forma, huye de la fundamentación dogmática y favorece una construcción positivista o, quizás aún, funcionalista (funcionalidad del sistema social=funcionalidad del sistema jurídico-constitucional). Antes que una teoría sobre el concepto del bien jurídico-penal, es una construcción sobre la fuente de estos. En todo caso, la identidad entre bien jurídico-penal y valor constitucional es inadecuada, aun entendiendo que las realidades no consagradas en la Carta Magna deben quedar fuera de la protección penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad⁽¹⁷⁹⁾ impiden que todas aquellas previstas en la Ley Fundamental sean penalmente protegibles. Los derechos

española de 1978 y su interpretación por el Tribunal constitucional". En: Derecho. NQ 48, dic. (Lima 1994). Pág.

193. Vide además de la Constitución española (artículos 10 y ss.) y la Constitución peruana (artículos 2 y sgte.), los paradigmáticos textos constitucionales recogidos por CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel. "Constituciones extranjeras contemporáneas". Tecnos. 3ª edición. Madrid, 1994.

(177) Vide artículo 274 del CP peruano y artículos 379 y sgtes. del CP español.

(178) Esta realidad se puso de manifiesto en la jurisprudencia del derogado Código Penal español, cuyo artículo 340 bis a) 1. sancionaba igualmente la conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción, vide la sentencia de la Aud. Prov. de Valladolid, secc. 2ª, del 19 de julio de 1993, sentencia de la Aud. Prov. de Soria, del 10 de abril de 1995. Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General". Bosch. Barcelona, 1996. Págs. 59 y sgte.

(179) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 327.

fundamentales(180) nos son más que un importante elemento del merecimiento de pena(181) y en último término la norma Constitucional, salvo contadas excepciones(182), no prejuzga cuál debe ser el medio de tutela para las realidades que valora positivamente.

Dentro de estas teorías que consagran el bien jurídico en clave constitucional, se aprecia dos tendencias que se distinguen por el grado de vinculación exigido entre el bien jurídico-"penal y los valores constitucionales: las teorías constitucionalistas estrictas y las teorías constitucionalistas amplias.

Constitucionalismo estricto

Estas teorías entienden que la Carta Magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, exigiendo en todo caso una vinculación directa entre bien jurídico y precepto constitucional(183), de forma que todo objeto de protección penal está condicionado por las decisiones del constituyente ya que si la norma fundamental no valora positivamente una realidad tampoco podrá hacerlo el legislador penal.

Esto, en palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, "significa algo más que la mera obligatoriedad de realizar una interpretación de las normas penales en conformidad con la Constitución; es decir, implica que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal de forma tal, que la cobertura punitiva a intereses situados extramuros... de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional"(184). En esa línea, para BRICOLA no basta la simple incompatibilidad entre la Carta Magna y el bien jurídico a tutelar, sino que este debe hallarse entre aquellos que expresa o implícitamente están contemplados por la propia Constitución, de forma que la naturaleza constitucional del bien jurídico define la posibilidad, conveniencia y grado de tutela, así como el significado de la afectación (lesión o peligro). En resumen, la medida de la pena según la escala de valores deducible constitucionalmente(185).

(180) Sobre el concepto de derechos fundamentales vide por todos ALEXANDER, Robert. Op. Cit. Págsim.

(181) HASSEMER, Winfried; FRANCISCO MUÑOZ CÓNDE. Op. Cit. Págs. 69 y sgtes.; MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". Pág. 163.

(182) Vide los artículos 45 y 46 de la Constitución española que ordenan la protección penal del ambiente natural y del patrimonio histórico, cultural y artístico, previsiones excepcionales que carecen de correlato en la Constitución peruana.

(183) BRICOLA, Franco. Op. Cit. Pág. 15.; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Op. Cit. Pág. 341.; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Págs. 20 y sgtes.; GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)". Págs. 23 y sgtes.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cit. Págs. 34-36.

(184) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cit. Pág. 31.

(185) BRICOLA, Franco. Op. Cit. Págs. 16 y sgtes.

Contra esta construcción existen serios inconvenientes. En primer lugar, aunque casi siempre será posible encontrar un punto de apoyo en la Constitución(186), se puede limitar las posibilidades de criminalizar comportamientos que con el desarrollo histórico-social afecten a nuevas realidades que escapan del marco de la Ley Fundamental(187). Contra esta crítica se ha indicado que el bien jurídico-penal no solo ha de encontrar asidero en los valores explícitamente reconocidos en la norma fundamental, sino también en los "implícitos", "asimilables"(188J, "integrables" u "homologables"(189J, bagaje que otorga una evidente amplitud de criterio que permitiría entender que una Constitución, por más obsoleta que fuera, siempre ha de mantenerse actualizada vía la interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización.

Sin embargo, esta salida contradice los presupuestos sobre los que se asienta el bien jurídico en clave constitucional estricta. Aun partiendo de la loable intención de ofrecer una fuente segura al bien jurídico, se cede el paso a la incertidumbre y a la arbitrariedad cuando para superar el carácter estático y rígido de la Constitución se acude a conceptos imprecisos como los valores "implícitos" u "homologables", con lo que se vuelve al principio, al deseo de obtener un concepto material de bien jurídico-penal.

Se ha señalado también en contra que esta teoría presupone la coincidencia total entre los valores constitucionales y las expectativas sociales, es decir la identidad entre la llamada "Constitución formal" y la "Constitución real"(190). Asimismo, puede pensarse que es el constituyente quien crea el bien jurídico a su libre antojo, lo que traslada las críticas contra el legislador ordinario al legislador constitucional(191), más aún si se tiene en cuenta la inadmisibile existencia de mandatos positivos de criminalización que convierten a la Carta Magna en un programa punitivo. Por estas razones, el constitucionalismo estricto carece de mayoritaria aceptación en la doctrina española. Existe más bien el generalizado sentimiento de que el valor de la Constitución en el orden penal, debe extraerse de los principios materiales que ella contiene(192), empresa pretendida por las tesis constitucionales amplias.

(186) GUTIÉRREZ FRANCES, M" Luz. Op. Cil. Pág. 206, señala que la Constitución española, al igual que la italiana o la portuguesa, contiene un "generoso" catálogo de derechos.

(187) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos". En: Control social y sistema penal. PPU. Barcelona, 1987. Pág. 192; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cil. Pág. 38.

(188) ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Op. Cil. Págs. 36 y sgtes.

(189) GONZ.Á.LEZ RUS, Juan José. Op. Cil. Pág. 43.

(190) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Pág. 50.

(191) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cil. Pág. 36.

(192) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Págs. 6 y sgte.;

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 8.

c. Constitucionalismo amplio

Las teorías constitucionalistas amplias transcurren por dos senderos(193) que, si bien comparten el mismo punto de partida: el modelo de Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente consagrado, conservan matices diferenciables. Una primera línea presenta a la Constitución como marco referencial, o sea como espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En esta perspectiva, se entiende que una política criminal orientada a la exclusiva protección de bienes jurídicos presupone democracia y ejercicio de la democracia(194).

La segunda tendencia, representada principalmente por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista al que la Constitución desea servir de marco(195). El sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira llegar(196), según puede deducirse del citado artículo 9.2 de la Carta Magna española o del contenido programático del Capítulo 11 del Título I de la Carta Magna nacional, por lo que no coincide con el sistema social realmente vivido que tiene carácter dinámico(197). Si el sistema social de la Constitución va por delante del sistema social, a la idea de funcionalidad social debe añadirse el correctivo de lo necesario para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas por la Carta Magna(198). En ese sentido, para BERDUGO: "Estimar que el control social busca no solo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo"(199). Esto lo lleva a asignar al DP una función promocional

(193) RODAS MONSALVE, Julio César. "Protección penal y medio ambiente". PPU. Barcelona, 1994. Pág. 25.

(194) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. Pág. 143.

(195) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Págs. 8 y sgte.; similar ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal". Pág. 21; FIANDACA, Giovanni. "11 'bene giuridico' come problema teorico e come problema criterio di politica criminale". En: Diritto penale in trasformazione. Giuffré. Milano, 1985. Pág. 153; ESCRIVÁ GREGORI, José M'. "Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución". Págs. 141 y sgtes.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de Moráles Prats y Prats Canul. Cedecs. Barcelona, 1996. Págs. 55, 246 Y sgte.

(196) "El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÁBERLE, un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que esta tiende" (vide "Die Verfassung des Pluralismus". Frankfurt, 1980. Pág. 87), cil. por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Honor y libertad de expresión". Pág. 16, nota N° 7.

(197) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 9.

(198) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Luis ARROYO ZAPATERO. "Manual de Derecho Penal. Parte General 1. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal". Praxis. Barcelona, 1994. Pág. 11. Sin embargo, en la obra BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General".

Pág. 7, se omite la necesidad de que el sistema evolucione hacia las metas sociales constitucionalmente previstas.

(199) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos Humanos y Derecho Penal". En: Estudios Penales y Criminológicos. NQ XI. 1988. Pág. 30, nota N° 2.

en relación con la vigencia y respeto de los nuevos intereses necesarios para alcanzar las metas constitucionales(200).

Seguidamente entiende el citado autor que puede depurarse el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles, tanto desde un plano sociológico como valorativo. Desde el primero se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales y, desde la perspectiva valorativa, se exige, para que un interés pueda ser objeto de tutela penal, que se fundamente en el orden constitucional de valores(201).

La crítica general contra las teorías amplias es que tampoco logran concretar el contenido material del bien jurídico. La vigencia del Estado social y democrático de Derecho reconocido en la Constitución, pese a constituir una condición necesaria para la instrumentación crítica del bien jurídico-penal, es insuficiente. Debe avanzarse hacia una idea más precisa que vincule las necesidades .del garantismo penal y permita superar las meras descripciones negativas (lo que no es bien jurídico) en términos de no inconstitucionalidad(202). Por otra parte, un sector comprende que estas teorías proclaman la funcionalidad del sistema jurídico(203), por lo que serían cercanas a las teorías sociológicas organizadas alrededor de la funcionalidad social(204), similitud que llevada a sus extremos ha conducido a un sector doctrinal a reconocer que las teorías sociológicas engloban el constitucionalismo amplio(205).

En cuanto a la construcción del profesor BERDUGO, debe destacarse positivamente la importancia de vincular el bien jurídico-penal con la metas sociales impuestas por la Ley Fundamental, lo cual debe reflejarse por ejemplo en la necesidad de proteger penal mente determinados bienes jurídicos colectivos(206), como el ambiente natural, la ordenación del territorio, la salud pública o los intereses de los consumidores. Sin embargo, tomo prudente distancia de la defensa de una "función promocional del DP", no por el temor indicado por FERRÉ OLIVÉ, para quien: "El problema que plantean estas teorías basadas en la función promocional del Derecho es que si bien postulan un cambio social, para lo cual marcan el

(200) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Honor y libertad de expresión". Pág. 16.

(201) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Págs. 48 y sgte.; similar PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Op. Gil. Pág. 28.

(202) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Gil. Pág. 51.

(203) PÉREZ ALVAREZ, Fernando. Op. Gil. Pág. 29, vide nota NQ 16.

(204) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel 3ª edición. Barcelona, 1989. Pág.

54; similar ZÚÑIGA RODRÍGUEZ., Laura. Op. Cil. Pág. 51.

(205) Así FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cil. Págs. 36 y sgtes, le sigue GUTIÉRREZ FRANCÉS, M'. Luz. Op. Cil. Pág. 207.

(206) En similar sentido GARBONELL MATEU, Juan Carlos. Op. Cil. Pág. 80.

objetivo a alcanzar -por ejemplo las metas constitucionalmente previstas- permiten justificar los conflictos sociales del presente hasta que la propia sociedad pueda llegar, a través del Derecho, a los cambios esperados. Así fomentan, consciente o inconscientemente, un conformismo masivo ante los problemas sociales"(207).

El rol ideológico de la función promocional puede terminar justificando los problemas del presente, el statu quo. Pero debe tenerse en cuenta que es una perversión ingenua creer que el Derecho tiene el rol protagónico en el esperado cambio social, más aún porque puede constituir un obstáculo para ello(208). No puede esperarse del Derecho, y menos del DP, un profundo cambio en las estructuras sociales(209J, por ello BERDUGO no deja de apostar por la fragmentariedad, la subsidiaridad y utilidad del orden penal(210), lo que implica concebirlo como la ultima ratio del control social. En consecuencia, al Derecho, por sus limitaciones, ha de reconocérsele un rol secundario y desacreditado en la promoción de nuevos órdenes sociales, motivo por el cual la crítica de FERRÉ OLIVÉ se relativiza. El no cambio y el posible conformismo social, no son atribuibles directamente al sistema jurídico.

Como se advierte de estas ideas, la idoneidad intrínseca del sistema penal en la promoción de nuevos órdenes sociales es muy relativa, sobre todo si se entiende la pena en términos de prevención general negativa (función de motivación).

Como expresa TERRADILLOS: "El derecho 'promocional' preconizado por Bobbio se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un Derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una conditio sine qua non de esa función: solo puede aspirar a retraer, no a incentivar"(211).

Un DP promocional solo es realizable en el marco de la pena como prevención general positiva, estabilizadora o integradora, es decir dentro de un modelo funcionalista radical como el JAKOBS(212J, que hemos rechazado entre otras razones por afirmar la bondad del sistema y negar la evolución social. Por ello BOBBIO señala que en el terreno promocional "el DP es, por antonomasia, el Derecho

(207) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Op. Cil. Pág. 37.

(208) Vide por todos NOVOA MONREAL, Eduardo. "El Derecho como obstáculo al cambio social". Siglo XXI. 4ª edición. México D. F., 1980.

(209) Como indica TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Pág. 126: "La realización de fines trascendentes no compete al Derecho Penal, ni tampoco puede este buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por entrar ello en irresoluble contradicción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados".

(210) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Págs. 47 y sgtes.

(211) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Pág. 127.

(212) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Págs. 8 y sgtes.

conservador y reproductor, de las condiciones sociales dadas"(213), con lo cual se llega a un contrasentido: cambio social=Derecho Penal promocional=prevención integradora =mantenimiento del sistema (no cambio social).

Quizás por ello JAKOBS matiza su modelo, al señalar que: "Ciertamente hay que conceder que el Derecho Penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio solo pueda ir a remolque"(214).

III. Toma de posición sobre el concepto material de bien jurídico-penal

1. Presupuestos

La construcción de un concepto material de bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos. En primer término, pese a las dificultades para erigir dicho concepto, considero que la dogmática debe orientarse no por la línea de las definiciones negativas(215), tan comunes en la evolución del concepto de bien jurídico, pues si bien aportan algunos indicios para delimitar el terreno de lo penalmente protegible, no logran precisarlo con certeza y fiabilidad. Permiten la existencia de zonas oscuras y por la carencia de un concepto positivo, puede darse paso a la incriminación de conductas que lesionan valores espirituales o de difícil determinación. En mi sentir, el DP no debe renunciar a su esencia de Carta Magna(216) y debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal.

El segundo presupuesto consiste en no desvincular dicho concepto de la realidad axiológica en la que debe operar. Si se espera que el bien jurídico limite racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica), en los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que debe ser coherente y funcional a un específico sistema de valores que se relacionan directamente con la realidad histórico-social que se vive y la que se desea alcanzar(217), pues el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y con dicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad

(213) Cil. por TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Pág. 127, le sigue GUTIÉRREZ FRANCÉS, M". Luz. Op. Cil. Pág. 209.

(214) JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 51, nota N° 24.

(215) Lo que no es bien jurídico: no inconstitucionalidad, no creencias o programas morales, éticos, políticos o religiosos. La dogmática penal, durante la reforma del StGb, pasando por el proyecto oficial alemán de 1962 y el proyecto alternativo de 1966, ha desperdiciado energías en las determinaciones negativas del bien jurídico. (216) En palabras de Franz VON LISZT, "das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers", vide "Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", en Strafrechtliche. Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band. Berlin, J. Guttentag. 1905. Pág. 80.

(217) Sobre las metas constitucionalmente previstas (artículo 9.2 de la Constitución española), ya hemos advertido el valor de los aportes de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 9.

que ocupa un espacio y tiempo determinados(218). En esa medida, la eficacia de la función crítica depende directamente del favorecimiento del orden axiológico que se estima como deseado, lo cual nos lleva a excluir todo concepto de bien jurídico que derive de las posiciones inmanentes al sistema jurídico y apostar por aquellas que lo consideran trascendente a este(219), es decir como un concepto supra legal que atiende a sus consecuencias político-criminales en la realidad social que lo rodea(220).

El punto de partida para la construcción de un concepto positivo de bien jurídico-penal que pretende al ejercicio de una función crítica, es determinar la realidad valorativa en la que se incardina. En tal sentido, juzgo que es obligado punto de referencia el sentido político-criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho, consagrado por ejemplo en el artículo 1.1 de la Constitución española(221) y por los artículos 3, 38, 43 Y 45 de la Constitución peruana. Desde esta base mínima, se requieren ulteriores desarrollos del concepto material para determinar tanto los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, como las conductas que deben ser desvaloradas por este. En esta orientación, la teoría del bien jurídico-penal se convierte en una teoría de la incriminación, rectora de los procesos de descriminalización y criminalización(222), del in put y el out put del sistema penal.

En tal sentido, junto con MIR PUIG debe ponerse de relieve que si el DP solo debe proteger bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente, al principio de subsidiaridad y al carácter fragmentario del DP. De este modo, el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal(223) y la actual tarea dogmática consiste en determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal frente a los objetos

(218) GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)". Pág. 29; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Ci!. Pág. 289.

(219) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hemán. "Política penal en el Estado democrático". Pág. 334, citando a HASSEMER señala que las tesis inmanentes al sistema jurídico-penal "cumplirían una función meramente sistemática y reducen el bien jurídico a una creación del legislador", mientras que las posiciones trascendentes a dicho sistema "sitúan el bien jurídico más allá del Derecho penal y cumplen una función crítica del sistema".

(220) Un sector propugna, inclusive, la interpretación sociológica del tipo penal, sobre la base del artículo 3 del Código Civil español y la fórmula abierta del artículo 20.7 del CP español, previsión semejante a la del artículo 20.8 del CP peruano, vide ROLDÁN BARBERO, Horacio. "Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales". Universidad de Córdoba, 1992. Pág. 127.

(221) La necesidad de vincular la política criminal al Estado social y democrático de Derecho es sostenida desde hace dos décadas por MIR PUIG, Santiago. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho". Bosch. Barcelona, 1979. En: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho. Págs. 29-91 .

(222) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Ci!. Pág. 82.

(223) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 91 Y "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". Págs. 159 y sgtes.

de tutela de los demás sectores del ordenamiento jurídico. Por esa vía puede obtenerse el necesario baremo polícticriminal para enjuiciar críticamente los procesos de criminalización y descriminalización(224). En esa perspectiva ideológica, quedan sin asidero las tentativas de identificar el bien jurídico-penal con otras realidades que guardan relación con este pero no logran agotar su contenido en los términos que se viene exponiendo, tal es el caso de los conceptos de derecho subjetivo, interés, valor, dañosidad social(225) y objeto material del delito(226), entre otros de uso común.

2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena

Si bien la dañosidad social constituye un criterio suficiente para legitimar el bien jurídico, no lo es para delimitar el bien jurídico-penal que exige la referencia al individuo y otras condiciones derivadas de la idea de proporcionalidad. De esta manera, si a un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal, pero está justificado el uso del derecho administrativo(227). En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos(22B) y dañosidad social, a través del entendimiento del bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación que permite excluir la sanción de las conductas lesivas tan solo para cierta forma de moralidad, valores, funciones o estrategias político-sociales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo(229).

(224) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 276: "El tema de nuestro tiempo no es... la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido". Pág. 277.

(225) Sobre el deslinde entre estos conceptos y el del bien jurídico-penal, vide por todos TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cil. Págs. 129-136.

(226) A diferencia del objeto material, el bien jurídico-penal cuenta con un momento valorativo, perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible, MIR PUIG, Santiago. "El objeto del delito".

En: Enciclopedia Jurídica. Tomo XVII. Seix. Barcelona, 1982. Pág. 765; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Consideraciones en torno al injusto penal". En: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis. Bogotá, 1982. Pág.36; LAURENZO COPELLO, Patricia. "El resultado en Derecho Penal". Tirant lo blanch. Valencia. 1992. Págs.63-104,140-165; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 328; STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. Pág.78; JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 234, entiende que: "Los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad. En cambio el objeto real sobre el que recae la acción típica se denomina objeto de la acción (o del ataque)".

(227) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cil. Pág. 276, nota NQ 405, donde pone el ejemplo de los ilícitos con víctimas difusas.

(228) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cil. Pág. 272. Aunque puede fundamentarse que la afección al individuo debe ser directa o indirecta, ello arrastra el problema de fijar límites, pues hablar de vulneraciones "indirectas" significa recurrir a términos ambiguos, por lo que se impone el recurso a otros correctivos para una mayor precisión.

Antes bien, los criterios de dañosidad social y afectación individual son insuficientes cuando se observa, por ejemplo, como la noción de "afectación individual indirecta" que justifica la intervención penal en el terreno de los bienes colectivos, por su ambigüedad, puede justificar el adelantamiento de la barrera penal hasta sancionar comportamientos abstractamente peligrosos o meramente infraccionales. Pero la erradicación de esta noción no sería pacífica, por ejemplo en la tutela del bien jurídico estabilidad del ecosistema, si se retrasa el ámbito de lo punible hasta los casos de daño subjetivo directo, como la muerte de personas o lesiones a la integridad sico-física a causa de la contaminación del entorno, las dificultades para fundamentar la causalidad y la imputación objetiva pueden determinar una pérdida de eficacia contraria al objetivo de prevención general. Frente a ello, parece proporcional y necesaria la tipificación del peligro, pero la indeterminación del concepto "afectación individual indirecta" puede dar paso a la sanción de comportamientos que, en desmedro del principio de lesividad, solo remotamente originarían un riesgo significativo para el bien jurídico.

Para satisfacer la necesidad de una mayor concreción del concepto material de bien jurídico-penal, debe acogerse la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como vinculación estricta, por la máxima jerarquía y el carácter consensual que se atribuye a la Carta Magna, lo que dispensa al bien jurídico una mayor legitimidad en términos normativos. No obstante, aun entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación solo permite determinar qué bienes ameritan una valoración penal positiva, es decir el juicio sobre el merecimiento de pena, pero no señala qué comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que debe enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización.

Esta misión puede afrontarse con éxito ponderando la tensión entre los diferentes principios del orden penal que están sintetizados en el juicio de merecimiento de pena antes desarrollado y al que se suma el de necesidad de pena⁽²³⁰⁾⁽²³¹⁾. Como indica SILVA SÁNCHEZ, aunque la doctrina suele conectar el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos y la fragmentariedad solo con consideraciones de necesidad y utilidad, una delimitación de los objetos penalmente protegibles ha de derivar de la síntesis de los requerimientos de necesidad de pena y merecimiento de pena⁽²³²⁾.

(229) HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". Pág. 282.

(230) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pen~ con la estru~tura del delito". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1993. Págs. 21 y sgtes.; DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. "La autoría en Derecho Penal". PPU. Barcelona, 1991. Págs. 78 y sgte., 82 y sgtes., 85 Y sgtes., 454 y sgtes., 485, 508 Y sgtes., 531 y sgtes., 611 y sgtes., 638, 704 Y sgtes., 753 y sgtes. En la doctrina española no reina acuerdo sobre los conceptos de "merecimiento de pena" (Strafwürdigkei~ y "necesidad de pena" (Strafbedürftigkeilo Strafbedürfnis), y en muchos casos tales expresiones se usan indistintamente. En la dogmática alemana las coincidencias no pasan de las definiciones tautológicas, pues no existe unanimidad

En tal sentido, deben conjugarse las consideraciones axiológicas relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones, es decir el merecimiento de pena(233), con los aspectos utilitaristas del principio de mínima intervención(234) en términos de necesidad y subsidiaridad(235). Los fundamentos del merecimiento de pena y necesidad de pena, deben diferenciarse de cara a su articulación(236).

sobre el origen, alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre ambos principios; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. 21 y sgte. La importancia de deslindar ambos principios ha cobrado gran trascendencia en los últimos años, al punto de considerarse que las exigencias político-criminales aplicables al trabajo dogmático deben deducirse del merecimiento y necesidad de pena; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. Pág. 79. Esta conclusión viene reforzada por la construcción del perfil del futuro sistema penal europeo con el enfoque de estos principios, vide "Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1995, obra colectiva en la que figura el trabajo citado de LUZÓN PEÑA y los de HAFFKE, Bernhard. "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal". Págs. 129 y sgtes.; ROMANO, Mario. "Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito". Págs. 139 y sgtes.; y DA COSTA ANDRADE, Manuel. "Merecimiento de pena y necesidad de tutela como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito". Págs. 153 y sgtes.

(231) Recientemente, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit. Pág. 147, ha venido a considerar que la protección de bienes jurídicos constituye el fin último del Derecho Penal, mientras que la protección de la vigencia de las normas es un contenido específico de la pena. Luego, diferenciando, entiende que la función protectora de bienes es el fin perseguido por la norma de conducta y se vincula a la noción de merecimiento de pena, pero la norma de sanción, orientada al restablecimiento de la vigencia de la norma, se relaciona directamente con la necesidad de pena (pág. 148).

(232) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Pág. 267, nota NQ 369; similar, URQUIZO OLAECHEA, José. Op. Cit. Págs. 828 y sgtes.; CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 263 y sgtes.

(233) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Pág. 277; similar, MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". Págs. 162 y sgtes.

(234) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del ius puniendi. En: Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Enrique Casas Barquero. Universidad de Córdoba, 1996. Págs. 249 y sgtes.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. Dolores. "Los límites del ius puniendi". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1994. Págs. 87 y sgtes.; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. "El principio de intervención penal mínima". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1987. Págs. 99 y sgtes.

(235) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Pág. 8; PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos". En: Barbero Santos, Marino (editor). La reforma penal. Los delitos socio-económicos. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1985. Pág. 288; ROXIN, Claus. "Franz van Liszt y la concepción político criminal del proyecto alternativo". Págs. 44 y sgte.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Pág. 327.

(236) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". Págs. 25 y sgte., pese a aportar criterios positivos para entender estos principios, no deja de destacar el imperativo de avanzar hacia ulteriores concreciones. Así, señala que "el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos principios necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente" (cursiva fuera del texto).

La concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de merecimiento de pena cuyo juicio, según se ha adelantado, deriva del significado atribuido al bien y la gravedad de sus diversas formas de ataque. Principios de justicia inspiran el merecimiento de pena, pues se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad, de manera que los bienes jurídicos han de ser realidades especialmente valoradas, tan fundamentales que las conductas dirigidas en su contra experimentan una mayor desvalorización. Como expresa SILVA SÁNCHEZ, para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente, la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional(237).

Sin embargo, considero necesario matizar el juicio sobre el merecimiento de pena, a fin de otorgarle un mayor énfasis al referente individual, con el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, entendidos no en clave "ius naturalista" sino constitucional(238), y más aún, incardinados en el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Este correctivo, necesario en la construcción del concepto material de bien jurídico-penal, garantiza que el referente individual no se convierta en una simple herramienta para neutralizar las pretensiones de socialización en términos puramente funcionalistas. La tensión entre lo individual y lo colectivo que opera en el terreno del merecimiento de pena, por el influjo liberal de los principios de dignidad y libre desarrollo, se equilibra mediante una justificada predominancia del aspecto individual que concuerda con el espíritu garantista y la concepción personalista de la Constitución.

De esta manera, se toma prudente distancia de aquellas posturas donde la afección individual no es una condición sustantiva para la conformación del bien jurídico-penal, esquema en el que hay lugar para fórmulas imprecisas como "afección individual indirecta" o "afección individual próxima", las que ampliamente entendidas pueden tolerar la incriminación de conductas de bagatela(239) o remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, casos que tienen el acento en la funcionalidad del sistema.

Pero enfatizar lo personal no puede significar el destierro del componente social, pues se arribaría a una inevitable identidad entre bien jurídico-penal y derecho subjetivo, es decir la privatización del orden penal. Por esa razón, una armónica articulación que privilegie lo individual frente a lo colectivo plantea una importante cuestión de límites que, según lo antes citado, debe erigirse desde las pre misas constitucionales de dignidad de la persona y libre

(237) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. Op. Cit. Pág. 288.

(238) Vide el artículo 10.1 de la Constitución española y los artículos 1, 2.1 Y 3 de la Constitución peruana.

(239) ARMENTA DEU, Teresa. "Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España". PPU.Barcelona, 1991. Págs. 23 y sgtes.

desarrollo de la personalidad, realidades que deben ser afectadas mediante los comportamientos que contravienen bienes jurídico-penales. Para la concreción de ambos conceptos personalistas, en orden a su operatividad dentro del sistema penal(240), debe relacionarse el principio de dignidad de la persona humana con la elemental idea kantiana del "hombre como un fin en sí mismo", es decir con la imposibilidad de instrumentalizar al ser humano como medio para la consecución de metas colectivas, sociales o que están más allá de su propia entidad(241).

Como precisa FEIJÓO SÁNCHEZ: "La dignidad, en sentido normativo, conlleva el principio de autonomía o autodeterminación de los ciudadanos"(242). Cada vez viene cobrando más fuerza la consideración de este principio con una validez a priori dentro del sistema penal(243), dada su significancia constitucional por ser fundamento del orden político y la paz social, y por tratarse de un principio material de justicia que representa un límite inmanente del derecho positivo(244). Se entiende por tanto que "todo el DP debe tender a la protección de la dignidad humana"(245), la que quedaría vacía sin el reconocimiento del principio de libre desarrollo de la personalidad. Este principio se fundamenta en las premisas del Estado democrático de Derecho, y erige en el razonamiento penal un límite infranqueable contra cualquier signo de autoritarismo de la política social del Estado. De esta forma, cobra vida la exigencia anteriormente señalada de que "el sistema social se ponga al servicio del individuo"(246) y que "las condiciones sociales a proteger deben servir de base a la posibilidad de participación de los individuos en el sistema social"(247).

Ahora bien, en la línea del merecimiento de pena y en orden a la vigencia material de los correctivos personalistas de dignidad y libre desarrollo, como indica BERDUGO, no debe perderse de vista que: "La garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye,

(240) Vide por todos WOLTER, Jürgen. "Derechos Humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho Penal". En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Págs. 37 y sgtes.

(241) CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Teoría jurídica del delito". Tecnos. 2ª reimpresión de la 11 edición. Madrid, 1993. Pág. 32, nota N° 105, precisa que ya Welzel introducía en la órbita penal el imperativo de Kant consistente en que "el ser humano no debe ser tratado como una cosa, sino siempre también como un fin en sí mismo".

(242) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995". Pág. 42.

(243) El sentido prioritario de la dignidad humana no solo es percible en el terreno del bien jurídico-penal, sino que cobra trascendencia en toda la teoría del delito, pues: "Dada una lesión del contenido de dignidad humana y del contenido nuclear de los derechos fundamentales, incluido el del principio de legalidad, el Derecho Penal queda excluido en todos sus niveles sistemáticos con respecto al autor y a los intereses represivos", vide I WOLTER, Jürgen. Op. Cit. Pág. 37.

(244) CEREZO MIR, José. Op. Cit. Pág. 32.

(245) NINO, Carlos S. "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos". En: Doctrina Penal. 1989. Págs. 29 y sgtes.; MONTANO, Pedro J. "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal". En: Actualidad penal. Vol 1. 1997. Pág. 424.

(246) MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". Pág. 165.

(247) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 92.

sin duda, un criterio político-criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración ~utónoma respecto a aquellos que la integran"(248).

En esta línea argumental, cabe destacar la construcción de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cuando señala que los objetos de protección jurídico-penal están imbuidos de un profundo contenido material en el marco de una categoría programática de justicia, que es la realización de los Derechos Humanos, como límite de intervención de la función represiva del Derecho, con lo cual se erige un importante criterio legitimador del DP que señala los ámbitos y límites en su forma primaria de intervención, el proceso de criminalización, opción garantista respaldada por las previsiones de los artículos 9.2 y 10.1 de la Carta Magna española(249). De esta forma, la autora fundamenta(250) la razón de ser de los Derechos Humanos en el seno de la democracia, entendida como "sociedad comunicativa ideal", es decir los Derechos Humanos como "necesidades humanas comunicativas ideales"(251), acercándose a la construcción de TERRADILLOS BASOCO que entiende el bien jurídico como vehículo de satisfacción de necesidades humanas(252),

Pese a la trascendencia de las opiniones reseñadas en los dos párrafos anteriores, escapa del objetivo de este libro afrontar la interesante cuestión de la legitimación del sistema penal sobre la razón que asiste a los Derechos Humanos(253).

Antes bien, ya se ha negado la posibilidad de identificar el concepto material de bien jurídico-penal con el de derecho fundamental(254), pues en palabras de TERRADILLOS BASOCO, "o bien identificamos el concepto de derechos fundamen tales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico,

(248) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos Humanos y Derecho Penal". Pág. 32.

(249) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Pág. 59.

(250) Inspirada en los trabajos de Jürgen HABERMAS y Agnes HELLER ("Por una Filosofía radical". El viejo topo.Barcelona, eds. 2001 y 1980).

(251) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Págs. 64 y sgte.

(252) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. Págs. 136 y sgtes., y "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal". En: Pena y Estado. N2 1, sep-dic. PPU. Barcelona, 1991. Pág. 22. En igual perspectiva, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien jurfdico y Estado social y democrático de Derecho". Págs.161 y sgtes.

(253) Vid. NINO, Carlos S. Op. Cil. Págs. 29 y sgtes.

(254) Para FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón". Traducción de Andrés Ibáñez y otros. Trotta. Madrid, 1995. Pág.473. "El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al Derecho mismo... Entre los bienes externos al Derecho Penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los "derechos fundamentales".

con lo que llegaremos a análisis positivistas no aplicables a la fase de iure condendo que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del 'Derecho', con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores"(255).

Este rechazo no implica negar que en múltiples ocasiones una misma realidad puede constituir bien jurídico-penal y derecho fundamental(256), lo que sucede comúnmente con los derechos individuales y colectivos que garantiza la Constitución. Lo que se excluye es que la condición de derecho fundamental se considere esencial o suficiente para la determinación del objeto de tutela jurídico-penal, como podría sostenerse desde una postura constitucional estricta(257).

En ese sentido, la fundamentación del merecimiento de pena mediante los correctivos constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, debe situarse en el contexto de los Derechos Humanos que, al ostentar una protección reforzada por el texto constitucional, dispensan las condiciones necesarias para la vigencia material de la dignidad y el libre desarrollo. En consecuencia, los Derechos Humanos son núcleo de obligada referencia para el juicio de merecimiento de pena(258). En esa perspectiva es relevante la línea ideológica de los llamados "Derechos Humanos de Tercera Generación o de Solidaridad", en cuyo catálogo se incardina, por ejemplo, el "derecho a la conservación y disfrute del ambiente natural", plasmado al más alto nivel en el artículo 45 de la Constitución española y en el artículo 2.22 de la Constitución del Perú.

Las críticas desde la Criminología radical contra el orden penal por ejercer un control discriminatorio(259), ha enfatizado la meta de democratizar el sistema social. Para ello es importante excluir la reacción frente a los comportamientos que solo atentan contra un orden ético o político, pero también incriminar los que lesionan ámbitos fundamentales para la participación libre y digna de la persona(260).

(255) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. Pág. 130.

(256) A juicio de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Los derechos fundamentales". Tecnos. 2ª edición. Madrid, 1986. Pág. 46, son derechos fundamentales aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

(257) "Hay que tener presente la no identidad entre bienes jurídicos tutelados por un Derecho Penal respetuoso con la Constitución y derechos fundamentales", TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal". Pág. 14.

(258) Como se advirtiera anteriormente, el referente de los Derechos Humanos tiene proyección inmediata en la dogmática penal, desde la determinación de los objetos de protección, el contenido de los distintos estamentos de la teoría del delito o los límites de la sanción, vide BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos Humanos y Derecho Penal". Págs. 32-34; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cit. Pág. 65 y sgte.

(259) Vide por todos FERRAJOLI, Luigi. "El Derecho Penal mínimo". En: PC. 1986; BARATTA, Alessandro. "Criminología crítica y crítica del Derecho Penal". Siglo XXI. México, 1986.

(260) ANIYAR DE CASTRO, Lola. "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso". En: Cuadernos de Política Criminal. N° 14. 1981.

Dichos ámbitos pueden ser estrictamente individuales o estar compartidos por un grupo de personas(261) que, sin perjuicio de sus intereses privados, se aglutinan bajo un mismo interés "supraindividual" o colectivo(262), cuya titularidad corresponde democráticamente a todos por igual(263). A este último contexto pertenecen aquellos Derechos Humanos de Tercera Generación socialmente relevantes(264) por garantizar el ejercicio de intereses individuales, lo que se observa por ejemplo al proteger los intereses de los consumidores o la estabilidad del ecosistema, ámbitos cuya vigencia, se opone, no pocas veces, a importantes e influyentes intereses políticos y económicos(265) que el Estado social debe remover.

De este modo, el juicio de merecimiento de pena puede fundamentarse desde la perspectiva de los Derechos Humanos de Tercera Generación, conjuntamente con los argumentos antes citados de dañosidad social, desarrollo digno de los individuos en sociedad y plasmación constitucional. Como nota específica, por ejemplo para el caso español, tratándose del ambiente natural o la protección de los consumidores, el merecimiento de pena puede solventarse adicionalmente en la trascendencia de estos intereses para la integración económica y política de la Europa Comunitaria, es decir en el seno de la Unión Europea(266).

Ahora bien, la intervención de un DP que se rige por fines de prevención no está plenamente justificada con la sola estimación del merecimiento de pena. Lo contrario solventaría un modelo retribucionista, que tiende a la confirmación de los valores inherentes a la realidad merecedora de protección penal, y que está reñido con las metas marcadas por el artículo 25 de la Constitución española y el artículo 139.22 de la Constitución peruana. Para introducir criterios de utilidad preventiva en la concepción material de bien jurídico-penal, el juicio de merecimiento debe complementarse con el de necesidad de pena(267).

(261) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos humanos y Derecho Penal". Págs. 42 y sgte.

(262) SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di "interessi diffusi". En: LOC. N° 1.1975. Págs. 439-481; "L'interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore". En: La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato, con partico/are riguardo al/a protezione dell'ambiente e dei consumatori. Giuffrè. Milano, 1976. Pág. 549-594; BRICOLA, Franco. "Partecipazione e giustizia pena le. Le azioni a tutela degli interessi collettivi". En: LOC. Anno 11. N°1, gennaio-aprile. 1976. Págs.7-72; FEDERICI, Renato. "Gli interessi diffusi. 11 problema della loro tutela nel diritto amministrativo". Cedam.Padova, 1984. Págs. 93 y sgtes.; ACOSTA ESTÉVES, José B. "Tutela procesal de los consumidores". Bosch.Barcelona, 1995; BUJOSA VADELL, Lorenzo. "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo". Bosch.Barcelona, 1995; LOZANO-HIGUERO y PINTO, Manuel. "La protección procesal de los intereses difusos". Rufino Garcra Blanco. Madrid, 1983; GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal". Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1986. Págs. 32 y sgtes, 79 y sgtes., BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos". Págs. 185 y sgtes.; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.Op. Cil. Págs. 723 y sgtes.

(263) Vide infra, el apartado 11.4.3 del Cuarto Capítulo.

(264) CASCAJO CASTRO, José Luis. "La tutela constitucional de los derechos sociales". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988. Págs. 15 y sgtes.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Delitos contra los intereses generales o derechos sociales". En: Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1983. Págs. 571, 574.

(265) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado". En: Terradillos Basoco (ed.). El delito ecológico. Trotta. Madrid, 1992. Pág. 44.

(266) Vide Tercer Capítulo.

El control penal afecta bienes de gran importancia como la libertad o el patrimonio del emplazado, por ello la política criminal de los bienes jurídicos debe observar si dicha afectación es útil o necesaria(268). El juicio de necesidad de pena obedece a criterios de utilidad o rendimiento social de modo que, previo al paso de la intervención penal, es "necesario" evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o del Derecho Civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena(269).

Indudablemente el juicio de necesidad de pena puede pervertirse para justificar auténticas huidas al DP, cuando un determinado interés que el ordenamiento jurídico valora positivamente, no encuentra por razones políticas, coyunturales o desinterés estatal, una adecuada protección por los instrumentos no penales, de forma tal que el legislador recurre al DP con la hipócrita esperanza de acallar las insuficiencias tutelares. En ese contexto la pena no es un instrumento de tutela de bienes jurídicos, sino un recurso simbólico o de engaño(270).

Frente a ello, es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del DP, en concreto con los fines de la pena(271) que, a mi entender, están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de prevención especial y el principio de proporcionalidad(272). En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente.

(267) MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". Págs. 162, 166 Y sgte.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Ci!. Pág. 267, este autor pone de manifiesto que, además del merecimiento de pena y necesidad de pena, se requiere que el bien jurídico sea susceptible de ser protegido penalmente, aunque reconoce que dicha exigencia puede entenderse incluida en el concepto de necesidad de pena, pág.289, nota N2 451.

(268) MARINUCCI, Giorgio. "Problemi della riforma del diritto penal e in Italia". En: Diritto penale in trasformazione. Giuffrè. Milano, 1985. Pág. 365.

(269) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. Op. Ci!. Pág. 289, expresa que el bien jurídico requiere además la necesidad de protección penal y que esta sea satisfactoria en términos de utilidad social general, lo que no ocurre si la tutela puede dispensarse eficazmente a través de los medios no penales de control y por ende menos lesivos, debiendo observarse los principios de subsidiaridad, última ratio e intervención mínima.

(270) HASSEMER, Winfried. "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos". En: Pena y Estado. N2 1, sep-dic. Barcelona, 1991. Págs. 23 y sgtes.

(271) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". Págs. 27 y sgtes.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "La autoría en Derecho Penal". Págs.82,611 Y sgtes.

(272) ROXIN, Claus. "Strafrecht!. Allgemeiner Teil". Tomo 1. §3/15a y 23/IV3; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Págs. 7-10.

En conclusión, si se entiende el bien jurídico-penal como un interés merecedor y necesitado de protección penal, es posible relajar la tensión entre garantismo y eficacia que subyace a los principios rectores del ius puniendi⁽²⁷³⁾, y contar con un baremo idóneo en los procesos de criminalización y descriminalización que operan en el DP contemporáneo. Como corolario, las pretensiones de una orientación puramente funcional del DP pueden ser contradichas desde el estado actual de la dogmática. De lo contrario, con la erradicación de la teoría del bien jurídico-penal, la dogmática quizás perdería "el último apoyo que le queda para la crítica del DP positivo"⁽²⁷⁴⁾.

IV. Perspectivas de reforma del artículo IV del Código Penal peruano Mediante la Ley NQ 27837 de 4 de octubre de 2002 se creó la Comisión Especial Revisora del CP peruano de 1991, encargada de elaborar una propuesta de reforma del CP y la legislación complementaria, y de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tras su instalación en febrero de 2003, la Comisión enfrentó como primera tarea el análisis del Título Preliminar del CP en orden a establecer las posibles reformas que permitan reforzar la vigencia de estos principios generales del DP peruano.

Se debatió intensamente las posibilidades de reforma del artículo IV del CP, que consagra el principio de lesividad bajo la regla: "La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Dicho texto tuvo como fuente directa el artículo 4 del CP colombiano de 1980, según el cual: "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

Ahora bien, la doctrina colombiana que interpreta esta norma y su equivalente en el CP colombiano de 2000⁽²⁷⁵⁾, considera unánimemente que la expresión "lesión o puesta en peligro", idéntica a la que utiliza el CP peruano, hace referencia únicamente a la lesión o puesta en concreto peligro del bien jurídico⁽²⁷⁶⁾. Así, en estricto, no se incluye en estas categorías el peligro abstracto, en donde no se aprecia la "puesta en peligro" de un bien jurídico como resultado del comportamiento del autor, sino un simple comportamiento con idoneidad lesiva en el que no se observa un resultado peligroso, de concreto o efectivo peligro⁽²⁷⁷⁾. Así lo estableció además la Sentencia de la Corte

(273) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Prólogo, en RODAS MONSALVE, Julio César. Op. Cil. Pág. 2.

(274) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y control social". Fundación Universitaria. Jerez de la Frontera, 1985. Pág. 28.

(275) El CP colombiano de 2000 mantiene la estructura de la fórmula anterior en el artículo 11: "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal".

(276) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis. Bogotá, 2002.

Págs. 53 y sgte.; TOCaRA, Fernando. "Principios penales sustantivos". Temis. Bogotá, 2002. Pág. 147.

Constitucional colombiana C-430 de 12 de setiembre de 1996(278).

La doctrina peruana que interpreta el artículo IV del CP no suele ser concluyente en torno a sus alcances(279), aunque ya desde la similar fórmula del Proyecto de CP de marzo-abril de 1986, se ha venido considerando igualmente que la expresión "lesión o puesta en peligro" no incorpora el peligro abstracto(280). Interpretación que concuerda con el sentido mayoritario de la doctrina hispana cuando, al explicar los alcances de la expresión "que pongan en peligro" del artículo 347 bis del CP español derogado, consideró que la fórmula contemplaba solo un supuesto de peligro concreto(281).

! Pero aunque generalmente se parte de la crítica a los delitos de peligro abstracto de la parte especial como supuestos no adecuados al principio de lesividad del artículo IV TP(282), de ello no se deduce consecuencias para el sistema legislativo. Así, se dice que los delitos de peligro abstracto son inconvenientes, no respetan la lesividad, etc., pero nadie concluye que deban erradicarse del sistema jurídico o que merecen ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional inaplicados por el juez penal mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas. Tampoco la Corte Suprema o el propio Tribunal Constitucional han señalado hasta el momento, con efectos vinculantes, que el principio de lesividad tiene asidero constitucional al extremo de hacer excesivo el recurso a la pena cuando no se aprecia la lesión o peligro para el bien jurídico.

De esta forma, se tiene que nuestro sistema penal parece operar con una seria contradicción. Por una lado, la legislación contiene múltiples delitos de peligro abstracto, muchos de ellos gestados en la época de la codificación, como el delito de contaminación de aguas, y otros de origen moderno, ligados a la criminalidad organizada como los delitos de posesión de armas, terrorismo o tráfico de drogas, o vinculados a la actividad empresarial como se aprecia en los delitos económicos, por ejemplo el delito contable del artículo 5 del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria. De otra parte, se tiene una doctrina contraria al uso del peligro abstracto y una norma en la parte general (artículo IV) que

(277) Antes bien, NAVARRO CARRILLO, John Albert. "Estudio de los principios generales del Título Preliminar del Código Penal". Gráfica Suárez. Lima, 2002. Pág. 85, parece considerar que el artículo IV del CP permite sancionar indistintamente el peligro concreto y el peligro abstracto.

(278) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cito Pág. 53.

(279) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 3ª edición. Lima, 2001. Págs. 31-34, 67.

(280) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986". En: Anuario de Derecho Penal. 1988. Pág. 26.

(281) Así, ampliamente, CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación". Págs. 586 y ss.

(282) Así por ejemplo, PRADO SAIDARRIAGA, Víctor. "Comentarios al Código Penal". Alternativas. Lima, 1993. Pág. 31.

establece que en los delitos de peligro abstracto no debe imponerse una pena ("la pena necesariamente precisa").

Conforme a estos argumentos, la Comisión Especial Revisora del CP se enfrentó a la alternativa de no plantear la reforma del artículo IV, en cuyo caso se habría pasado por alto esta contradicción del sistema que podría motivar pretensiones de inconstitucionalidad, deficiencias de legalidad, etc. Descartada esta opción, y conforme a la ponencia de la representación del Poder Judicial que me correspondió sustentar, la Comisión decidió proyectar la reforma del artículo IV conforme a tres presupuestos. En primer término debía reconocerse los delitos de peligro abstracto como supuestos punibles en nuestro ordenamiento, como ya acontece en la realidad. En segundo lugar, debía establecerse su uso excepcional, como una aspiración del sistema que deberá tomar en cuenta el legislador y el interprete.

Finalmente, y en tercer lugar, la Comisión decidió establecer las condiciones mínimas del peligro abstracto, mediante una fórmula general que recoja el estado actual de la doctrina comparada, sin ingresar en mayores determinaciones dogmáticas. La utilidad de una fórmula tal sería indiscutible, serviría como límite para la aplicación de tipos penales descritos como simples fórmulas de mera actividad o delitos formales, en los que en apariencia no es necesario que la idoneidad lesiva del comportamiento se manifieste. Asimismo, especialmente en el terreno del Derecho Penal económico, y en general en todo sector en el que la tutela de bienes opere mediante el sistema penal y el administrativo sancionador, se contaría con un criterio cualitativo de delimitación entre la infracción penal y la infracción administrativa. Ello a su vez permitiría resguardar el principio de ne bis in idem que ya reconoce expresamente el artículo 230.10 de la Ley NQ 27444 del Procedimiento Administrativo General.

Sobre estas consideraciones, la sub-comisión de Parte General de la Comisión Especial Revisora del CP planteó para el debate la fórmula siguiente: "La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; o, excepcionalmente, un comportamiento idóneo para producir dicho estado de peligro". Tras el debate respectivo, esta propuesta fue revisada y definitivamente aprobada por la Comisión, por mayoría absoluta, en la sesión de 19 de mayo de 2003, con el texto siguiente: "Artículo IV.- La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionarán comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico",

DOCTRINA

ACOSTA ESTEVES, José B. "Tutela procesal de los consumidores". Bosch. Barcelona, 1995. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión del deber? Ad-Hoc. Buenos Aires, 2003. ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales. CEC. Madrid, 1993. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución". En: Cuadernos de Política Criminal. N2 43 (1991). AMELUNG, Knut. "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft". Frankfurt a.m. Athenäum 1972.

ANGIONI, Francesco. "Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico". Giuffrè Milano, 1983. ANIYAR DE CASTRO, Lola. "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso". En: Cuadernos de Política Criminal. W 14. (1981). ARMENTA DEU, Teresa. "Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España". PPU. Barcelona, 1991. ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución". En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. N2 1, agosto (1987). BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal español 11: el hecho punible". Madrid, 1985.

BARATTA, Alessandro. "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica". Traducción de García-Méndez y Sandoval Huertas. En:

Cuadernos de Política Criminal. N2 24. (1984). BARATTA, Alessandro. "Criminología crítica y crítica del Derecho Penal". Siglo XXI. México, 1986. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Praxis. Barcelona, 1996. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Luis ARROYO ZAPATERO. "Manual de Derecho Penal. Parte General 1. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal". Praxis. Barcelona, 1994. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos humanos y Derecho Penal". En: Estudios Penales y Criminológicos. N2 XI (1988).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado". En: Terradillos Basoco (ed.). El delito ecológico. Trotta. Madrid, 1992. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General". En: Revista del Foro Canario. N2 87 (Las Palmas de Gran Canaria 1993). BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico". Versión dactilográfica. Salamanca, 1990. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El delito de lesiones". Ediciones Universidad de Salamanca. 1982. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Honor y libertad de expresión". Tecnos. Madrid, 1987. BIRNBAUM, J. M. F. "Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkrankung". En: Archiv des Criminalrechts. Nueva edición. T 15 (1834). BOLADERAS, Margarita. "Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos". Tecnos. Madrid, 1996. BOTTOMORE, Tom B. "Introducción a la Sociología". Ediciones Península Barcelona. 10ª edición. 1989. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. "Los principios rectores del nuevo Código Penal". En: Derecho. N2 46, dic. Lima, 1992. BRICOLA, Franco. "Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi". En: LOC. Anno 11. N2 1, gennaio-aprile. (1976). BRICOLA, Franco. "Teoria

generale del reato". Separata de Novissimo Digesto italiano. Torino, 1973.

BUJOSA V ADELL, Lorenzo. "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo". Bosch. Barcelona, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Consideraciones en torno al injusto penal". En: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis. Bogotá, 1982.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos". En: Control social y sistema penal. PPU. Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel. 3ª edición. Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée. PPU. Barcelona, 1994.

CALLIESS, R. P. "Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat". Frankfurt, 1974.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito". En: Montealegre Lynett (coordinador). El funcionalismo en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales". Tirant lo Blanch. 2ª edición. Valencia, 1996.

CARO CORIA, Carlos. "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real". En: Thémis. N2 27-28 (1994).

CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación". Gráfica Horizonte. Lima, 1999.

CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel. "Constituciones extranjeras contemporáneas". Tecnos. 3ª edición. Madrid, 1994.

CASCAJO CASTRO, José Luis. "La tutela constitucional de los derechos sociales". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.

CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002.

CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Teoría jurídica del delito. Tecnos. 2ª reimpresión de la 1ª edición. Madrid, 1993.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "La autoría en Derecho Penal". PPU. Barcelona, 1991.

DURKHEIM, Emile. "De la division du travail social". París, 1893.

ESCRIVÁ GREGORI, José M. "Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución". En: Papers. N2 13 (1980).

ESCRIVÁ GREGORI, José María. "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976.

ESER, Albin. "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima". En: Revistá Peruana de Ciencias Penales. N2 6. Lima, 1998.

FEDERICI, Renato. "Gli interessi diffusi. 11 problema della loro tutela nel diritto amministrativo". Cedam. Padova, 1984.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995". Colex. Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. Dolores. "Los límites dellus Puniendi". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1994).

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Dogmática de los derechos de la persona en la CE de 1978 y su interpretación por el TC".

En: Derecho. N2 48, dic. (Lima 1994). FERRAJOLI, Luigi. "El Derecho Penal mínimo".

En: PC. (1986). FERRAJOLI, Luigi. "11 diritto penale minimo", en DDDP. N2 3 (1985).

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón". Traducción de Andrés Ibáñez y otros. Trotta.

Madrid, 1995. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal". Praxis. Barcelona, 1988. FIAN DACA, Giovanni. "11 'bene giuridico' come problema teorico e come problema criterio di politica criminale". En: Diritto penale in trasformazione. Giuffré. Milano, 1985. FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo". En: Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice. Franco Angeli. Milano, 1987. GARCÍA AÑÓN, José. "Los Derechos Humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez". En: Derechos Humanos. Tecnos. Madrid, 1992. GARCIA CAVERO, Percy. "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación". Bosch. Barcelona, 1999. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Civitas. 2ª edición. Madrid, 1982. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*". En: Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero. Universidad de Córdoba, 1996. GEMMA, Gladio. "Diritto costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire". En: Diritto e Società. N2 3 (1986).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En:

Estudios de Derecho Penal. Civitas. Madrid, 1976. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel.

"Sobre la teoría del 'bien jurídico' (aproximación al ilícito penal)". En: Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. N2 69 (1983). GONZÁLEZ RUS, Juan José. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1982). GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)". Fundación Juan March.

Madrid 1983. GONZÁLEZ RUS, Juan José. "Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal". Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1986. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M^{ra}. Luz. "Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos). Ministerio de Justicia.

Madrid, 1991. HABERMAS, Jürgen. "Teoría de la acción comunicativa". 2 Vols. Taurus.

Madrid, 1987. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. HASSEMER, Winfried. "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos". En: Pena y Estado. N2 1, sep-dic. Barcelona, 1991. HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". En: Doctrina Penal. Año 12 (1989). HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrático". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1984). HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)". PPU.

Barcelona, 1991. HURTADO POZO, José. "Derechos Humanos, bien jurídico y Constitución".

En: Anuario de Derecho Penal. Lima, 1995. HURTADO POZO, José. "La interpretación de la ley en el Derecho Penal". En: Derecho. N2 32. 1974. HURTADO POZO, José.

"Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. Lima, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. 2ª edición. Madrid, 1995 (2ª edición en español corregida, 1997). JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes o la vigencia de la norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. JAKOBS, Günther.

"Estudios de Derecho Penal. Traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá. Civitas. Madrid, 1997. JAKOBS, Günther. "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá y Peñaranda Ramos. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996. JAKOBS, Günther. "La imputación objetiva". Traducción de Cancio Meliá. Civitas. Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Civitas. Madrid, 1996. JESCHECK, Hans-Heinrich. "Rasgos fundamentales del movimiento internacional del Derecho Penal". En: Mir Puig (director). La reforma del Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona. 1980. KLUG, Ulrich. "Juristische Logik. Berlin-Heidelberg-New York 1982. Lógica jurídica". Traducción de J. C. Gardella. Bogotá, 1990. KLUG, Ulrich. "Problemas de Filosofía del Derecho". Traducción de Garzón Valdés. Sur. Buenos Aires, 1966. LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. "Derecho Penal. Parte General". Tecnos. 5ª edición. Madrid, 1996. LAURENZO COPELLO, Patricia. "El resultado en Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. LESCH, Heiko H. "Intervención delictiva e imputación objetiva". Traducción de Sánchez-Vera.

Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1994. LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel. "La protección procesal de los intereses difusos". Rufino García Blanco. Madrid, 1983. LUHMANN, Niklas. "Rechtssoziologie". I y 11. Rowohlt Taschenbuch GmbH.

München, 1972. LUHMANN, Niklas. "Sistema jurídico y dogmática jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1993). LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". 1. Universitas. Madrid, 1996. MANTOVANI, Ferrando. "El principio de offensivita del reato nella costituzione". En: Scritti in onore de C.

Mortatí. Vol IV. Milán, 1977. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto penale. Parte generale".

Cedam. Padova, 1979. MARINUCCI, Giorgio. "Problemi della riforma del diritto penale in Italia". En: Diritto penale in trasformazione. Giuffrè. Milano, 1985. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. "El principio de intervención penal mínima". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1987. MARX, Michael. "Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'".

Carl Haymanns. K61n, 1972. MERTON, Robert. "Teoría y estructura sociales". Fondo de Cultura Económica. México, 1984. MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi". En: El Derecho

Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ariel. Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. "El objeto del delito". En: Enciclopedia Jurídica. Tomo XVII. Seix. Barcelona, 1982.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª ed. Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método". Bosch. Barcelona, 1976.

MONTANO, Pedro J. "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal". En: Actualidad Penal. Vol 1 (1997).

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Marcial Pons. Madrid, 1996.

MUGUERZA, Javier. "En torno a la lógica de la falacia naturalista". En: Teoría y sociedad. Homenaje al Profesor Aránguren. Ariel. Barcelona, 1970.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y control social". Fundación Universitaria.

Jerez de la Frontera, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo". Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción al Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1975.

NAVARRO CARRILLO, John Albert. "Estudio de los principios generales del Título Preliminar del Código Penal". Gráfica Suárez. Lima, 2002.

NINO, Carlos S. "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos". En: Doctrina Penal (1989).

NOVOA MONREAL, Eduardo. "El Derecho como obstáculo al cambio social". Siglo XXI Editores. 4ª edición. México D. F., 1980.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. "Sobre el concepto de Derecho Penal". FDUCEM. Madrid, 1981.

PARSONS, Talcott. "La estructura de la acción social". Tomos I y II. Guadamarra. Madrid, 1968.

PARSONS, Talcott. "El sistema social". Traducción de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez 2ª edición.

Alianza Editorial. Madrid, 1984.

PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos". En: Barbero Santos, Marino (editor). La reforma penal. Los delitos socioeconómicos. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1985.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General del Derecho Penal". Tomo 1. Grijley. Lima, 1995.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. "Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación". Praxis Barcelona, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Los derechos fundamentales". Tecnos. 2ª edición. Madrid, 1986.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. "El bien jurídico en Derecho Penal". Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En: Cuadernos de Política Criminal. N2 39 (1989).

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Comentarios al Código Penal". Alternativas. Lima, 1993.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Todo sobre el Código Penal. Notas y comentarios". Tomo 1. Idemsa. Lima, 1996.

PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el PCP 80". En: Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria. Tomo II. Bosch. Barcelona, 1983.

PULITANÓ, Domenico di. "La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione". En: LOC. N2 1 (1981).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Delitos contra los intereses generales o derechos sociales". En: Revista Facultad de Derecho.

Universidad Complutense de Madrid (1983). QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de Morales Prats y Prats Canuto Cedecs. Barcelona, 1996. REYES ALVARADO, Yesid. "Imputación objetiva". Temis. 2~ edición. Santa Fe de Bogotá, 1996. RODAS MONSALVE, Julio César. "Protección penal y medio ambiente". PPU. Barcelona, 1994. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español. Parte General". Dykinson. 18~ edición. Madrid, 1995. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. "Derecho Penal español. Parte General". 2~ edición. Madrid, 1971. RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. "Teoría y práctica del Derecho Constitucional". Tecnos. Madrid, 1996. ROLDÁN BARBERO, Horacio. "Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales". Universidad de Córdoba, 1992. ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". En: Doctrina Penal. N22 (1979). ROXIN, Claus. "Política criminal y sistema del Derecho Penal". Traducción de Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1972. ROXIN, Claus. "Problemas básicos del Derecho Penal". Traducción de Luzón Peña. Reus. Madrid, 1976. RUDOLPHI, Han-Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico". En: Nuevo Pensamiento Penal. Año 4 (1975). SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1993). SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Gráfica Horizonte. Lima, 1999. SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di 'interessi difusci". En: LQC. W 1 (1975). SCHAFFSTEIN. "Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht". En: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Reinhardt Schmidt. T 1. Leipzig, 1936. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General". Bosch. Barcelona, 1996. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo". En: Actualidad Penal. Volumen 1 (1996). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Normas y acciones en Derecho Penal". Hammurabi. Buenos Aires, 2003. STRATENWERTH, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Edersa. Madrid, 1982. STRATENWERTH, Günter. "Acción y resultado en Derecho Penal". Traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer. Hammurabi. Buenos Aires, 1991. TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal". En: Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. N2 63. (1981). TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero. En: Revista española de Derecho Constitucional. N2 33, sep-dic. (1991). TOCORA, Fernando. "Principios penales sustantivos". Temis. Bogotá, 2002. URQUIZO OLAECHEA, José. "El bien jurídico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N26 (1998). VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Las

normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986". En: Anuario de Derecho Penal. 1988. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Temis. 31 edición. Santa Fe de Bogotá, 1997. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis. Bogotá, 2002. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1993. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 2ª edición. Lima, 1997. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 31 edición. Lima, 2001. VIVES ANTÓN, Tomás. "Fundamentos del sistema penal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política criminal". Traducción de Izquierdo Macias-Picavea. Edersa. Madrid, 1979. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público". PPU. Barcelona, 1993.

JURISPRUDENCIA

"El ilícito penal contenido en el artículo 299 del Código Penal vigente, referido a la tenencia ilegal de arma de fuego, constituye un delito de peligro abstracto en el cual se presume que el portar ilegítima mente un arma de fuego implica : de por sí un peligro para la seguridad pública, sin ser necesario verificar en la realidad, si se dio o no tal resultado de peligro".
(Ejecutoria Suprema 03/11/94. Exp. 647-94. Amazonas).

"No se puede penalizar drásticamente los delitos denominados bagatela por su mínima afectación del bien jurídico; pero si es el caso, no se exime de alguna responsabilidad administrativa".
(Ejecutoria Suprema 17/07/2002. Exp. 1970-2001. Apurímac).

"Que, la posesión de cartuchos de dinamita, que se encuentran en mal estado de conservación y funcionamiento, por la descomposición de sus componentes, encontrándose inactivos para su funcionamiento, no crea peligro común para el bien jurídico protegido por la ley penal; por lo que no se cumple la exigencia del artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 21106/02. Exp. 2636-2001. Lima. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"El Título Preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas, consagrando entre ellos el de lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Si bien se advierte que los acusados han tenido participación de la confección del certificado médico expedido por la acusada; cierto es también que no se ha establecido que el documento cuestionado haya sido usado para justificar las inasistencias al centro laboral como era su propósito, no existiendo en consecuencia perjuicio para los intereses del Estado".

(Resolución Superior 29/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.25-98-8).

"El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo".

(Ejecutoria Suprema 20/04/99. Exp. 668-99. Lima. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 30).

"Para la configuración del delito se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídicopenal, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del delito".

(Resolución Superior 211 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 547-95. Caro Caria. Pág. 96).

"Es condición sine qua non para la imposición de una sanción que se establezca indubitadamente la comisión del delito, la responsabilidad penal del procesado, así como como lo que doctrinalmente se conoce como la declaración de certeza del ilícito penal".

(Resolución Superior III Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Ucayali. Exp. 422-92. Caro Coria. Pág. 96).

"Atendiendo a la finalidad de la sanción punitiva de las conductas humanas típicas, antijurídicas y culpables, y de la prevención de delitos como medio protector de la sociedad y de la persona humana, el juzgador al momento de aplicar la norma sustantiva debe estar plenamente convencido de haber encontrado certeza legal en la responsabilidad de los procesados, logrando así que su fallo plasme los principios de necesidad, legalidad, lesividad y responsabilidad".

(Ejecutoria Suprema 31/03/98. Exp. 007-98. Madre de Dios. Rojas Infantes. Pág. 41).

"Los tipos de peligro abstracto han sido proscritos de nuestro ordenamiento penal, en función del principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal".

(Resolución Superior SP-CSJ Camaná-Arequipa. Exp. 90-080-04-0401-JXP. Caro Coria. Pág. 97).

"En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, que el sujeto pasivo haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo".

(Ejecutoria Suprema 05/08/99. Exp. 2529-99. Huánuco. Caro. Pág. 97).

"Para la configuración de un delito, se requiere necesariamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, siendo esta consecuencia, requisito sine qua non para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imponer una sanción sin la verificación del mismo".

(Expediente 1482-96 de 30/10197. Caro Coria. Pág. 132).

"La pena debe enmarcarse dentro de los principios de lesividad y proporcionalidad recogidos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, siguiendo los lineamientos que establecen los artículos 45 y 46 del Código acotado y atendiendo a un análisis crítico-jurídico de la prueba aportada en razón del grado de responsabilidad del justiciable".

(Ejecutoria Suprema 18/04/99. Exp. 430-99. Huánuco. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 31).

"Si bien la procesada ha hecho uso del documento público falsificado, también es cierto que no se ha establecido que con tal conducta haya ocasionado perjuicio alguno o que la inculpada se haya agenciado del mismo con la intención de causar perjuicio, no concurriendo la exigencia prevista en el artículo cuano del Título Preliminar del Código Penal, esto es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos".

(Resolución Superior 20/05/98. Exp. 132-98).

GARANTÍA JURISDICCIONAL

ARTICULO V

Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. art 309

C. arts. 2.24.d, 138, 139.1, 139.3, 139.10, 139.19, 173

C. P. arts.II, VI, VIII, IX, 28, 45, 46, 71, 73

C. de P.P. arts.9, 10, 11, 17

C. T. art 189

L.O.P.J. art 1

P.I.D.C.P. arts.2.3.b

Comentario

César San Martín Castro

I. Introducción

1. El Código Penal de 1991, como se sabe, al introducir un Título Preliminar, lo hizo en el entendido de instituir normas de directo desarrollo constitucional -que la Exposición de Motivos calificó de "principios garantistas"-, con una clara vocación expansiva hacia toda la legislación penal (artículo X del Título Preliminar del Código Penal), y que deben guiar la labor del legislador y del órgano jurisdiccional, así como de la doctrina científica(1).

Una de las garantías básicas del ordenamiento punitivo es la denominada "garantía jurisdiccional", cuya sanción suprema pocos años después tuvo lugar en el artículo 139.10 de la Constitución Política de 1993.

- (1) Se trata, en buena cuenta, como apunta Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, de "verdades fundantes" o de "principios generales del Derecho Penal", que vista su positivización están dotados de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete y para el juez, más aún si -decimos nosotros- ostentan rango constitucional por derivar directamente de la Ley Fundamental. Señala el autor que las normas que lo integran son, en buena cuenta, axiomas fundamentales que permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídicas, posibilitan la construcción de un cuerpo de doctrina con un elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, y sirven tanto para crear el derecho cuanto para interpretarlo o integrarlo con un alto grado de objetividad (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Temis. Bogotá, 1997. Págs. 256 y sgte.). En igual sentido, Raúl PEÑA CABRERA califica -siguiendo el esquema colombiano- de "normas rectoras" -compiladoras de los grandes principios del Derecho Penal contemporáneo y equivalentes a la Constitución de la política criminal del Estado- a las incluidas en el Título Preliminar, las cuales, al sustentar el sentido, finalidad y legitimidad de la legislación penal, cumplen una doble función: la primera, por su carácter vinculante al juez y al intérprete, son de obligatorio cumplimiento; y, la segunda, fija la construcción dogmática del delito, al determinar los "límites intranspasables" del sistema represor (PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Editorial Grijley. Lima, 1999. Págs. 8 y sgte.).

El contenido de dicha garantía abarca todo el ámbito de la respuesta punitiva del Estado. La garantía jurisdiccional-ahora norma procesal constitucionalizada-, incorpora el principio de necesidad del proceso penal, que se traduce en la expresión latina: *nemo damnetur nisi per legale indicio*. Estatuye la Constitución: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial". Como es evidente, (1) la pena o, más ampliamente, la sanción penal [el sistema bipartido impuesto por el Código Penal, conforme al artículo IX del Título Preliminar y numerales 28 y 71, exige tal configuración], requiere (2) de una sentencia, que es la culminación (3) del proceso declarativo de condena.

La regla ordinaria -el artículo V del Título Preliminar del Código Penal-, a su vez, agrega, primero, la exigencia de juez competente y, segundo, la necesidad de una ley que regule el proceso penal orientado a esclarecer la comisión de un hecho punible y, en su caso, decidir si debe punirse a una persona por la comisión de una infracción punible.

2. Es particularmente importante precisar, como lo hemos hecho, la fuente constitucional, pues desde ya en nuestro ordenamiento jurídico, por lo menos formalmente, y creo esencialmente, la garantía jurisdiccional no puede deducirse del principio de legalidad penal, anclado como derecho constitucional de carácter material de la persona en el artículo 2.24.d) de la Ley Fundamental, en tanto que, como apunta BRAMONT-ARIAS TORRES, tal principio solo permite sostener que la principal fuente del Derecho Penal es la ley -principio de reserva de ley-, la cual debe cumplir tres requisitos: debe ser escrita, previa y estricta(2).

En efecto, un sector de la doctrina española, incluso la jurisprudencia constitucional, del dato cierto que en la Constitución de ese país no existe una norma como la nacional, ha considerado pertinente deducirla del principio de legalidad, concepto extensivo que incluso ha sido utilizado para incorporar otra noción distinta como es el *ne bis in idem* material(3), que en nuestra Ley Fundamental igualmente tiene norma expresa, como es el artículo 139.13.

Señala a este respecto MIR PUIG, sin mayores referencias, que el principio de legalidad, en cuanto exigencia de seguridad jurídica y garantía política, comprende cuatro aspectos: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional o judicial y garantía de ejecución.(4) En igual sentido se pronuncia GÓMEZ COLOMER, siguiendo a Vives Antón; acota el primer autor que: "La evolución moderna de este principio demuestra que bajo su expresión amplia o general se esconde a su vez cuatro subprincipios o garantías básicas de gran trascendencia: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional

(2) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal, Parte General". 2ª edición, Eddili. Lima, 2002. Pág. 82.

(3) GARCÍA RIVAS, Nicolás. "El poder punitivo en el Estado Democrático", Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 1996. Págs. 76 y sgte.

(4) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 3ª edición. Barcelona, 1990. Pág. 84. Estas dos últimas garantías, se expresarían normativa mente en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código del Penal.

y garantía en la ejecución"(5).

Responde, con razón, LUZÓN PEÑA que aunque a la garantía jurisdiccional se le suele considerar una última derivación del principio de legalidad, lo cierto es que es una garantía autónoma, derivada del Estado de Derecho y de sus principios de división de poderes, seguridad jurídica y tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, y que naturalmente existe también en sistemas penales de Estados de Derecho, pero no regidos por el principio de legalidad penal, como en los sistemas angloamericanos(6).

Desde esta perspectiva no creo que sea correcto sostener, como lo hace VILLA STEIN(7), que el principio de legalidad se materializa cuando en 'el plano procesal solo se acepta que las penas o medidas de seguridad sean impuestas por jueces conforme a ley. La exigencia del juicio previo y que sean jueces legales quienes declaren la culpabilidad o, en su caso, la peligrosidad de una persona y, sobre esa base, impongan la sanción penal pertinente, es independiente de la concreta estructura legal material, de los principios o reglas sobre las que ella se desarrolla. Sustancialmente los criterios normativos que sirven al juez para decidir un conflicto jurídico no determinan quién juzga y cómo debe hacerla, solo le dicen al juez en el marco de un proceso -que es el contenido unívocamente aceptado de una norma típicamente procesal- que para sancionar penalmente a una persona debe tomar en cuenta determinados parámetros jurídicos, de derecho material.

3. Evidentemente en la base de esta discusión subyacen las diferencias entre norma material y norma procesal, así como las relaciones entre Derecho Penal material y Derecho Procesal Penal. Sin duda alguna el analizado artículo V del Título Preliminar del Código Penal es una norma procesal y, como tal, pertenece al ámbito del Derecho Procesal Penal. Su ubicación, por tanto, si se quiere ser estricto, no debe estar en el Código Penal, sino en el Código Procesal Penal, para el que cuenta con norma constitucional expresa. Desde el punto de vista de su contenido, siguiendo a CORDÓN MORENO, las normas procesales son aquellas destinadas a la protección jurisdiccional de los derechos, afectando a los órganos y sujetos del proceso, actos, relaciones y

(5) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "Constitución y Proceso Penal". Tecnos. Madrid, 1996. Págs. 66 y 68.

(6) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1995. Pág. 135.

(7) VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Pág. 105.

situaciones procesales, requisitos y efectos que se observan dentro de aquel por el juez y por las partes para proceder; mientras que las normas materiales son aquellas que regulan los derechos subjetivos, intereses y situaciones tuteladas por el derecho objetivo, relaciones que con ellos se constituyen, su ejercicio extraprocesal, sujetos y objetos de las mismas(B). No cabe duda que si la norma en 'comento estatuye que la sanción penal es impuesta por el juez y en la forma prevista por la ley, define un ámbito de actuación judicial y reconoce derechos a los ciudadanos, le dice quién y cómo debe sancionarse -según la ley- a una persona. No identifica una conducta, tampoco prevé una sanción, menos fija reglas para la punibilidad, ni se refiere al complejo del hecho típico.

A su vez, en palabras de ROXIN, el Derecho Penal establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho; y, el Derecho Procesal Penal representa la síntesis del conjunto de las normas que sirven a la regulación jurídica de un procedimiento con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley(9). Así las cosas, el proceso penal se erige en un instrumento esencial de la efectividad del Derecho Penal y, paralelamente, el fuerte interés público que ello conlleva determina un conjunto de exigencias que es del caso desarrollar(10) y que, parcialmente, reconoce el citado artículo V del Título Preliminar del Código Penal.

II. Contenido

1. Ámbito general

A. La "garantía jurisdiccional" está dotada de un contenido muy preciso. Siguiendo a GIMENO SENDRA, es de decir que el artículo V del Título Preliminar del Código Penal, muy parecido por cierto al artículo 1 de la Lecrim

(8) CORDÓN MORENO, Faustino. "Introducción al Derecho Procesal". Eunsa. Pamplona, 1995. Págs. 20 y sgte. (9) ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Del Puerto. Buenos Aires, 2000. Págs. 1 y sgte. En esta misma concepción, Hans-Heinrich JESCHECK apunta que el Derecho Procesal Penal sirve a la realización del Derecho Penal material, determina las fronteras de las competencias jurisdiccionales de los órganos de persecución penal y se dirige, mediante una resolución firme, a la restauración de la paz jurídica perturbada; además previene que a causa de su relación con el delito, muchas instituciones no han sido adecuadamente calificadas como procesales, y su regulación -incluso por razones históricas- se abordó en el Código Penal (JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la S^a edición alemana de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. Pág. 18).

(10) Parcialmente conforme, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés et al. "Derecho Procesal Introducción". Ceura. 2^a edición. Madrid, 2002. Pág. 29.

española, contempla tres derechos que le han de asistir a todo procesado imputado: a) en primer lugar, el derecho a la legalidad procesal o a ser juzgado de conformidad con las disposiciones de la Ley procesal penal; b) en segundo lugar, el derecho a ser exclusivamente condenado mediante sentencia [imposición de sanciones penales, lo que se concuerda en sede nacional con el artículos 280 y 285 del Código de Procedimientos Penales de 1940]; y c) el derecho al juez legal o a que dicha sentencia sea dictada por juez competente o predeterminado por la ley(11).

2. Legalidad procesal

A. La legalidad procesal significa que todo ciudadano tiene el derecho, cuando se le impute la comisión de una infracción punible, de ser juzgado de conformidad con el procedimiento penal judicial adecuado y previsto en la ley.

A diferencia de otros derechos materiales, como recuerda ARMENTA DEU, el Derecho Penal solo puede aplicarse jurisdiccionalmente, esto es por, por jueces y tribunales o cortes a través de un proceso: nulla poena, sine praevio process(12). La fuente normativa del proceso penal es la ley. Al respecto, la exigencia de legalidad o de norma con rango de ley que regule la potestad jurisdiccional está reconocida, a un nivel genérico, por el artículo 138, I Párrafo, constitucional [la potestad jurisdiccional "... se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes"]. Más específicamente o en ámbitos más concretos, varias normas constitucionales se pronuncian sobre el particular exigiendo ley expresa: (1) el 11 párrafo del artículo 139.3 de la Ley Fundamental, consagra la exigencia de que no se puede desviar a una persona de la jurisdicción predeterminada por la ley y, principalmente, que el procedimiento debe ser el establecido por la ley; (2) el artículo 139.4 constitucional establece que las excepciones a la publicidad del proceso se establece por ley, así como el artículo 139.16 de la Norma Suprema hace lo propio respecto a la gratuidad de la justicia; (3) el artículo 141 de la Constitución fija la competencia impugnatoria de la Corte Suprema de Justicia, pero a su vez dispone que su concreta regulación se hace por ley; y, (4) la limitación de los derechos fundamentales, que en buena cuenta se lleva a cabo con profunda intensidad en el proceso penal, requiere ley expresa que establezca esa posibilidad y desarrolle el procedimiento y garantías de su imposición, tal como se precisa taxativamente en los siguientes artículos de la Constitución: 2.5, 11 Párrafo; 2.10; 2.24, b); y, 2.24, g).

B. El principio constitucional de legalidad procesal expresa, en consecuencia, de un lado, que el procedimiento a través del cual se juzgue a una persona debe estar previsto en la ley, y de otro lado, que la jurisdicción debe estar

(11) GIMENO SENDRA, Vicente et al. "Los Procesos Penales". Tomo 1. Bosch. Barcelona. Pág. 17.

(12) ARMENTA DEU, Carmen. "Lecciones de Derecho Procesal Penal". Marcial Pons. Madrid, 2003. Pág. 31.

predeterminada por la ley.

Las normas procesales deben tener rango de ley. Así lo establece la Constitución. Es el Congreso quien debe regular la conducta de los jueces y de los demás participantes procesales, reconocer derechos, imponer cargas y, además, limitar derechos fundamentales en aras del fin de esclarecimiento..

Enseña, al respecto, MAIER (1) que la leyes la única fuente del Derecho Procesal Penal, en tanto que con ello tal principio se refiera al sistema general de creación de normas procesales penales y no, como en materia penal sustantiva, un límite tajante, para el caso, del poder penal del Estado; (2) que la Constitución obliga a que la pena se aplique después de un proceso previo, conforme a las garantías que ella misma exige, y que ese procedimiento debe ser regulado por ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes: una ley debe regular los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos; (3) que de la noción "ley" están excluidos los reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos judiciales y, en general, todo cuerpo de reglas jurídicas subalternas; y, (4) que los reglamentos -en estricto sentido, los emanados de los órganos de gobierno del sistema de justicia, pues los del Poder Ejecutivo no pueden invadir lo judicial por no estar vinculados a su actividad específica- no pueden ser considerados fuentes del Derecho Procesal Penal, aun cuando modernamente están adquiriendo gran importancia en materia procesal, dado que limitan su influencia a ámbitos concretos, básicamente orgánicos, pero en todo caso su obligatoriedad está en su racionalidad y no por su fuerza vinculante perse; además, esos cuerpos normativos no pueden derogar la ley procesal ni establecer condiciones distintas para sus actos, ni cercenar facultades concedidas por la ley, en tanto que su validez está condicionada a que respeten el contenido normativo de la ley, relativa tanto a la organización judicial como al procedimiento(13).

C. En el sistema jurídico peruano la regla es que corresponde al Congreso dar leyes (artículo 102.1 Constitución); y, en lo que se refiere a la regulación de la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como en las materias expresamente previstas por ella, debe tratarse de una ley orgánica (vide artículo 106 de la Constitución)(14). En el caso del Poder

(13) MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal". Tomo 1. 2ª edición. Del Puerto. Buenos Aires, 1996. Págs. 121 y 125.

(14) La Ley Orgánica alude a un plexo normativo que desarrolla el repertorio constitucional, y sus elementos son tres: contenido predeterminado por la Constitución, procedimiento agravado para su aprobación y norma sujeta al criterio de reserva de ley, es decir, que un cierto número precisado, específico y detallado de instituciones o materiales singulares se regulan mediante esa vía legislativa (dr. GARCÍA TOMA, Víctor. "Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993". Tomo 11. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima, 1998. Pág. 307).

Judicial, por ejemplo, la Ley Fundamental establece taxativamente que su regulación debe establecerse por Ley Orgánica (vide artículo 143 in fine de la Constitución); y, en tanto el Ministerio Público es un órgano autónomo de derecho constitucional por conexión con el artículo 106 de la Constitución, la norma que lo regule debe ser ley orgánica.

Se ha hecho mención a las leyes orgánicas, puesto que es opinión común en la doctrina procesalista sostener que las normas procesales [que regulan la aplicación jurisdiccional del Derecho], pueden ser tanto orgánicas cuanto procesalesfuncionales. Las orgánicas, acota VALENCIA MIRÓN, son las que tienen por objeto la constitución de los órganos jurisdiccionales, el régimen jurídico de sus órganos gubernativos, el estatuto personal de los magistrados, las correcciones disciplinarias a los sujetos que intervengan en los distintos actos procesales; mientras que las procesales-funcionales son las que regulan la actividad de los sujetos que intervienen en el proceso, principalmente la actividad del órgano jurisdiccional en relación con las partes(15).

Por otro lado, si bien la ley, en sentido formal, es la emanada por el Congreso con arreglo a sus facultades constitucionales, pues en él reside la atribución legislativa, también existen otras normas que tienen rango de ley, emanadas por el Poder Ejecutivo, como es el caso específico del Decreto Legislativo, previa autorización o delegación del Congreso (vide artículo 104 de la Constitución)(16). Esta delegación legislativa, constitucionalmente autorizada y expresada a través de una ley autoritativa, es lo que permite sostener que es absolutamente legítimo, en nada desmerece el Estado de Derecho, que las normas procesales puedan expresarse a través de Decretos Legislativo, salvo las orgánicas en tanto la propia Constitución las ha excluido de la delegación legislativa.

Al respecto, RUBIO CORREA expresa: "Los decretos legislativos son, para efectos del sistema jurídico, normas con rango de ley equivalentes a las leyes que aprueba el Congreso. Por consiguiente, pueden modificar o derogar las leyes y ser modificados o derogados por ellas. La única diferencia entre ley y decreto legislativo para el Derecho, consiste en que este fue aprobado por el Ejecutivo por delegación de atribuciones"(17).

(15) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. "Introducción al Derecho Procesal". 4ª edición. Comares. Granada, 2000. Pág. 49 Y sgte.

(16) Las normas con rango de ley, dice Marcial RUBIO CORREA, constituyen el segundo rango dentro de la legislación nacional correspondiente al Gobierno Central, inmediatamente debajo de la Constitución, en la que ingresan un conjunto variado de disposiciones, encabezadas por la ley, a la que hay que añadir los decretos legislativos y los decretos de urgencia (RUBIO CORREA, Marcial. "El sistema jurídico. Introducción al Derecho".

Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 8ª edición. Lima, 2001. Pág. 140).

(17) RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo IV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Pág. 201.

D. Finalmente, el artículo 139.3, II Párrafo, en lo pertinente, como ya se anotó, establece que toda persona tiene derecho al procedimiento preestablecido por la ley. Se trata de una regla constitucional izada vinculada parcialmente a la noción de la vigencia de la ley procesal en el tiempo.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en un fallo concreto, ha establecido que este derecho "oo. no supone que en virtud de él hayan quedado constitucionalizadas todas las reglas de procedimiento señaladas por la ley, de modo que cualquier transgresión importe su lesión. Por el contrario, y por lo que al ámbito penal se refiere, este solo garantiza el derecho a ser juzgada conforme a las reglas procesales que se encuentran vigentes al momento de iniciarse la investigación judicial y no por otras que, ad hoc, o modificando las existentes al momento de iniciarse el proceso, pretendan regularlas. El inciso 3) solo garantiza el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previamente establecidos"(18) .

Esta concepción, sin embargo, merece algunas aclaraciones. En efecto, es claro que en materia de ley procesal penal en el tiempo el factor de aplicación no es la relación jurídica material deducida en juicio, sino el propio proceso como tal (los actos procesales, las potestades y situaciones jurídicas procesales); en consecuencia, la predeterminación legal del proceso exige que sus manifestaciones se rigen por la ley procesal vigente al momento de su realización. Desde esta perspectiva, explica ORTELLS RAMOS, (1) no hay vulneración alguna si, iniciado el proceso bajo el imperio de una ley procesal determinada, el mismo deba regirse, a partir de un cierto momento de su realización, por otra ley procesal que haya entrado posteriormente en vigor; y, (2) para que pueda afirmarse la presencia de una retroactividad perniciosa es necesario que los efectos procesales producidos por actos procesales realizados bajo el imperio de una ley procesal dada, queden anulados o modificados por una ley procesal entrada posteriormente en vigor, de modo que la ley nueva extiende "hacia atrás" su eficacia normativa(19).

La citada sentencia del Tribunal Constitucional parece asumir, en materia de tempus regit actum, la antigua concepción denominada de "unidad procesal", en cuya virtud, como recuerda PRIETO-CASTRO, en materia de sucesión de leyes procesales en el tiempo, todas las secuencias del proceso, hasta su final, deben estar"regidas por la ley bajo cuya vigencia se hubiese iniciado(20). Empero, esa

(18) STC de 08.07.02, Asunto Juan Manuel García Quiroga, párr. S, Exp. N° 1077-2002-HC/TC (vide !:!!QJL www.tC.cob.De/iurisDrudencia/2003/1077-2002-HC.html).

(19) ORTELLS RAMOS, Manuel et al. "Derecho Procesal. Introducción". Punto y Coma. Valencia, 2003. Pág. 427.

(20) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Derecho Procesal Penal". Tecnos. 2ª edición. Madrid, 1982. Pág. 105.

concepción -que no es de jerarquía constitucional sino de derecho ordinario- solo puede ser aceptada en el marco del derecho transitorio o intertemporal cuando se modifica íntegramente el proceso penal, es decir, cuando entra a regir un nuevo Código, pero no cuando se trata de reformas parciales, pues haría de jure ultractiva toda norma procesal vigente al inicio del proceso, lo que no es de recibo.

3. Sentencia y sanción penal

A. Como es sabido, el acto procesal a través del cual el juez impulsa o decide al interior del proceso es la resolución judicial; se trata de actos decisorios del Juez o Sala (vide artículo 120 Código Procesal Civil). La Constitución no solo exige que se exprese por escrito, sino que sea motivada, con exclusión de los "decretos de mero trámite" (vide artículo 139.5 de la Constitución), que son meramente actos de impulso procesal o de ordenación del proceso. Según la norma primeramente citada las resoluciones judiciales son: decretos, autos y sentencias; estas últimas ponen fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose sobre la decisión controvertida (vide artículo 121 in fine del Código Procesal Civil), esto es, la cuestión principal [mediante autos se decide cuestiones incidentales, decisivas para la prosecución del proceso y para alcanzar la decisión final](21).

El ser penado, como dice la Constitución, o la imposición de penas o medidas de seguridad, según detalla el Código Penal, no puede tener otra expresión judicial que la sentencia; esta es el medio procesal de la sanción penal. Así lo establecen taxativamente los artículos 280 y 285 del Código de Procedimientos Penales vigente, que, de ese modo, resultan complementarios al analizado artículo V del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, integran su contenido esencial. En este orden de ideas, ha establecido el Supremo Tribunal que la sentencia debe resolver la condición jurídica del acusado, absolviéndolo o condenándolo; consecuentemente, no procede -luego de finalizar el debate- simplemente archivar el proceso, estimando, por ejemplo, que los hechos constituyen falta y que está suficientemente sancionada con la detención sufrida(22).

B. La sentencia, como es claro, no solo proviene de un proceso contradictorio, que es el expresamente regulado en los citados artículos 280 y 285 CPP, sino también de un proceso por terminación anticipada [sentencia de conformidad] o por colaboración eficaz [sentencia consensuada], con arreglo al artículo 2.4 de la Ley N° 26320, Y artículo 14 de la Ley N° 27388 concordante con el artículo 17 del Decreto Supremo N° 035-2001-JUS, respectivamente.

(21) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentin et al. "Introducción al Derecho Procesal". Colex. 3ª edición. Madrid, 2000. Pág. 281.

(22) Revista de los Tribunales, 1946. Pág. 262 (Código de Procedimientos Penales. Grijley. 5ª edición. Lima, 2003. Pág. 191).

Si bien la condena solo puede expresarse a través de una sentencia, no siempre es así cuando no se condena al imputado, pues a la par que una sentencia absolutoria es posible culminar el proceso -sin sanción- con resoluciones equivalentes a una sentencia, como es el caso del auto de sobreseimiento o del que declara fundada una excepción.

4. Juez competente

A. El artículo V del Título Preliminar del Código Penal, según explica GIMENO SENDRA, configura un derecho a favor del acusado, el de ser exclusivamente condenado 'por juez competente', derecho procesal que tiene su anclaje en el derecho al juez legal(23), contemplado en nuestra Constitución en el artículo 139.3, 11 Párrafo.

Ahora bien, es claro -como precisa DE LA OLIVA SANTOS-, que -desde una perspectiva amplia, única posible, sin confundir titularidad de un derecho fundamental con legitimación de una concreta pretensión- titulares del derecho al juez legal y competente son todos los sujetos jurídicos en cuanto protagonistas procesales como partes o intervinientes, en acto o en potencia(24); empero, desde la perspectiva del artículo en comento, este derecho está radicado en el imputado.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0217 -2002-HCfTC, recaída en el Asunto Alfredo Crespo Bragayrac -de 17.4.2002, párr. 2-, tiene expuesto que es el inc. 3) del artículo 139 constitucional el que contempla la institución del juez legal-aunque lo denomina "juez natural"cuando menciona que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley(25), aunque incorpora otro dato vinculado al concreto procedimiento, el cual por no referirs~ al estatuto del juez ni a su competencia no puede integrar esa noción. Sobre este último extremo, el de "no sometimiento a persona alguna a un procedimiento distinto del previamente establecido por la ley", ya nos hemos pronunciado en la sección anterior. De igual manera, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1261-2002-HCfTC, recaída en el asunto Juan Carlos Quispe Gutiérrez -de 8.7.2002, párr. 2-, con cita a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -SCIDH- recaída en el Asunto Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú, párr. 77, que prescribe que toda persona deberá contar con la garantía de que el órgano jurisdiccional sea competente, independiente e imparcial, señaló que el derecho a un juez competente garantiza que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante una autoridad que carezca de competencia para resolver una determinada controversia(26). El juez competente,

(23) GIMENO SENDRA, Vicente et al. Op. Cil. Pág. 22.

(24) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés et al. Op. Cil. Pág. 307.

(25) Vide <http://tc.aob.celiuriscrudencia/2002/0217-2002-HC.html>

(26) Vide <http://tc.aob.celiuriscrudencia/2002/1261-2002-HC.html>

a su vez, según el propio Tribunal Constitucional declaró, es un derecho subjetivo, parte del modelo constitucional de proceso, el mismo que requiere que las reglas competenciales estén preestablecidas sobre la base de distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia e imparcialidad en la resolución de la causa(27).

B. La noción de juez legal exige, en un primer momento, que el régimen orgánico y procesal del juez permita calificarse de ordinario. Esto último implica reconocer dos de las tres características del juez legal: judicialidad y ordinariadad del juez.

La Constitución en ese ámbito establece que el órgano judicial llamado a conocer de un proceso debe estar incardinado en el ordenamiento judicial y rodeado de las garantías propias de todo órgano jurisdiccional: independencia y aplicación objetiva del derecho, lo que desde luego no se opone a la existencia de órganos especializados, pero sí de excepción. En efecto, la Constitución expresamente prohíbe los órganos jurisdiccionales de excepción y las comisiones especiales creadas al efecto [vide artículo 139.3, 11 Párrafo, de la Ley Fundamental]. El juez debe integrar el Poder Judicial-organización, con excepción de la justicia militar; su estatuto jurídico debe ser el previsto en el artículo 146 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial; asimismo, como derivación de dichas normas supremas, se requiere: a) que la ley, con cierto grado de concreción, debe establecer la composición del órgano judicial, sobre todo si es colegiado, bajo parámetros de objetividad y generalidad; b) que no pueda conocer un órgano de la jurisdicción especial-la militar o, en su caso, la tradicional, artículos 173 y 149 de la Constitución- un delito del que daba a conocer la jurisdicción penal ordinaria; e) que la designación de jueces suplentes y provisionales debe ser regular, bajo un procedimiento preestablecido y objetivo(28); y, d) que es posible contar con subespecialidades dentro del orden jurisdiccional penal, en tanto la LOPJ instituyó tal orden jurisdiccional y la constitución del órgano obedezca a una razón objetiva evaluada por el órgano de gobierno del Poder Judicial(29),

C. La tercera característica del contenido esencial del juez legal es la predeterminación legal. La legislación competencial debe ser pro futuro. Ello permitirá, como dice ASECIO MELLADO, que por ley se instituyan criterios, con carácter

(27) Vide http://www.tc.Qob.Deliuriscrudencia/2003/01_0-2002-AI.html. Párr. 103.

(28) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés et al. Op. Cit. Pág. 310 Y 312.

(29) Sentencias del Tribunal Constitucional N° 1330-2002-HC/TC. Asunto: Marcial Mori Dávila, 09.07.02, párr. 4, vide <http://www.tc.Qob.DeliurisDrudencia/2002/1330-2002-HC.html>; y N° 290-2002-HC/TC, Asunto: Eduardo Martfn Calmell del Solar Dfaz, 06.01.03 párr. 11, vide <http://www.tc.QobDeliurisDrudencia/2003/0290-2002-HC.html>.

de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o sala llamado a conocer del caso(30).

Dos temas trascendentes emergen de esta nota característica. La primera referida al factor de precisión del juez que debe conocer el proceso, el Dies A Aquo; y, la segunda circunscrita, a la sucesión normativa de leyes de competencia.

El Tribunal Constitucional ya se pronunció en ambos casos. Estableció que el juez es aquel anterior al inicio del proceso y no el anterior a la fecha de comisión del delito; y que, bajo determinadas limitaciones, las normas referidas al cambio de competencia pueden ser aceptadas constitucionalmente (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Asunto Eduardo Martín Calmell Del Solar Díaz, 6.1.2003, Exp. N° 290-2002-HCfTC, párr. 9 y 10).

Es de aprobarse, con rotundidad, la decisión del Tribunal Constitucional respecto al Dies A Aquo. El caso, debe ser el momento de interposición de la notitia criminis al juez, que en nuestro ordenamiento se concreta en la denuncia formalizada del fiscal o en la fecha de interposición de la querrela por el acusador privado o querellante. Señala al respecto, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que es de imponerse una solución unitaria, común a todos los órdenes jurisdiccionales, en virtud no solo de lo que debe entenderse por norma procesal sino también de la unidad del Derecho Procesal, esto es, como preexistencia de norma del proceso, que en lo penal radica en el momento del conocimiento de la noticia criminal, a partir del cual se evita toda maniobra para instituir jueces ad hoc o sospechosos de parcialidad(31).

El Tribunal Constitucional, en orden a la sucesión de normas competenciales, señaló: a) que cualquier modificación orgánica o funcional no altera el derecho al juez legal, en tanto no se vulnere la imparcialidad judicial y se realice con criterios objetivos y de manera general; y, b) que la predeterminación se refiere al órgano judicial y no a la creación anticipada de Salas Especializadas que conocen del proceso, de suerte que la predeterminación judicial no puede interpretarse rígidamente ni puede impedir que las normas de carácter general sobre organización y competencia judiciales adquieran efectos temporales inmediatos. Esta posición, justificativa de la excepción, sin duda ha sido influenciada por la jurisprudencia constitucional italiana, que asumió la concepción de la "objetividad de los criterios de atribución". Como dice, DE DIEGO DÍEZ, la legitimidad de la excepción requiere que la nueva norma tenga el rango adecuado para hacerlo, y adopte criterios objetivos y de generalidad: destinados a la protección de intereses generales,

(30) ASENSIO MELLADO, José María. "Introducción al Derecho Procesal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág. 77.

(31) DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley". En: Revista española de Derecho Constitucional. Año 11. W 31. Madrid, 1991. Págs. 106 y sgte.

pues de ser así no se podría concluir que el cambio normativo persigue alterar la imparcialidad judicial⁽³²⁾. La invocación de criterios generales y objetivos envuelve la existencia, previene GIMENO SENDRA, de no vulnerar el principio constitucional de igualdad o, lo que es lo mismo, de la no constitución de órganos judiciales por criterios de discriminación, tales como nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social (vgr. jueces ad hoc o ad personam)⁽³³⁾.

D. La competencia, en cuanto institución procesal, dice de los criterios de atribución instituidos por la ley para la determinación concreta de un asunto a un órgano jurisdiccional en particular. Como se sabe, los criterios de atribución son el objetivo, el funcional y el territorial⁽³⁴⁾.

La atribución objetiva viene determinada por la ley en base (1) a un criterio cualitativo, según quién sea el imputado [destaca el caso de los aforamientos que importan una regla de variación del sistema de adscripción normal de casos radicados en el juez penal o de paz letrado, según sea el caso]; y, en base (2) a un criterio cuantitativo, material, según la entidad de la infracción penal, que procesal mente se clasifica en delitos graves, delitos menos graves y faltas.

La atribución funcional de los órganos jurisdiccionales penales se refiere al conocimiento de determinadas etapas del proceso penal, visto como un universo concreto e individual, así como al conocimiento de los recursos impugnatorios y de determinados incidentes. Es una competencia derivada y automática, según en quien radique la primera instancia. Así, por ejemplo, para un delito grave, la etapa de instrucción conoce el juez penal; las etapas intermedia y de enjuiciamiento, la Sala Penal Superior; y, la etapa recursal final, la Sala Penal de la Corte Suprema; a su vez, por ejemplo, el conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones del juez penal corresponde a la Sala Penal Superior, etc.

La atribución territorial, la más importante, se refiere al lugar de comisión de un delito en relación con el ámbito geográfico de conocimiento de un concreto órgano jurisdiccional, instituyendo reglas denominadas "fueros". El fuero principal o criterio/preferente es el del lugar del delito y, en su defecto, criterios subsidiarios, tales como el lugar de las pruebas, el de detención del imputado, etc. La ley, sin embargo, prevé otras pautas adecuadas a circunstancias muy concretas, tales como el fuero relativo a la comisión de delitos en medios de transporte, el fuero de la conexión (acumulación por conexidad), el fuero del encargo del superior (su puestos de recusación, reenvío recursal, etc.), el fuero especial para determinados delitos (v.gr. terrorismo). No existe pues un único criterio de atribución competencia!. La Ley Orgánica del Poder Judicial y el

(32) DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. "El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley". Tecnos. Madrid, 1998. Págs. 139 Y 144.

(33) GIMENO SENDRA, Vicente et al. "Derecho Procesal Penal". Colex. Madrid, 1996. Pág. 51.

(34) Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis et al. "Derecho Jurisdiccional". Tomo III. Tirant lo Blanch. 6ª edición. Valencia, 1997. Pág. 42.

Código de Procedimientos Penales son las normas pertinentes para fijar, con base a la pauta constitucional de generalidad, los supuestos que rigen, objetivamente, la competencia penal(35).

DOCTRINA

ARMENTA DEU, Carmen. "Lecciones de Derecho Procesal Penal". Marcial Pons. Madrid, 2003. ASENSIO MELLADO, José María. "Introducción al Derecho Procesal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 2002. CORDÓN MORENO, Faustino. "Introducción al Derecho Procesal". Eunsa. Pamplona, 1995. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. "Introducción al Derecho Procesal". Col ex. 3ª edición. Madrid, 2000. DE DIEZ DÍEZ, Luis Alfredo. "El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley". Tecnos. Madrid, 1998. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. "Derecho Procesal Penal". Ceura. 5ª edición. Madrid, 2002. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. "Derecho Procesal Introducción". Ceura. 2ª edición. Madrid, 2002. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio. "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley". En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11. N° 31. Madrid, 1991. GARCÍA RIVAS, Nicolás. "El poder punitivo en el Estado Democrático". Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. GARCÍA TOMA, Víctor. "Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993". Tomo 11. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima, 1998. GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERI LLOBREGAT, José. "Los Procesos Penales". Tomo 1. Bosch. Barcelona. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. "Derecho Procesal Penal". Colex. Madrid, 1996. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "Constitución y Proceso Penal". Tecnos. Madrid, 1996. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. "Derecho Jurisdiccional". Tomo 111. Tirant lo Blanch. 6ª edición. Valencia, 1997. JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 5ª edición alemana de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1995. MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal". Tomo 1. Del Puerto. 2ª edición. Buenos Aires, 1996. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 3ª edición. Barcelona, 1990. ORTELLS RAMOS, Manuel, CÁMARA RUIZ, Juan y SÁNCHEZ, Ricardo Juan. "Derecho Procesal. Introducción". Punto y Coma. Valencia, 2003. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. 3ª edición. Lima, 1999. PRIETOCASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Derecho

(35) El Orden Jurisdiccional Penal está reconocido en los artículos 34, 41, 46.2, 50, 54 Y 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, normas en las que se fija genéricamente el ámbito de conocimiento de los órganos jurisdiccionales penales. En el aspecto funcional-procesal están las normas del Código de Procedimientos Penales (v.gr. artículos 9 al 40 CPP).

Procesal Penal". Tecnos. 2ª edición. Madrid, 1982. ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Del Puerto. Buenos Aires, 2000. RUBIO CORREA, Marcial. "El sistema jurídico. Introducción al Derecho". Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 8ª edición.

Lima, 2001. RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993".

Tomo IV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. VALENCIA MIRÓN, Antonio José. "Introducción al Derecho Procesal". Comares. 4ª edición.

Granada, 2000. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Temis. 3ª edición. Bogotá, 1997. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

"El Derecho Penal peruano reconoce al magistrado la potestad de fijar la pena privativa de la libertad entre un mínimo y un máximo y en algunos casos le permite fijarla por debajo de este mínimo, teniendo en cuenta las circunstancias que enumera el artículo 46 del Código Penal, pues de otro modo se habría vuelto al sistema de la pena legal o tasada que no admite arbitrio judicial alguno y que pertenece a un derecho punitivo ya desterrado".

(Ejecutoria Suprema 17/11/95. Exp. 3319-95. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 49).

"La imposición de una pena fuera del marco legal solo se justifica cuando el juzgador advierte la concurrencia de circunstancias atenuantes de orden sustantivo o procesal, tales como, entre otros, la responsabilidad restringida del agente o la confesión sincera".

(Ejecutoria Suprema 01/07/99. Exp. 2102-99. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 49).

"Para imponer la pena por debajo del mínimo legal, el órgano jurisdiccional tiene el deber de fundamentar si se trata de algún elemento negativo imperfecto del delito o de orden procesal, en cuyo caso tiene también la obligación de indicar el dispositivo legal que justifica la atenuante de la punición que señala".

(Ejecutoria Suprema 15/09/97. Exp. 3462-97. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 49).

"La comisión del delito ha vulnerado un bien jurídico que es de índole policial y no civil por ser un delito de función, por lo mismo el conocimiento de la instrucción corresponde al juzgado sustituto de la Policía Nacional al que se remitirá todo lo actuado".

(Ejecutoria Suprema 29/01/98. Exp. 1983-97. Ica).

"Los actos imputados constituyen actos de servicio, toda vez que ocurrieron como parte de un operativo de rastillaje para la captura de elementos terroristas en una zona declarada en estado de emergencia; declararon que el conocimiento de la presente causa corresponde al Juzgado Militar permanente al que se remitirá todo lo actuado".

(Ejecutoria Suprema 12/12/97. Exp. 17-97. Huancayo).

"Los hechos imputados no constituyen actos realizados en función de servicio, por lo que el conocimiento de la presente causa corresponde al fuero común; declararon que el conocimiento de la presente causa corresponde al Juzgado Especializado Penal -Corte Superior de Justicia de Lima-, al que se remitirá todo lo actuado con aviso del Consejo de Guerra permanente de la Zona Judicial de la Marina".

(Ejecutoria Suprema 09/12/97. Exp. 16-97. Lima).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

ARTICULO VI

No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

CONCORDANCIAS:

e.E.p. arto VIII e. arts. 2.24.d, 139.22 e.p. arts. 11, V, IX, 28

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Preliminar(1)

Ejecutar una sentencia penal no es lo mismo que ejecutar una pena. A la emisión de toda sentencia penal condenatoria o absolutoria (o una resolución judicial equivalente, v.gr. la que ordena el archivo definitivo de la causa o declara fundada una excepción de naturaleza de acción), incluso la que dispone la reserva del fallo condenatorio, corresponde siempre la fase de ejecución de los extremos que contiene(2). La ejecución de una pena, en cambio, presupone siempre una sentencia condenatoria a través de la cual se impone tal sanción, pues tratándose de una resolución en otro sentido no habría pena alguna que ejecutarse (v.gr. también en las condenas condicionales la sentencia se ejecuta, lo que se suspende es solo la ejecución de la pena). De este último supuesto, de la ejecución legal (conforme a la ley) de una pena, es de donde parte el enunciado del artículo VI TP CP en análisis.

La ejecución de las penas está regulada por una pluralidad de normas que forman parte de un ámbito jurídico relativamente autónomo(3) que en el Derecho peruano se denomina Derecho de Ejecución Penal o Derecho Penitenciario. De manera sencilla, puede entenderse dicho sector como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Sin embargo, como el artículo VI TP CP se limita únicamente a las penas, no se hará mayor alusión a la ejecución legal de las medidas de seguridad en el presente comentario(4).

(1) Abreviaturas más usadas: CP (Código Penal), CEP (Código de Ejecución Penal), TP (Título Preliminar).

(2) Así la excarcelación del reo detenido o la devolución de una caución económica (v.gr. en caso de un pronunciamiento absolutorio) como la supervisión del cumplimiento de las reglas de conducta o la prórroga del periodo de prueba (v.gr. en caso de la reserva del fallo condenatorio) pertenecen a la executio del órgano jurisdiccional como actos que se realizan durante la ejecución de la sentencia penal.

(3) Dicha independencia se evidencia, por ejemplo, en la existencia de un cuerpo legislativo (CEP y su Reglamento), en el reconocimiento de sus propios principios y objeto (la ejecución de sanciones penales).

II. La ejecución leS!al de las penas o Ilprincipio de leS!alidad en la ejecución de las penasII Luego de la prohibición de someter a una persona a una pena no establecida en la ley (principio de legalidad: artículo II TP CP), de emplear la analogía para determinar una pena (prohibición de analogía in malam partem: artículo III TP CP) y de imponer una pena en forma no establecida en la ley (principio de jurisdiccionalidad: artículo V TP), en el artículo VI TP CP, el legislador patrio ha decidido elevar como principio rector de nuestro Derecho Penal la expresa prohibición de cualquier forma de ejecución de una pena al margen de la ley o los reglamentos que la desarrollen(5). Así, mientras el principio de legalidad penal exige que la pena, tanto en su clase como en su entidad o gravedad, sea impuesta en virtud de una ley por representar la manifestación de la voluntad general, la legalidad en la ejecución exige el sometimiento de esta fase de cumplimiento de la pena al dictado de la ley(6).

La ejecución de las penas en nuestro ordenamiento jurídico tiene un marco de legislación supranacional (v.gr. Declaración Universal de Derechos Humanos(?), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(8), Convención Americana sobre Derechos Humanos(9)), constitucional, así

(4) Con mejor criterio el Anteproyecto del CP (elaborado por la Comisión Especial Revisora del CP creada por Ley W 27837 del 04.11.03) propone el siguiente texto del artículo VI TP CP: "No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen..." (resaltado propio). De otro lado, el propio CEP, en su artículo I TP, in fine, señala que sus normas comprenden la ejecución de las medidas de seguridad.

(5) Aun cuando pueda criticarse tal ubicación sistemática (pues la legalidad del cumplimiento de lo ordenado y dispuesto en una sentencia condenatoria no es una materia directamente relacionada con el Derecho Penal sustantivo), su reconocimiento en el TP CP vincula la interpretación y aplicación de las normas a las que ello le compete específicamente (vide infra).

(6) CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Derecho Penitenciario". Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 37 y sgte.

(7) Vide solo su artículo 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

(8) Vide su artículo 7: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"; artículo 1 O: "1.

Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas, b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento; 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

como una regulación normativa específica, concentrada fundamentalmente en el CEP (Decreto Legislativo N° 654) Y su Reglamento (Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, del 11.09.03(1°)), aunque no exclusivamente, pues existen otras normas penitenciarias específicas. De ahí que, para verificar la legalidad de la ejecución de la pena que exige el VI TP CP, la remisión a lo preceptuado en uno u otros cuerpos de leyes resulta obligatorio.

1. Constitución Política del Estado

Por el rango, la legalidad de la ejecución de una pena supone, en primer lugar, su subordinación a nuestra ley fundamental. Pues, en principio, únicamente puede ser legal la ejecución de una pena dentro de (conforme a) la Constitución, en armonía con los preceptos constitucionales, lo que significa, a la vez, la proscripción de una ejecución al margen o contra ella. A tal efecto, resulta pues imprescindible la observancia de las regulaciones constitucionales que en la materia hace nuestra Carta Magna.

En principio, se pueden mencionar las normas que regulan los denominados por la Constitución como derechos fundamentales de la persona (artículos del 1 al 3), que, como no puede ser de otro modo (salvo excepciones derivadas de la propia naturaleza de la pena, v.gr. libertad ambulatoria en la pena privativa de la libertad), son también los derechos de los condenados a una pena, v.gr. el derecho a la dignidad, a la vida o a la integridad física. Lo mismo se puede decir de los otros derechos constitucionales, como los sociales, económicos y políticos. Por otro lado, la Constitución también contiene algunas referencias directas al régimen penitenciario y a la ejecución de la pena. Así, el inciso 22 del artículo 139 prescribe: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"(11). En la misma

(9) Vide artículo 5: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente, 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas, 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento, 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"; artículo 7: "1.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...".

(10) Norma que, conforme a su artículo 3, derogó el Decreto Supremo N2 003-96-JUS, el Decreto Supremo N2 0052000-JUS y el Decreto Supremo N2 023-2001-JUS.

(11) En el mismo sentido, la Constitución Política de 1979, en el segundo párrafo del artículo 234, establecía que: "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal". Así mismo, el artículo 11 del actual CEP prescribe: "La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente".

materia, el propio artículo 139 en su inciso 21 reconoce el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

A. Derechos constitucionales de la persona

La sujeción a la Carta Constitucional exigida implica, en primer lugar, la observancia de los derechos constitucionales de la persona, los cuales (también) durante la ejecución de una pena deben ser cautelados. Pues si un procesado no deja de ser persona por el hecho de ser condenado a una pena o por estar ejecutándosele esta, entonces los derechos que constitucionalmente lo amparan como tal (salvo ingerencias propias de la sanción) le siguen perteneciendo. En tal medida, los derechos reconocidos a la persona son también los derechos de las personas condenadas⁽¹²⁾; al subsistir a la ejecución de una pena, esta debe sujetarse a aquellos⁽¹³⁾.

Entre estos cabe destacar los denominados derechos fundamentales; por ejemplo, el derecho a la dignidad del condenado, a la vida, a su identidad, integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar; su derecho a la igualdad ante la ley, a la paz, a la seguridad personal, a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros. Asimismo, la ejecución de la pena no puede implicar un menoscabo al condenado de su libertad de conciencia y de religión, ni el privarlo de su libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Mucho menos la ejecución de una pena puede entrañar violencia moral, psíquica o física al condenado, ni padecimiento de torturas o tratos inhumanos o humillantes (principio de humanidad de las penas).

Las excepciones derivadas de la propia naturaleza de la sanción aludidas dependerán ante todo de la clase de pena impuesta (privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos, etc.). Así, en caso de las personas reclusas en un centro penitenciario las excepciones estarán vinculadas a afectaciones de derechos, como a la libertad personal (ambulatoria o de tránsito) y sexual, a no ser incomunicado, al patrimonio, a elegir su trabajo o el

(12) Cfr. artículo V TP CEP: la ejecución de toda pena debe respetar los derechos del interno no afectados por la condena.

(13) Conforme a ella, por ejemplo, en la ejecución de toda pena se debe respetar siempre el derecho a la dignidad del condenado; su vida, identidad, integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar; su derecho a la igualdad ante la ley, y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. La ejecución de la pena no puede menoscabar al condenado de su libertad de conciencia y de religión, ni privarlo de su libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Tampoco puede vulnerar el honor y la buena reputación del condenado, ni su intimidad personal o familiar, ni privarlo de su libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica. Asimismo, debe respetar su derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, a reunirse pacíficamente, a asociarse, a contratar, al trabajo, a la propiedad y a la herencia, a mantener reserva de sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, ya guardar el secreto profesional, a su identidad étnica y cultural, a formular peticiones, a su nacionalidad, a la paz, a la tranquilidad, al disfrute de tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, la legítima defensa, a la seguridad personal; ni puede obligar al condenado a hacer lo que la ley no manda, ni impedirle hacer lo que ella no prohíbe. La ejecución de una pena no puede entrañar violencia moral, psíquica o física al condenado, ni el padecimiento de torturas o tratos inhumanos o humillantes.

lugar de su residencia, a la libertad de información y expresión, a la libre contratación, o a participar en la vida política de la Nación (derecho de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum), al disfrute del tiempo libre (también en casos de las penas limitativas de derechos), entre otros(14).

B. Normas constitucionales referidas al régimen penitenciario y a la ejecución de la pena

a. En segundo lugar, la sujeción a la Constitución exigida implica también la observancia, en lo pertinente, de los principios establecidos en el artículo 139 durante la ejecución de una pena. Así, conforme lo prescribe su inciso 22, el objeto del régimen penitenciario (mejor, de la ejecución de la pena(15)) es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del condenado a la sociedad(16), por lo que debería estar en todo momento orientado por dichas finalidades; es decir, el régimen penitenciario de la pena privativa de libertad debería consistir en un tratamiento sobre el interno para lograr su readaptación social (rehabilitación y reincorporación)(17).

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional en su conocida resolución del 22.06.01 (Expediente NQ 590-2001-HCfTC. Hábeas Corpus Correctivo. Lima. Abimael Guzmán Reynoso y otra. Numeral 179 y sgtes.), ha señalado: "Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el 'régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad', en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que 'el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados'".

Y continúa: este principio constitucional-penitenciario "comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la

(14) Cfr. artículo V TP CEPo (15) Cfr. CHIRINOS SOTO. "Constitución de 1993. Lectura y Comentarios". Rohdas. 2ª edición. Lima, 1995. Pág. 304, cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993. Análisis Comparado", con la colaboración de Otárola Peñaranda. RAO. Sª edición. Lima, 1999. Pág. 663.

(16) Sin embargo, previamente a la fase de ejecución penal, la legalidad de la imposición de una pena está subordinada al principio de no ser penado sin proceso judicial (nullum poena sine iudicio), reconocido por el artículo 139 inciso 10 CPE, en virtud del cual una pena únicamente puede imponerse por una sentencia condenatoria emitida en un proceso penal (dotado de garantías). En tal sentido, una pena que pretenda ejecutarse, impuesta sin previo proceso penal, no solamente constituye una vulneración al artículo VI TP CP, sino antes ya al artículo 139, inciso 10 CPE (y al artículo V TP CP).

(17) Vide BERNALES BALLESTEROS. Op. Cit. Pág. 663: "el régimen penitenciario se basa en la necesidad de rescatar para la sociedad a quienes han delinquido. De allí se explica la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas (oo.) Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en las que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de 'reeducción', 'rehabilitación' y 'reincorporación' del penado a la sociedad"(18).

b. Por su parte, el artículo 139 inciso 21 de la Constitución prescribe el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados. No obstante ello, nuestra doctrina constitucional ha coincidido en el evidente carácter declarativo de esta disposición constitucional(19), ausente de fuerza imperativa, cuyo contenido se contrapone frontalmente con la realidad carcelaria de nuestro país. En armonía con este precepto constitucional, la ejecución de una pena privativa de la libertad solo debería efectuarse en ambientes apropiados para la consecución de sus fines y no, por ejemplo, en prisiones sobrepobladas o hacinadas o sin condiciones de salubridad, o ambientes que no separen a los internos primarios de los de alta peligrosidad, o en un establecimiento penitenciario que no corresponda (v.gr. de régimen cerrado por uno abierto). El hacinamiento de internos o en condiciones insalubres no solo se aleja del precepto aludido, como del artículo VI TP CP, sino que también es una forma de trato inhumano o degradante proscrito.

2. Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo NI! 654)

El artículo VI TP CP impone la obligatoriedad de ejecutar las penas de conformidad con las leyes y los reglamentos que la desarrollan. El CEP es el cuerpo legal que contiene las normas específicas conforme a las cuales se debe ejecutar la pena impuesta a un condenado para cumplir con la legalidad de ejecución que exige el artículo VI TP CP. Pues sobre la base de los preceptos rectores de su Título Preliminar, el CEP se encarga de la regular la ejecución de la pena privativa de la libertad, de las penas restrictivas de libertad (expatriación y expulsión del

(18) "... este Colegiado considera que detrás de las exigencias de 'reeducción', 'rehabilitación' y 'reincorporación' como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídico-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena".

(19) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op. Cil. Págs. 662 y sgte.; eHIRINOS SOTO. Op. eil. Págs. 303 y sgte. "laudables expresiones declamatorias que no siempre van a convertirse en realidades".

país) y de las penas limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación)(20). Es pues el este el cuerpo legal que contiene las normas particulares sobre la base de las cuales se debe ejecutar la pena (excepto la pena de multa).

El artículo II TP CEP regula el objeto de la ejecución: la ejecución de la pena debe estar orientada y perseguir la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, objeto que debe interpretarse en concordancia con lo preceptuado por el artículo 139 inciso 22 de la Constitución (vide supra). Sobre dichas finalidades, el propio CEP en su exposición de motivos señala que los conceptos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad anotados (doctrinariamente) pueden resumirse en el de resocialización del interno (cfr. artículo IX TP CP: la pena tiene función resocializadora). Esta no debe entenderse como un actuación directa sobre el sujeto sino como la creación de de las condiciones sociales necesarias para producir menor índice de delincuencia. Debe partir de un Derecho Penal de acto (que deje al margen la personalidad del sujeto) basado en la culpabilidad personal(21).

Conforme al artículo III TP CEP, la ejecución legal de la pena debe estar exenta de tortura, trato inhumano o humillante como de cualquier otro acto o procedimiento que vulnere la dignidad del interno(22). En virtud de ella, por ejemplo, queda proscrita la ejecución de penas que entrañen atentados contra la integridad física, psíquica o moral del condenado, que degraden de cualquier modo su dignidad personal, o en la que se introduzcan actividades o trabajos forzados vejatorios o denigrantes(23) (v.gr. ejecución de penas limitativas de derechos de manera ignominiosa). La ejecución conforme a la ley de cualquier pena debe tener pues como presupuesto el respeto a la persona del interno y como finalidad esencial su resocialización.

Otro precepto rector de vital importancia es el artículo V TP CEP, por el cual la ejecución de toda pena debe respetar los derechos del interno no afectados por la condena. Dicho precepto reafirma, para el caso del cumplimiento de una pena privativa de la libertad efectiva, la subsistencia de todos los derechos del condenado, salvo las limitaciones que impone la propia naturaleza de la pena (v.gr. la privación de la libertad de un interno). Tanto la Constitución como el CEP le atribuyen el goce de los mismos derechos que cualquier ciudadano a todo condenado, con las únicas limitaciones que le puedan imponer la ley y la sentencia respectiva (artículo 1 CEP).

(20) Cfr. artículo 11 TP CEPo De otro lado, la pena de multa, por su naturaleza eminentemente pecuniaria, ha sido de modo conveniente excluida del CEP, lo que no implica en modo alguno que ella no se pueda ejecutar conforme a otras vías (v.gr. las medidas cautelares que ofrece el Derecho privado o administrativo sancionador).

(21) Vide CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cil. Pág. 50.

(22) Cfr. artículo 1 CPE.

(23) Cfr. artículo 1 CPE.

Finalmente, se puede destacar en el TP CEP la prohibición que hace este mismo precepto (artículo V CEP, párrafo segundo) de ejecutar una pena en violación del principio de igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2 CPE), pues solo puede ser legal una ejecución que no dé tratos preferenciales o discrimine por motivos raciales, sociales, políticos, religiosos, económicos, culturales o de cualquier otra índole.

El CEP hace especial referencia a los derechos del condenado interno durante la ejecución de la pena privativa de la libertad⁽²⁴⁾, por lo que la legalidad demandada por el artículo VI TP CP, en tales casos, requerirá también su escrupuloso respeto. Al contrario, vulneraría la garantía de legalidad en la ejecución de la pena, por ejemplo, su cumplimiento en ambientes no adecuados para los internos que impidan la realización del tratamiento penitenciario (artículo 3), v.gr.

superpoblación penitenciaria, cárceles hacinadas e insalubres, ambientes hostiles o violentos que no garanticen su convivencia pacífica (artículo 21); o establecimientos penitenciarios que no les corresponden, v.gr. uno cerrado por uno abierto o semiabierto (artículo 22); o sin las condiciones básicas de subsistencia, v.gr. sin proveerlos de alimentos (artículo 17) o asistencia médica; o regímenes disciplinarios excesivamente rigurosos, v.gr. imposición de sanciones disciplinarias desproporcionadas o distintas a las establecidas (artículo 25), trabajos forzados (artículos 65 y 66), aislamiento (artículo 28) o incomunicación prolongados (artículos 37 y 40); o regímenes ausentes de rigor, v.gr. incumplimiento de las normas mínimas de organización. La disciplina penitenciaria solo debe ser un medio para hacer posible el tratamiento del interno. El trabajo no puede ser aplicado como medida disciplinaria ni atentar contra la dignidad del interno.

Asimismo, de cara a los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad (artículo 60⁽²⁵⁾), un tratamiento penitenciario legitimado será aquel que consista en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno (artículo 61). Ha de ser continuo y dinámico, de modo que vaya evolucionando de acuerdo a las diversas facetas por las que atraviesa la personalidad del interno.

3. Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo N2 0152003-JUS)

Como se ha anotado, el artículo VI TP CP impone la obligatoriedad de ejecutar las penas de conformidad con las leyes y los reglamentos que la desarrollan.

Sin embargo, debe destacarse que en cuanto a la afectación de derechos fun-

(24) La ejecución de las penas restrictivas de libertad y limitativas de derechos están reguladas en el Trtulo V y VI CEP, respectivamente.

(25) Cfr. artículo II TP CEPo

damentales debe respetarse el principio de reserva de la ley. El Decreto Supremo N° 015-2003-JUS reglamenta la ejecución de las penas privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitativa de derechos, así como las medidas de seguridad (artículo 1), reguladas también por el CEP. Por ello para cumplir con la legalidad de ejecución que exige el precepto en comentario es también necesaria su remisión y cumplimiento.

El Reglamento, por ejemplo, prescribe que la ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la CPE, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano, en armonía con los Tratados Internacionales sobre la materia (artículo 3). Al igual que el CEP, pone especial atención en regular la ejecución de la pena privativa de la libertad. Así prescribe que las actividades penitenciarias se deben ejercer respetando la dignidad y derechos del interno, no restringidos por la ley y la sentencia (artículo 10); que el interno forma parte de la sociedad y goza de sus derechos con las limitaciones que le impone la ley, la sentencia y el régimen de vida del establecimiento penal (artículo 4).

El sistema progresivo del tratamiento penitenciario comprende la observación, diagnóstico, pronóstico, clasificación y el programa de tratamiento individualizado (artículo 5), y garantiza el bienestar físico y mental del interno, su acceso a servicios médicos, su derecho a la educación, al trabajo (el cual no tendrá carácter aflictivo, no podrá ser aplicado como medida disciplinaria, ni atentará contra la dignidad del interno: artículo 104), a comunicarse con sus familiares (artículo 11), etc.

El artículo 56 establece que el régimen penitenciario interno es el conjunto de normas o medidas que tienen por finalidad la convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento penitenciario. El artículo 97 prescribe que el tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos.

III. La intervención judicial de la ejecución de la pena

El artículo VI TP CP no solamente proscribire la ejecución de la pena en otra forma que no sea la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen, sino también que, en todo caso, la ejecución de la pena debe ser "intervenida judicialmente". No obstante la brevedad de los términos utilizados, la "intervención judicial" a que se refiere el precepto debe entenderse como que, en todo caso, la legalidad de la ejecución o el cumplimiento de la ejecución legal de una pena, por la afectación de los derechos fundamentales que implica, debe ser "controlada" o "supervisada" por el órgano jurisdiccional competente (juez penal, Sala penal, etc., pero también por el Ministerio Público en el ámbito de su competencia)(26). En tal sentido, intervenir la ejecución de la pena significa controlar, comprobar, verificar que se esté llevando a cabo conforme a la ley (v.gr. Constitución, CEP) ya los reglamentos que la desarrollen (v.gr. Decreto Supremo N° 015-2003-JUS).

En otras palabras, por el principio de intervención judicial, la actuación de la Administración Penitenciaria queda limitada por el control jurisdiccional de los jueces penales. Estos, en virtud de su deber de control judicial de la ejecución de la pena, deben velar por la legalidad de la actuación de las autoridades penitenciarias en el ejercicio de sus facultades y el respeto a los derechos fundamentales durante la ejecución de las penas(27). Si bien a la Administración Penitenciaria se le confiere la potestad gubernativa de la política penitenciaria, está sujeta al control jurisdiccional. El deber de intervención judicial se extiende no solo al control de la ejecución de la pena sino también al amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios, como la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional o la aprobación de beneficios penitenciarios.

Cualquier modificación que afecte el contenido de la sentencia y por tanto el cumplimiento de la pena, en virtud del principio de legalidad en la ejecución, ha de tener un riguroso control judicial que impida la intromisión de la Administración en funciones estrictamente judiciales(28). La ejecución de la pena debe llevar un control judicial desde el inicio al término de la condena en lo relativo a su duración y también respecto a la forma de cumplimiento de la pena. Las más importantes incidencias de la ejecución de la pena privativa de la libertad requieren control judicial, como es el caso de la libertad condicional y los beneficios penitenciarios.

Con relación a ello, la exposición de motivos del CEP destaca que su actual regulación suprime la figura del juez de ejecución penal, institución que fue introducida por el CEP de 1985 para el control judicial de las penas, la misma que no logró la finalidad para la que fue concebida. Además -señala- con la reforma del Código Procesal Penal (no vigente aún en su totalidad), que atribuye la investigación al Ministerio Público, el juez penal podrá atender el control de la ejecución de las penas.

(26) Con mejor criterio el Anteproyecto del CP (elaborado por la Comisión Especial Revisora del CP creada por Ley W 27837 del 04.11.03) propone el siguiente texto del artículo VI TP CP: "No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. La ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente" (resaltado propio).

(27) GRACIA MARTÍN, Luis, BALDOBA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen. "Lecciones de consecuencias jurídicas del delito". Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

(28) CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit. Pág. 46.

IV. El problema de la aplicación de la ley de ejecución penal más favorable 1. La necesidad de interpretar la aplicación de la ley de ejecución penal más favorable conforme al artículo 103 de la Constitución

Además de conflictos de aplicación en el tiempo de leyes penales sustantivas y procesales penales, pueden presentarse conflictos de aplicación en el tiempo de leyes de ejecución penal. En cualquier caso, el principio inspirador que debe presidir la solución de los conflictos es el preceptuado en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado, que dispone: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo"(29). Como se ve, determinar el sentido que debe asignarse al precepto constitucional depende de cómo se interprete la expresión "materia penal". Al respecto hay dos claras opciones hermenéuticas:

A. Desde un primer punto de vista se puede entender la expresión "materia penal" del artículo 103 de la Constitución como si aludiera restrictivamente a ley penal sustantiva, excluyendo cualquier otro contenido. Consecuencia de ello es que únicamente las leyes penales de carácter material o sustantivo tendrán aplicación retroactiva favorable, y, al contrario, ninguna ley procesal o penitenciaria, a pesar de tener un contenido penal, podrá aplicarse retroactivamente, ni siquiera cuando sea más favorable a la persona. Este planteamiento es un ejemplo de interpretación restringida que limita al máximo la capacidad de rendimiento y el sentido de la ley penal.

B. Desde un segundo punto de vista se puede entender la expresión "materia penal" del artículo 103 de la Constitución como englobante de toda clase de leyes de contenido penal, independientemente de si se trata de una ley material, procesal o penitenciaria. Es decir, no solo como referida a leyes penales sustantivas, sino de manera que comprenda, además de a la ley penal sustantiva, a la ley procesal penal y la ley penitenciaria. Esta es la postura que debe sostenerse, pues la frase "materia penal" (que no es igual a ley penal sustantiva) es amplia y comprende sin problemas todo el complejo normativo del sistema penal que tiene rango de ley, independientemente de si se trata de una ley procesal o penitenciaria. La llamada "materia penal" tendría así un alcance amplio en la medida en que comprendería sin mayor inconveniente al sistema penal en su dinámica normativa.

Esta postura se vincula a una interpretación teleológica de la ley penal que plantea la necesidad de articular la interpretación de las normas de tal forma que se muestre más afín y respetuosa de los derechos humanos y fundamentales de

(29) Resaltado propio; vide al respecto BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op. Gil. Pág. 494.

las personas (en particular, la libertad individual⁽³⁰⁾). Toda norma penal debe comprenderse sobre la base de la necesidad de garantizar del modo más efectivo el mayor ámbito de libertad para los ciudadanos, pues si algún sentido tiene la interpretación según la Constitución es comprender las normas del ordenamiento jurídico en armonía con el respeto a los derechos humanos. La interpretación según la Constitución es una interpretación según los derechos fundamentales⁽³¹⁾.

Asimismo, desde la perspectiva del método de interpretación gramatical y del sentido literal posible de la norma contenida en el artículo 103 de la Constitución la referencia a "materia penal" tiene una enorme capacidad de rendimiento y acepta sin ninguna clase de inconvenientes dentro de su contenido a las leyes penales sustantivas, a las penales procesales y a las penitenciarias. No existe justificación ni razón suficiente alguna para limitar y reducir la referencia "materia penal" únicamente a las leyes penales sustantivas, renunciando a una visión amplia del precepto.

2. La interpretación constitucional de las normas de ejecución penal

El CEP vigente establece en su artículo VIII TP que: "La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al Interno". Queda claro que esta disposición se refiere: a) La aplicación de la ley penitenciaria en el tiempo, la que debe resolverse en sentido favorable al interno; y, b) La interpretación de las normas del Código y de las disposiciones penitenciarias según lo más favorable al interno.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido una distinción entre el principio *tempus de/icti commissi*, que rige para el Derecho Penal material por el cual la ley aplicable es la ley vigente al momento de cometerse el delito (artículo 2, literal d del numeral 24 de la Constitución); y el principio del *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto procesal (vide Expediente N° 2196-2002-HCfTC, Expediente NI! 1593-2003-HCfTC), de cuya naturaleza participarían las normas de ejecución penal. El momento clave para determinar la ley aplicable a los beneficios penitenciarios no es así la ley vigente en el momento del hecho punible, ni la ley vigente que determinó la sentencia condenatoria o la misma ejecución de la pena, sino la ley vigente en el momento en que se presentó la solicitud de acogimiento de los beneficios penitenciarios. Es la fecha de presentación de la solicitud -y ni siquiera

(30) Cfr. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Traducción de Manzanares Samaniego.

Comares. Granada, 1993, Pág. 139: "El juez ha de tener siempre presentes los pronunciamientos valorativos de la Constitución"; ESER, Albin y BURKHARDT, Bj6m. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995. 1/15, Pág. 29; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal", Tirant 10 Blanch. 3ª edición, Valencia, 1993, Pág. 297, (31) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Manual de Derecho Penal. Parte General", PPU, 4ª edición. Barcelona, 1994, Pág. 153, quien destaca la importancia -como factor de interpretación- de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales en esta materia,

la fecha de su admisión a trámite o la fecha de la resolución en que se ordena formar el expediente-la condición que determina la aplicación de la ley penitenciaria(32).

Según el Tribunal Constitucional, por ejemplo, la Ley N° 27770 (Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública) es aplicable de manera inmediata a todas aquellas solicitudes que se presentaron para el trámite de los beneficios penitenciarios (semilibertad y libertad condicional) luego de que la norma entró en vigencia. Sin embargo, si la solicitud se presentó con anterioridad a la vigencia de la ley cuando regía una norma más beneficiosa esta -y no otra- será la norma aplicable(33) .

En contra de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional debemos señalar lo siguiente:

A. La ejecución de la pena y la concesión de beneficios penitenciarios -algo que es consustancial a esta etapa de la mano de una política criminal orientada a la prevención especial- deben ceñirse al principio de legalidad y al tempus regís actum, que tienen como una de sus manifestaciones principales a la garantía de ejecución. En efecto, una de las consecuencias del principio de legalidad es no solo asegurar una garantía criminal, penal, jurisdiccional, sino también una garantía penitenciaria o en la fase de la ejecución de la pena(34).

B. La ejecución de la pena -que no es un acto estático que acaba con la sentencia, sino es un acto dinámico que se prolonga durante un tiempo determinado- debe establecerse antes de la comisión del hecho punible, dado que el ciudadano debe saber tanto el núcleo de la conducta prohibida, la clase y el quantum de la sanción como las condiciones en las que cumplirá la pena. Este conocimiento no puede estar librado a las peripecias, duración caprichosa y a los imprevistos de la duración de un proceso penal-que puede ser muy corto o muy amplio- como tampoco al cambio de la política criminal luego de iniciada la ejecución de la pena, sino que debe producirse antes de la comisión del hecho punible, pues solo de esta manera el Estado informará a todos los ciudadanos cuáles son las reglas de juego y las condiciones a las que estará sujeta la intervención en los derechos de los ciudadanos cuando ponga

(32) Sin embargo, se reconoce una excepción que supone la aplicación del principio de retroactividad en materia penitenciaria: si la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior y la nueva ley establece condiciones más favorables para el acogimiento de los beneficios penitenciarios, esta última ley será la aplicable.

(33) Asimismo, si, por ejemplo, la Ley N° 27770 fuera modificada o derogada por otra norma, pero bajo su imperio se comienza a tramitar una solicitud de beneficios penitenciarios, la nueva ley será aplicable siempre que sea más favorable al reo.

(34) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicios de Publicaciones. 2ª edición. Madrid, 2000. Pág. 337.

en movimiento el sistema penal ejecutando una pena.

Si el fundamento del principio de legalidad reside en la necesidad de conservar cuotas elevadas -o por lo menos razonables- de seguridad jurídica y ofrecer una garantía frente a la arbitrariedad estatal⁽³⁵⁾ y que en materia penal se revela como leyes ex post facto, queda claro que debe exigirse al Estado si cambia las normas de ejecución de la pena o del régimen penitenciario que no pretenda aplicarlas retroactivamente vulnerando el principio tempus regis comisi, toda vez que lo correcto es mantener las normas penitenciarias y las condiciones de las mismas al momento de la comisión del hecho punible.

El Estado de derecho (artículo 43 de la Constitución) cumple con el necesario respeto a las garantías ciudadanas y a los derechos humanos cuando vuelve predecible tanto la descripción típica de la conducta, la clase, tipo y quantum de la sanción a imponer como cuando fija con anticipación las condiciones y presupuestos en las que el ciudadano cumplirá la pena como consecuencia de haber cometido un delito. Los alcances del principio de legalidad se verían profundamente limitados si es que el legislador solo estuviera impedido de variar el monto y la clase de pena, pero se le entregara carta abierta para cambiar cuando quisiese las condiciones de ejecución de una pena o la determinación de los beneficios penitenciarios. El principio de legalidad en materia penal permite evitar cambios sorpresivos, inesperados y perjudiciales en el tratamiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos en cualquier etapa de la dinámica del delito y de la pena.

Los beneficios penitenciarios y las condiciones para obtenerlos no pueden estar supeditados a puras razones preventivo-especiales, tanto al informe del INPE o a la valoración judicial previa, sino que -según nuestro modelo constitucional del sistema penal o, si se quiere, en concreto del Derecho Penal- lo decisivo es reparar en el principio del hecho propio y la ley vigente en el momento de la realización del delito, toda vez que el momento clave para imponer una sanción penal, justificar una condena o conceder beneficios es el tiempo de comisión del delito y las leyes de contenido penal aplicables en ese momento. Solo así se respeta y se vinculan el legislador y el juez a un Derecho Penal del acto abandonando la idea de un Derecho Penal de autor o de la pura peligrosidad.

Asimismo, debe quedar en claro que en un Estado de derecho los criterios preventivos generales, de alarma social o de lucha cerrada frente a la delincuencia como postulados político-criminales legítimos no pueden pretender colocarse

(35) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principio de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 38 y sgtes.

por encima de los principios liberales de un Derecho Penal democrático, sobre todo del principio de legalidad, si es que se quiere obtener respeto histórico y se busca demostrar, por parte del Estado y la sociedad, una necesaria superioridad ética sobre el delito y los delincuentes.

DOCTRINA

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Derecho Penitenciario". Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. CHIRINOS SOTO. "Constitución de 1993. Lectura y Comentarios". Rohdas. 2ª edición. Lima, 1995. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993.

Análisis Comparado", con la colaboración de Otárola Peñaranda. RAO. 5ª edición. Lima, 1999. GRACIA MARTÍN, Luis, BALDOBA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, Mª Carmen. "Lecciones de consecuencias jurídicas del delito". Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

JURISPRUDENCIA

"Si bien al acusado se le ha condenado por delitos de ejercicio ilegal de profesión y desacato, la imposición de la pena de inhabilitación accesoria deviene en indebida y jurídicamente inejecutable, teniendo en cuenta que el acusado no tiene la condición de periodista y menos se encuentra dentro de los presupuestos a que hace referencia el artículo 39 del Código Penal". (Ejecutoria Suprema 10/12/97. Exp. 5634-97. Cusca).

"El plazo de suspensión de la pena condicional fijado en seis meses impuesta a la acusada contraviene lo dispuesto en la parte in fine del artículo 57 del Código Penal, que establece que el plazo de suspensión de la ejecución de la pena es de uno a tres años".

(Ejecutoria Suprema 18/07/97. Exp. 3664-96. Junín).

"Si bien al acusado se le ha condenado por delitos de ejercicio ilegal de profesión y desacato, la imposición de la pena de inhabilitación accesoria deviene en indebida y jurídicamente inejecutable, teniendo en cuenta que el acusado no tiene la condición de periodista y menos se encuentra dentro de los presupuestos a los que hace referencia el artículo 39 del Código Penal". (Ejecutoria Suprema 10/12/97. Exp. 5634-97. Cusca).

"La Sala Penal Superior al momento de expedir la sentencia materia del grado ha impuesto al encausado el pago de sesenta días multa, equivalente al 25% de sus ingresos diarios a favor del tesoro público, por el delito de lesiones graves, no obstante que el artículo 121 del Código Penal no prevé esta pena por la comisión del referido ilícito, por lo que es pertinente disponer la nulidad de la sentencia en este extremo en estricto respeto del principio de legalidad de la ejecución de la pena, previsto en el artículo VI del Título Preliminar del citado Código sustantivo, según el cual no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley".

(Ejecutoria Suprema 05/03/98. Exp. 2916-97. Cono Norte-Lima).

PRINCIPIO DEL HECHO PROPIO.
PROSCRIPCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA
ARTICULO VII

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1, 1/1 CEP. arto VI/I C. arts. 1, 2. 24. e, 3, 43 C.J.M. arts. 4, 5, 6, 7 C.P. arts. 1/1, IX, 20.1, 20.2, 20.5, 20.7, 20.9, 21, 22 C.P.P. arto 2.3 C.A.D.H. art.5.3

Comentario

José Luis Castillo Alva

I. Generalidades

1. El artículo VII del Título Preliminar del CP es una de las principales disposiciones que están en la base de nuestro sistema penal, máxime si marca y delimita los presupuestos y los límites de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico. El principio de la responsabilidad penal personal, o principio del hecho propio, debe contar con una realización completa en el sistema penal peruano.

Impone la necesidad de que se eliminen todas las hipótesis de responsabilidad objetiva que se encuentran en la Parte General, Parte Especial o en las leyes penales(1). En el contexto cultural y teleológico este principio caracteriza a todo ordenamiento jurídico moderno que busca el equilibrio entre eficiencia y garantismo, siendo un núcleo innegable de civilidad(2).

Se trata de un principio penal de indiscutible inspiración constitucional que repercute en la configuración y estructura de todo el Derecho Penal, cuya fuente es el respeto a la dignidad de la persona humana. Vincula tanto al legislador(3)

como al juez. En él se consagra el carácter exclusivamente personal de la responsabilidad penal, asumiendo un significado particular al fijar una elección constitucional acerca del injusto penal.

(1) Cfr. GROSSO, Carlo Federico. "Responsabilita penale personale e singole ipotesi di responsabilita oggettiva".

En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Pena/e. Giuffré. Anno XXXI. Milano, 1988. Pág. 409.

(2) Cfr. PAGLIARO, Antonio. "Colpevolezza e responsabilita obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica". En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Giuffré. Anno XXXI. Milano, 1988. Pág. 387.

(3) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. "Corso di Diritto Penale. Nozione, struttura e sistematica del reato".

Giuffré. Milano, 1995. Pág. 81 .

Su valor no solo radica en fijar una responsabilidad penal personal que descarta claramente la posibilidad de responder por hechos ajenos o de otros(4) (principio del hecho propio), sino que funda tanto la noción del injusto penal y, por tanto, del delito; sostiene el principio de la accesoriedad de la participación y, sobre todo, prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva, es decir aquella que vaya más allá y no respete los límites del dolo y de la culpa (principio de responsabilidad subjetiva).

2. No se trata de un precepto cuya aplicación se centra en el campo puramente sancionatorio o que determine el quantum de la responsabilidad, v.gr. el principio de proporcionalidad; sino que más bien determina la consideración del delito como injusto personal(5). Con ello, el legislador ha delineado también una diferencia sustancial del injusto penal con otras formas y expresiones de ilicitud, propias de otras ramas del ordenamiento jurídico, v.gr. la responsabilidad objetiva, llamada también responsabilidad por el riesgo o por la infracción de los deberes de solidaridad del Derecho Civil, etc., superando la noción liberal de responsabilidad y reemplazándola por planteamientos que la hacen recaer en aquel que controla las condiciones generales de riesgo, en un grado que traduce el riesgo en costo, conjugando el juego de la ganancia y de la pérdida con el instrumento del seguro y de la autoprotección (TRIMARCHI).

3. En su contenido mínimo la norma consagra la prohibición de la responsabilidad penal por actos de otro(6). La pena no debe imponerse a un sujeto distinto del autor o partícipe del delito(7). La responsabilidad penal se construye sobre la base del hecho efectivamente cometido y no tanto de la fórmula típica imputada(8) e indica la pertenencia de un hecho a un sujeto, tanto desde el punto de vista externo como interno, como presupuesto para la subsiguiente imposición de conse-

(4) Cfr. MOCCIA, Sergio. "La Aporra de la Responsabilidad objetiva". En: El Derecho Penal entre el ser y valor.

Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de De Antonio Bonanno. Faira editor. Buenos Aires, 2003. Pág. 147.

(5) Cfr. BRICOLA, Franco. "feorfa General del Reato". En: Novissimo Digesto Italiano (Diretto da: Antonio Azara y Ernesto Eula). Unione Tipografico-Editreca Torinese. Tomo XIV. 1974. Pág. 51; MOCCIA, Sergio. "La Aporía de la Responsabilidad objetiva". En: El Derecho Penal entre el ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica Pág. 145.

(6) Cfr. CASTALDO, Andrea. "La Struttura dei delitti aggrawati dall'evento tra colpevolezza e prevenzióne generale.

Responsabilita penale personaJe e singole ipotesi di responsabiliza oggettiva". En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Giuffré. Anno XXXI, Milano, 1988. Pág. 1021; BRICOLA, Franco. Op. Cil. Pág. 51.

(7) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Omisióon impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal de la empresa". En: 100 aflos de la Procuradurla de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2000. Pág. 115.

(8) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. Op. Cil. Pág. 82.

cuencias jurídicas(9). Se prohíbe instrumentalizar la libertad individual del hombre en la búsqueda de objetivos político-criminales, prescindiendo de su comportamiento concreto(10). En su contenido más amplio el principio de la responsabilidad personal exige que el hecho imputado, para que sea legítimamente punible, debe necesariamente incluir, por lo menos, la culpa del agente(11).

4. Incluso, si se quiere extender los alcances de este principio a la órbita de la teoría de la pena y si se asume que la pena tiene una función reeducativa y resocializadora, esta no puede aplicarse de una forma que altere la esencia y la estructura de la personalidad del reo o que sea una vía ineficaz e inútil en el caso concreto para la recuperación del autor del delito, aun cuando pueda servir a otra persona distinta que ha cometido la misma clase de delitos. Únicamente sobre la base de un hecho propio y de la responsabilidad personal puede emprenderse legítimamente una resocialización o confiar que es posible una no desocialización. Para reeducar es necesario que el sujeto sea por lo menos responsable de un delito a título de culpa. Asimismo, no es posible resocializar si es que no hay un acto objeto de desaprobación(12).

Una dudosa fuente de legitimación de la responsabilidad objetiva puede encontrarse en los criterios de prevención general negativa, o prevención intimidatoria. Por ella se envía un mensaje al ciudadano de las consecuencias negativas que pueden recaer sobre él, si es que decide realizar cualquier acción que pueda "causar" un resultado estimado como disvalioso(13). Se alude también a una supuesta función político-criminal que cumpliría la responsabilidad objetiva en el plano procesal, especialmente en el derecho probatorio, al servir de pretexto para eliminar las dificultades de prueba del dolo y de la culpa. Sin embargo, desde la perspectiva de la prevención general, el respeto y la confianza en las normas solo se logran mantener cuando las personas responden por sus acciones y omisiones (imputables a ellos), tanto desde el punto de vista objetivo y subjetivo(14). Finalmente, se recuerda que la imposición de una sanción penal que prescinda del dolo o de la culpa no tiene ningún sentido, cualquiera sea el fin de la pena que se ponga en consideración(15).

5. La formulación del precepto y los alcances del principio de responsabilidad personal se extiende también a proscribir toda forma de responsabilidad objetiva(16),

(9) Cfr. MOCCIA, Sergio. Op. Cil. Pág. 151. (10) Cfr. BRICOLA, Franco. Op. Cil. Pág. 51.

(11) Cfr. CASTALDO, Andrea. Op. Cil. Pág. 1023.

(12) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. "Diritto Penale". Zanicheli. 4ª edición. Bologna, 2001. Pág. 592.

(13) Véase, FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cil. Pág. 588.

(14) Cfr. MOCCIA, Sergio. Op. Cil. Pág. 152.

(15) Cfr. CASTALDO, Andrea. Op. Cil. Pág. 1021.

(16) En la doctrina italiana, véase: FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo Op. Cil. Pág. 588.

(17) Cfr. MOCCIA, Sergio. Op. Cil. Pág. 156.

Esta prohibición es distinta a la prohibición de imputar un hecho ajeno(17). En efecto, es posible incurrir en una responsabilidad objetiva, sin atribuir el hecho a otra persona.

Se entiende por responsabilidad objetiva todos los casos en los que la ley o el juez pone a cargo de una persona un elemento objetivo (esencial o accidental) de un tipo penal, independientemente de la existencia de dolo o culpa, o si hay la previsibilidad de un evento no voluntario(18).

6. Existe una lamentable perversión de principios constitucionales de carácter penal cuando no solo se hace responder a una persona quebrantando las exigencias de la relación de causalidad o de los criterios de imputación objetiva(19), v.gr. se pretende castigar por un hecho fortuito(20) o por un comportamiento que cae dentro del riesgo permitido(21), sino cuando respetándose las reglas de la imputación y de la causalidad a la persona se le hace responder más allá de su conocimiento y voluntad, v.gr. un hecho culposos se lo convierte, por capricho judicial, en doloso(22) .

El principio de la responsabilidad penal personal o principio del hecho propio no admite excepciones ni fisuras. Abarca tanto acciones y omisiones. Nadie puede responder por una acción o una omisión que no le pertenece o no es suya. No debe entenderse como una excepción los casos de la responsabilidad penal por omisión (propia o impropia)(23), al no haber controlado fuentes de peligro o no haber interpuesto medidas oportunas de contención de riesgos; en especial, la omisión que deriva de la estructura jerárquica y del principio de división de trabajo -ya sea del Estado o de una empresa- por el cual quien ostenta el poder de decisión o ejerce una posición de superioridad tiene la obligación de vigilar, controlar y supervisar el comportamiento de los subordinados dentro del respectivo sector del tráfico.

Por tanto, el principio jurídico-político de la responsabilidad penal personal reconoce que todo factor que determina la imputación penal a un sujeto, debe ser realizado por este o por un tercero -siempre que haya una posición de garantía y la obligación de controlar una fuente de peligro- concurriendo un comportamiento doloso o culpOSO(24). El sujeto no puede responder por un comportamiento lícito, por la creación de un riesgo que se concreta en el resultado debido a un tercero -no habiendo posición de garantía- o por un fenómeno natural.

(18) Cfr. GROSSO, Carlo Federico. "Responsabilita penal e personale e singole ipotesi di responsabiliza oggettiva".

En: Revista /italiana di Diritto e Procedura Pena/e. Pág. 409.

(19) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. "Diritto Penale". Pág. 588.

(20) Cfr. GROSSO, Carlo Federico. Op. Cil. Pág. 411.

(21) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cil. Pág. 588.

(22) Cfr. MOCCIA, Sergio. Op. Cil. Pág 145; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cil. Pág. 588.

(23) Con matices, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Págs. 115 y sgtes.

(24) Cfr. BRleOLA, Franco. Op. eil. Pág. 51.

7. La responsabilidad objetiva no solo constituye una institución arcaica, contraria a los principios constitucionales básicos, al vulnerar directamente la dignidad de la persona humana, sino que desde el punto de vista político-jurídico y del pluralismo -que como garantía debe mantener todo Estado de derecho- constituye un resabio de la identificación entre delito y pecado, entre derecho y moral, pues ella parte de la premisa que la persona debe responder de todas las consecuencias de su pecado o su ofensa a Dios y no tanto por su comportamiento prohibido exclusivamente por las normas jurídicas, al margen de lo que realmente quiso hacer, o de si su acción es predecible o fortuita(25).

Asimismo, al ciudadano se le expone al peligro de sufrir una condena y ser privado de alguno de sus derechos fundamentales por resultados y factores que son incontrolables de su parte, con la consecuencia, adicional, de tener que organizar y programar su vida con el riesgo de sufrir un accidente y padecer una condena(26). El cálculo de lo imprevisible o inevitable pasa a ser también (caprichosamente) un elemento de cómputo de los ciudadanos en el momento de autodeterminarse a realizar una conducta.

8. El artículo VIII del CP consagra dos principios: el principio del hecho propio y el de responsabilidad subjetiva.

II. Principio del hecho propio

1. Este principio, eje del Derecho Penal contemporáneo, recibe diversas denominaciones por parte de la doctrina. Algunos autores lo llaman principio de materialidad de la acción(27), otros lo denominan principio de la objetividad material del delito(28), principio de culpabilidad por el hecho aislado(29) o, de manera más sencilla, principio del acto(30) o principio del hecho(31). Nosotros, basados en los argumentos que luego se expondrán, hemos considerado pertinente denominar a este axioma penal como principio de responsabilidad por el hecho propio, buscando hacer hincapié en la necesidad que la responsabilidad jurídico penal se asiente sobre una determinada conducta externa que efectivamente haya sido realizada por la persona a quien se le

(25) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cil. Pág. 588. (26) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cil. Pág. 593.

(27) Así FERRAJOLI. "Derecho y Razón". Traducción de Andrés Ibañez et al. Madrid, 2001. Pág. 480.

(28) Véase BETTIOL, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal". Traducción de Gutiérrez AlvizConradi. Bosch. Barcelona, 1977. 114.

(29) ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Izquierdo Macras-Picavea. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. Pág. 50.

(30) De esta manera VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Temis. Bogotá, 1997. Pág. 270; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal Fundamental". Tomo 11. Temis. Bogotá, 1986. Pág. 20.

(31) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Sª edición. Valencia, 1999. Pág. 315; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia, 1993. Pág. 278.

imputa la comisión del injusto penal, y en especial, el resultado, de tal manera que se excluya su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser causado por otros sujetos.

2. Ningún daño, ningún resultado, por más grave que sea, que perjudique a un individuo, a la sociedad o al Estado puede estimarse penalmente relevante sino es como efecto de una conducta humana⁽³²⁾. Solo el hombre puede delinquir y solo sus acciones gozan de mérito o demérito. El ordenamiento jurídico repara en dichas conductas, ya sea para imponer una sanción negativa (pena o cualquier otra medida que elimine o restrinja derechos) o una sanción positiva (recompensa o beneficio por una acción valiosa)⁽³³⁾. Los eventos dañosos que causan grave perjuicio y que se corresponden o son causados por las fuerzas de la naturaleza o el puro azar no pueden generar ninguna clase de responsabilidad penal. En estos casos el Estado está liberado de imponer cualquier sanción. Solo las conductas humanas tienen relevancia para el Derecho y solo en la medida en que existan pueden generar alguna clase de consecuencia jurídica. Aquello que no es dominado por el hombre ni provocado por su voluntad no puede hacer surgir una reacción jurídica y menos despertar una sanción jurídico-penal. Sin una conducta no solo no hay delito, sino que no puede imponerse una sanción jurídica. El Derecho mismo es inimaginable sin el comportamiento humano. Como bien apuntó MAGGIORE: "El hombre es delincuente por su obrar y en su obrar, no por su ser, aún no revelado en obras"⁽³⁴⁾.

3. La fijación de toda responsabilidad jurídica, incluida la penal, gira alrededor de la exigencia de un comportamiento humano que es su presupuesto. Sin embargo, no se crea que esta fue una característica inherente a toda civilización o que se encontró presente en toda la historia de la humanidad. Nada de eso. Por el contrario, dicha concepción representa un salto cualitativo de inapreciable valor que marca un hito en la historia del hombre y su cultura, que apareció luego de considerar a la persona como el ente principal del mundo y que solo debía responder por las acciones que dependían de su voluntad y que, por tanto, controlaba⁽³⁵⁾.

De un primer estadio, en el cual se hacía responsable a una persona de todos los resultados que estaban asociados o unidos a su actuar (exista o no causalidad o previsibilidad), se pasó a otra etapa caracterizada por la atribución de la responsabilidad de un resultado en cuya producción se ha participado directamente; has ta llegar a una etapa superior, en la que no se puede hacer responsable al autor por su comportamiento, aunque lo haya querido, si

(32) FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Pág. 480.

(33) Véase, BOBBIO, Norberto. "La función promocional del Derecho". En: Contribución a la Teoría del Derecho. Traducción de Ruiz Miguel. Madrid, 1990. Págs. 376 y sgtes.

(34) MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Tomo 1. Temis. 2ª edición. Bogotá, 1985. Pág. 309, quien apunta que: "Un delincuente que nunca ha delinquido es como un genio que nunca ha hecho algo genial o un santo que nunca ha realizado un acto de santidad".

(35) Este paso gigantesco que sin desgajar al hombre de la naturaleza, lo puso por encima de ella, llenándolo de un sentido ético-espiritual irrefutable, significa también el triunfo de la racionalidad sobre la superstición y el predominio de la conciencia humana sobre los mitos y creencias inconscientes.

el resultado se debe a circunstancias que estaban más allá de su control y voluntad, o no se ha creado ningún peligro o, habiéndolo hecho, este no ha concretado en el resultado(36).

La conducta humana paulatinamente pasó a tener un valor cada vez más decisivo, siendo indispensable para la fijación de la responsabilidad penal. Al hombre no le basta actuar para que se haga acreedor a una sanción jurídico-penal, es necesario que dicha acción haya de manera efectiva provocado el resultado, para lo cual hay que comprobar una relación de causalidad según las leyes de la naturaleza y la creación de un riesgo típicamente desaprobado que se concrete en la lesión a un bien jurídico. Tenemos así que no basta la verificación de una conducta para que la persona comparezca ante el escenario de la justicia criminal, dado que resulta indispensable que dicha acción sea idónea para generar el resultado según las leyes científicas y de la experiencia, y que se corresponda con criterios normativos (ámbito de protección de la norma, creación de un riesgo, incremento de un peligro, etc.) de tal manera que el evento producido pueda imputarse a una acción.

Asimismo, se encuentran superados los tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a todo el clan o la familia del delincuente o se trasladaba de una generación a otra. Hoy en día, la responsabilidad penal y la imposición de una sanción jurídico-penal se caracterizan por exigir una conducta efectivamente cometida y porque en ellas cada persona responde de acuerdo a su acción y grado de contribución objetiva y subjetiva en la producción del delito. Actualmente está vedada la responsabilidad por acciones ajenas. Ella es personal e intransferible.

4. El principio de responsabilidad por el hecho implica que el Derecho Penal, como sucede en el ordenamiento jurídico en general, solo puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una "conducta objetiva"(37). Mientras la intención no se objete ni se exprese externamente la voluntad que altera la paz social lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no puede plantearse ninguna clase de responsabilidad penal. Toda conducta o "voluntad objetivada" penalmente relevante, además, de ser captada por los sentidos, al suponer un despliegue de energía (acción) o al tener un contenido normativo valorativo (omisión) debe poseer una trascendencia y un significado social(38),

(36) Al respecto, y contemplando este punto dentro del principio de imputación subjetiva, HASSEMER, Winfried.

"Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. Págs. 274 y sgtes.

(37) Schopenhauer sostiene que: "El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el Estado, la intención o la voluntad no se toman en cuenta, sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho".

ya sea por comprometer un interés colectivo o un bien individual, dado que si ellos son tutelados por el Derecho Penal deben representar un proceso o relación social de indudable valor⁽³⁹⁾.

Además de la importancia social, la conducta debe estar prevista en la ley, en virtud de que en Derecho Penal solo tienen relevancia jurídica las acciones descritas en una ley, dada la vigencia irrestricta del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico. De tal suerte tenemos que en el Derecho Penal contemporáneo el principio del hecho propio no justifica por sí solo la responsabilidad penal, sino que esta nace en la medida en que la conducta se encuentre descrita previamente en una ley penal. Solo las conductas o hechos humanos previstos y establecidos en una ley penal pueden generar responsabilidad penal. Una conducta inmoral o nociva socialmente, por más que sea manifestación auténtica de una personalidad malvada, si no se encuentra consagrada en una ley penal, no legitima la aplicación de una pena o medida de seguridad. Únicamente la ley como presupuesto político y la conducta humana como presupuesto óntico-valorativo legitima la aplicación de una sanción.

Como consecuencia del principio de responsabilidad por el hecho propio se proscribe la responsabilidad por el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico. La esfera íntima de los ciudadanos, los fueros internos, no pueden ser intervenidos ni juzgados por el ordenamiento jurídico, y menos por el Derecho Penal, imponiendo una sanción, al ser ello competencia exclusiva de la moral y la ética. Como bien se apunta, el orden jurídico regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia⁽⁴⁰⁾. El pensamiento y el mero designio criminal, al no exteriorizarse en una acción, no lesionan ningún bien jurídico y no ponen en riesgo la paz social que el Derecho resguarda, como tampoco hacen necesaria una estabilización de las expectativas normativas ni generan algún daño para la sociedad o el individuo concreto.

El contenido del principio del hecho propio tiene su expresión más notoria en la exigencia de realización de conductas externas que modifiquen los procesos vitales de otras personas o las relaciones sociales del mundo organizado, apareciendo como una conducta cargada de significado social que al cambiar la realidad y ocasionar la lesión de bienes jurídicos es valorada negativamente por terceros y

(38) BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. Pág. 114.

(39) Sobre el bien jurídico, véase ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 56; JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 4ª edición. Granada, 1993. Pág. 231; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Repertor. Barcelona, 2002. Págs. 134 y sgtes. En la doctrina nacional, URQUIZO OLAECHEA, José. "El Bien Jurídico".

En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 6. Págs. 805 y sgtes.

(40) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. cit. Pág. 315.

por la sociedad en su conjunto. La cobertura del principio se extiende también a las omisiones típicas (delitos omisivos) que si bien no pertenecen al mundo de la naturaleza ni tienen un fundamento ontológico(41), forman parte de las modalidades de conducta relevante penalmente. Del artículo 11 del CP se deduce que no solo la acción, sino también la omisión, origina la presencia de un delito o falta si se halla penada por la ley(42).

III. principio de responsabilidad subjetiva

1. El principio de responsabilidad subjetiva suele también denominarse principio de imputación subjetiva, principio de dolo o culpa o, de manera más sencilla y gráfica, elemento subjetivo del delito. Comúnmente se le identifica con el principio de culpabilidad al que se le asocia de manera genérica(43). El principio de responsabilidad subjetiva sería así uno de los contenidos, tal vez el más importante, del principio de culpabilidad. Sin embargo, dicho parecer, siendo válido desde la perspectiva tradicional (causalista), que consideraba al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, hoy deviene en impracticable. Ello se debe en gran medida a la influencia de la teoría finalista de la acción, que produjo un cambio de ubicación de las modalidades más importantes de la responsabilidad subjetiva (dolo y culpa) de la culpabilidad al tipo penal(44).

2. En la actualidad pareciera que el único camino a seguir, moviéndose de manera paralela con las nuevas corrientes del Derecho Penal, es el de independizar la importancia y contenido del principio de responsabilidad subjetiva, desligándolo de cualquier lastre etizante o concepción normativo-psicológica, propia del concepto complejo de culpabilidad. Pese a ello, somos partidarios de mantener el principio de responsabilidad subjetiva como una de las consecuencias materiales

(41) Sobre el fundamento de la omisión, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El Delito de Omisión. Concepto y Sistema". Págs. 21, 81 Y 123; HUERTA TOCILDO, Susana. "Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995". Valencia, 1997. Pág. 25.

(42) En sentido similar, en el derecho español, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 295.

(43) De este modo procede por ejemplo FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Pág. 490, quien otorga tres contenidos al principio de culpabilidad, como son: a) la personalidad o suidad de la acción que refleja la relación de causalidad entre la acción y el resultado; b) la imputabilidad o capacidad psico-física del reo; y c) La culpabilidad en sentido estricto, llamada intencionalidad, que designa la conciencia y la voluntad del concreto delito y que puede asumir también la forma de dolo o culpa. También VON LISTZ, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa y adiciones de Quintano Saldaña . Volumen 11. Madrid, 1929. Pág. 390, para quien: "Solo con el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho Penal".

(44) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Universitas. Tomo 1.

Madrid, 1996. Pág. 87, quien afirma: "La denominación de principio de culpabilidad era lógica cuando se trataba el dolo y la imprudencia como formas o grados de culpabilidad, y sigue siendo coherente para la doctrina, hoy minoritaria que aún mantiene esa concepción. Pero si se considera, con la doctrina mayoritaria, que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del injusto típico y que constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como es lo correcto, entonces no es coherente designar a la exigencia de dolo e imprudencia principio de culpabilidad, sino principio de responsabilidad subjetiva (por contraposición a la objetiva), denominación que tiene, además, la ventaja de neutralidad, ya que sirve tanto para quienes piensan que esto es un problema de injusto como para quienes lo siguen considerando un problema de culpabilidad".

del principio de culpabilidad en su vertiente político-criminal. Una postura de esta índole no olvida los avances dogmáticos irreversibles producidos en las últimas décadas, que han terminado de normativizar la categoría de la culpabilidad, complementándola, en algunos casos, con criterios preventivos (ROXIN). Muy por el contrario, teniéndolos en cuenta se busca distinguir entre el principio de culpabilidad, entendido como elemento director de la política criminal del Estado, y la categoría de la culpabilidad, cuyo valor se restringe a constituir un aspecto de la construcción estratificada de la Teoría del Delito⁽⁴⁵⁾. El principio de culpabilidad tendría un contenido más amplio y profundo toda vez que serviría para limitar el ejercicio del ius puniendi y equilibrar el interés estatal de perseguir y castigar el delito, conservando los derechos y garantías de los ciudadanos que han delinquido. Justamente, uno de los elementos garantizadores del principio de culpabilidad es el principio de responsabilidad subjetiva.

3. El principio de responsabilidad subjetiva se caracteriza por exigir que la responsabilidad penal se erija sobre las consecuencias efectivamente queridas por el sujeto (dolosa) o por los resultados al menos previsibles que importen la infracción del deber objetivo de cuidado (culpa). Los hechos y resultados perjudiciales (muertes, lesiones, incendios, daños, etc.) que no sean intencionales o que no se vinculen a la previsibilidad de un hombre medio no pueden legitimar una intervención por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos (vida, libertad, patrimonio, etc.). Las consecuencias no queridas, las que son fruto del azar y se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma, carecen de idoneidad jurídica para fundar un juicio de reproche y la imposición de una pena.

La responsabilidad penal en el mundo contemporáneo solo puede edificarse sobre la base de la voluntad y el conocimiento de lo que efectivamente se pretendió causar. Asimismo, la desaprobación de una conducta debe guardar relación con la infracción de una norma de cuidado, sea una norma jurídica, positivizada o del derecho consuetudinario, o una regla de la experiencia.

Como advierte MANTOVANI: "En el proceso de subjetivación que ha identificado a la historia de la responsabilidad penal, el Derecho Penal moderno, por un lado ha ido abandonando no solo la responsabilidad por el hecho ajeno, que pertenece a los comienzos del Derecho Penal o a momentos regresivos de la historia de un pueblo, sino también la responsabilidad objetiva que constituye siempre la expresión de una concepción jurídica grosera, incapaz todavía de captar el valor de la actitud interna del sujeto al ser propia de épocas históricas superadas"⁽⁴⁶⁾.

(45) Realizan esta distinción ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel. Op. Cil. Pág. 250; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones. Madrid, 2000. Págs. 283 y 287; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 97; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cil. Pág. 66, quien distingue entre un principio de culpabilidad en sentido amplio y en sentido restringido.

(46) MANTOVANI Ferrando. "Responsabilidad Objetiva y Responsabilidad Subjetiva". En: Doctrina Penal. Año 6. 1983. Pág. 261.

El tránsito de una responsabilidad objetiva o por el resultado a una responsabilidad subjetiva es la manifestación de un proceso de espiritualización y humanización del Derecho Penal⁽⁴⁷⁾ que marca el acercamiento a criterios subjetivos y el abandono de la mera producción de resultados externos como fundamento de la responsabilidad penal, muchas veces ajenos a la voluntad del hombre y solo relacionados por la pura causalidad. Asimismo, constituye un largo proceso histórico de dignificación del ser humano y de reconocimiento de su calidad de persona⁽⁴⁸⁾. Dicho proceso de espiritualización o subjetivización del Derecho Penal, lejos de representar una vuelta a criterios moralizantes ya abandonados, se corresponde con el fundamento antropológico del Derecho, y en particular del Derecho Penal, que obliga a contemplar no tanto el suceso exterior efectivamente causado por acción de una voluntad, sino a reparar en aquello que el individuo se representó y quiso hacer o, en su caso, pudo prever.

La contemplación del dolo y la culpa como las únicas formas de responsabilidad subjetiva sobre las que legítimamente puede imponerse una pena, constituye un distanciamiento del Derecho Penal contemporáneo al de épocas pasadas. Hoy se puede afirmar que el desarrollo y humanización del Derecho Penal actual están vinculados al respeto de desvalor interno de la acción (dolo o culpa) por encima de cualquier otra categoría jurídica de imputación. La responsabilidad subjetiva es por ello un principio que puede ser considerado como la columna maestra del Derecho Penal y que se mantiene hoy en día inconmovible como una "roca en medio del mar" (BELING).

4. La vigencia indiscutible del principio de responsabilidad subjetiva no solo comprende el ordenamiento jurídico-penal, sino toda la cultura humana que desde antiguo buscó precisar criterios de justicia para hacer responsable al hombre por sus actos. Dicho camino ha sido tortuoso, difícil y no siempre lineal. Así, la responsabilidad en los pueblos primitivos descansaba tanto en la idea del daño, a veces independiente de la idea de causalidad física, como en la proximidad o relación afectiva (pariente del autor, su clan, familia, tribu, etc.)⁽⁴⁹⁾, muy al margen de la intención del sujeto. Dicha práctica, aunque con matices, es asumida por el Derecho griego, el que lejos de entender la responsabilidad en términos individuales (inocentes o culpables), la transfería colectivamente a otros miembros del clan. En el Derecho hebreo se establecían penas para los hijos o descendientes del reo hasta la séptima generación, sin distinguirse entre delitos voluntarios e involuntarios. En el Libro de Exodo, Cap. 20 verso 5, se puede leer: "Yo, el eterno

(47) Gfr. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 488; MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 449; MEZGER, R., Edmundo.

"Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 31. También MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 97.

(48) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11. 3ª edición. 8ª reimpresión. Buenos Aires, 1978. Pág. 2.

(49) A mayor extensión, ANTÓN ONEGA, José. "Derecho Penal. Parte General". Akal. 2ª edición. Madrid, 1986.

Pág. 213.

tu Dios soy un Dios celoso que castiga la iniquidad de los padres en la persona de sus descendientes hasta la tercera y cuarta generación". En el Derecho germánico el *wergeld* debía pagar como resarcimiento, sin distinguir entre hechos voluntarios e involuntarios; no obstante, el *fredus* se pagaba cuando el hecho dañoso se cometía intencional mente. Prevalecía aquí en la medida del injusto el resultado causado. Por su parte, el Derecho canónico permitió el desarrollo del pensamiento del *versari in re illicité* (50).

El principio de responsabilidad subjetiva encuentra sus antecedentes en el Derecho romano en el que se planteó que "ningún hecho será condenable, sin que exista en el reo conocimiento de su injusticia". Las XII Tablas declararon: "si quis liberum hominem dolo sciens morti duit parricida est" (si alguno, a sabiendas y con dolo da muerte a un hombre libre, considérese como parricida). Este principio fue tomado por el cristianismo que pulió la idea: "Donde no hay intención no hay pecado ni delito", siendo luego teorizado hasta sus últimas consecuencias por el pensamiento penal ilustrado, la dogmática jurídica alemana del siglo XIX y en especial, la ciencia penal del siglo XX.

5. El principio de responsabilidad subjetiva, o participación interna, tal como se halla formulado actualmente, permite distinguir dos grados de intervención interna en el delito: la responsabilidad subjetiva dolosa y la responsabilidad subjetiva culposa. Dicha diferencia se halla avalada por las modernas investigaciones de carácter psicológico, las que acreditan de manera irrefutable que el juicio moral se halla enraizado en la conciencia de nuestra cultura, siendo imposible desprenderse o mantenerse al margen de él. HASSEMER sostiene que entre la evolución histórica de los mecanismos de imputación subjetiva, desde los más primitivos hasta los más desarrollados, y la biografía personal, entendida como evolución psicológica de una personalidad media, pueden encontrarse profundas semejanzas y relaciones que se hallan marcadas por la aparición y ulterior desarrollo de las valoraciones sobre las intenciones y demás disposiciones subjetivas del agente. Según la moderna psicología, el dolo y la culpa no habrían aparecido por generación espontánea, sino como consecuencia de un lento y largo desarrollo.

Sin embargo, los grados y niveles de imputación subjetiva y su correlativa influencia en el marco abstracto de la determinación de la pena encuentra su justificación no solo en criterios psicológicos, sino que puede encontrar otros fundamentos de innegable valor e inaplazable atención(51), los que explican la mayor gravedad -y, por tanto, la mayor punición- de los delitos dolosos respecto a los

(50) Con mayor información FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 487; MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 448.

(51) Véase ampliamente, RAGUÉS I VALLES, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Barcelona. 1999. Págs. 32 y sgtes.

delitos culposos y la limitación de los hechos imprudentes a un numerus clausus fijado exhaustivamente en la ley, que se diferencia de la regla de la punición general de los delitos dolosos(52).

Un primer criterio estima que la mayor penalidad de los delitos dolosos sobre los culposos se ampara en que es más peligrosa para un bien jurídico la conducta que se dirige intencional mente a lesionarlo (dolo directo de primer grado), la que se realiza pese a saber seguro que se producirá para lesionarlo (dolo directo de segundo grado) o la que se acepta como capaz para producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada para evitarlo (dolo eventual). Por su parte, la peligrosidad de la conducta es menor cuando el sujeto no quiere la lesión del bien jurídico y trata de evitarla y puede confiar en hacer algo para evitarlo, tal como sucede con los comportamientos imprudentes(53).

A esta posición se le crítica por el hecho de que la menor punición del delito imprudente solo estaría justificado si -prescindiendo de toda valoración objetiva del riesgo- se interpreta exclusivamente el suceso típico desde el punto de vista del autor, conclusión a la que no se llega si se parte de la premisa que el riesgo en un delito doloso y en un delito imprudente siempre es el mismo(54). Más que hablarse de una mayor peligrosidad de la acción en un delito doloso lo que se pretende remarcar aquí es una supuesta mayor peligrosidad del autor, argumento que encontraría su sustento en criterios preventivo-especiales. Sin embargo, si se toma en cuenta la integridad futura de los bienes jurídicos no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente(55) o la menor culpabilidad del delito culposo no implica de manera indispensable la menor peligrosidad social del autor(56).

Un segundo planteamiento considera que la mayor punición del delito doloso respecto al delito imprudente reside en que en el primero el autor expresa una decisión contra los bienes jurídicos que se echa de menos en las infracciones imprudentes(57). En efecto, si la misión del Derecho Penal es proteger los bienes e intereses jurídicos fundamentales sin los que sería inimaginable una

(52) Cfr. ROMANO, Mario. "Commentario Sistematico del Codice Penale". Tomo 1. Giufre. 2ª edición. Milano, 1995.

43/63; p. 423. Ampliamente, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La Imprudencia en el Código penal de 1995 (Cuestiones de 'lege data' y de 'lege ferenda')". En: Cuadernos de Política Criminal. W 62. 1997. Págs. 304 y 305.

(53) Así, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 142; MIR PUIG, Santiago. "El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho". Pág. 69 y sgte; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Págs. 331 y 406; CASTALDO, Andrea. "La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante". En: Política criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin). Pág. 233, Y en especial pág. 240: "(...) La circunstancia de que la intencionalidad de la ofensa, típica en el ilícito doloso, disminuye el quantum de riesgo que el ordenamiento está dispuesto a tolerar, ampliando de este modo el área de riesgo significativo imputable al autor". Luego señala: "Una conducta calificada como irrelevante en relación con hechos culposos, puede llegar a ser, por tanto, jurídicamente significativa, en caso de que esté realizada desde una intencionalidad lesiva" (pág. 241).

(54) Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Homicidio y Lesiones Imprudentes: Requisitos y límites materiales". Págs. 29 y sgtes.

(55) Cfr. RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Cil. Págs. 40 y sgtes.

(56) Cfr. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3ª edición. Padova, 1992. Pág. 336.

convivencia pacífica, una conclusión elemental de ello es que se debe castigar con una mayor sanción los atentados contra los bienes jurídicos que se producen de modo intencional (doloso) respecto a aquellos hechos en los que la lesión o puesta en peligro es consecuencia del obrar precipitado e irreflexivo o se produce por una falta de atención(58). A esta postura se le critica -luego de reconocer que se trata de una determinada valoración de la realidad- el no explicitar los motivos por los que debe castigarse más gravemente a quien se decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo(59).

Un tercer criterio estima que la mayor penalidad del autor doloso sobre el culposo reside en la particularidad de que al primero le es más fácil evitar la realización del tipo objetivo a diferencia del segundo que por desconocer el peligro que se cierne o sobrevalorar sus fuerzas -o en suma por incurrir en un error- no se halla en condiciones de evitar o impedir que el riesgo se produzca o se concrete.

Esta posición es sustentada por ATTO, SAMSOM, SCHÜNEMANN y FRISCH(60).

Se parte aquí de la premisa que quien es consciente del peligro, planifica el hecho o aquel que domina su voluntad e intención le es mucho más sencillo evitar las posibles consecuencias de su conducta, ello si se lo compara con aquel que ni siquiera sabe lo que hace o no es consciente de los riesgos de su conducta. El autor doloso tendría un mayor poder de evitación y un mayor poder de control sobre el suceso que el autor imprudente, pues quien apenas conoce los alcances de su comportamiento difícilmente puede hacer algo para impedir o evitar determinado desenlace. Mientras que al autor doloso le basta con dejar de actuar (delito comisivo) o realizar la conducta ordenada (delito omisión), al autor imprudente

(57) Así, STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Ederesa. Madrid, 1982. N° 253. Pág. 94: "(...) El autor que obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras que el que lo hace con culpa, no"; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. 7ª edición. Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires, 1994.42/33. Pág. 125: "(u..) se pueden señalar dos distintas clases de perjuicios evitables; por un lado aquellos que se dirigen conscientemente hacia el perjuicio representado del bien jurídico y, por el otro, aquellos que si bien conducen a un perjuicio evitable, en virtud de una dirección final, no buscan dicho perjuicio. Al primer grupo pertenecen los hechos dolosos, al segundo, los culposos. Por lo tanto, los hechos dolosos y los culposos se distinguen subjetivamente en que, en los segundos, el perjuicio del bien jurídico aprehendido en la norma respectiva no es perseguido como objeto de la acción"; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo blanch. 4ª edición. Valencia, 2000. Pág. 302: "El delito doloso supone una rebelión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito"; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág.331 quien junto a la mayor peligrosidad objetiva de la acción dolosa sobre la culposa señala también que "el dolo supone un enfrentamiento más abierto al Derecho que la imprudencia".

(58) En sentido similar, JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 511 cuando señala: "(...) El contenido del injusto y de la culpabilidad del delito imprudente es menor que del hecho doloso, porque aquí el autor no contraviene voluntariamente el mandato del ordenamiento jurídico, sino solo por falta de atención".

(59) Véase, RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Cil. Pág. 39.

(60) Ampliamente, RAGUÉS I VALLES, Ramón Op. Cil. Pág. 37.

se le exige prestar atención sobre la conducta o el riesgo que configura. Quien sabe lo que está por sobrevenir puede desarrollar un mejor comportamiento de acuerdo a Derecho que quien lo ignora. En efecto, las mayores cuotas de conocimiento y estimación de la clase de conducta que se emprende o del tipo de riesgo que se crea hace que el sujeto posea mayores posibilidades de evitar la realización del tipo objetivo. Dicho poder de evitación -según se sostiene- determinará una sanción y valoración negativa más intensa del dolo respecto a la imprudencia.

No obstante, se critica a este punto de vista el no explicar la diferencia de penalidad del dolo y la culpa sobre la base de criterios preventivos, sino que en último lugar alude a una supuesta y aparente mayor maldad y egoísmo del autor doloSO(61); además, que se trataría de un argumento psicologizante, muy problemático, pues no es una conclusión obligada que de un hecho psíquico se derive una val Oración(62), es decir, no es obligado que de un mayor poder de evitación se derive una mayor sanción para el delito doloso.

Un cuarto planteamiento -sustentado por Günther JAKOBS y sus seguidores- considera que el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente(63). Mientras el autor del delito doloso niega ante los demás ciudadanos la vigencia de la norma, el autor imprudente no es más que expresión de un error y no pone en tela de juicio la vigencia de la norma(64). Esta premisa es consecuencia de la premisa de considerar a la imprudencia como un error o -en palabras de JAKOBS- como el desconocimiento no dirigido (65). En suma, se considera que "la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de la norma penal. Por contra, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea solo expresión de fracaso de un sujeto en su planificación individual(66)".

A esta postura se le puede objetar el reducir la diferenciación del dolo y la culpa a criterios exclusivamente preventivos -y en concreto a postulados preventivos generales- dejando de lado consideraciones valorativas como la misma idea de

(61) Véase, RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Cil. Pág. 38.

(62) Cfr. JAKOBS, Günther. "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos". En: Estudios de Derecho Penal. Pág. 137, nota W 16.

(63) Asr, RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Cil. Pág. 41.

(64) JAKOBS, Günther. "El Principio de Culpabilidad". En: Estudios de Derecho Penal. Pág. 371.

(65) JAKOBS, Günther. "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos". En: Estudios de Derecho Penal. Pág. 139.

(66) Cir. RAGUÉS I VALLES, Ramón. O. Cil. Pág. 43.

justicia y el principio de igualdad, los cuales reclaman un tratamiento y una sanción distinta para fenómenos psíquico-normativos (dolo y culpa) que se diferencian nítidamente. Asimismo, se puede censurar a este planteamiento el estimar como modalidad típica de conducta penalmente relevante al comportamiento doloso, al que se le asigna la calidad de expresión de sentido negadora de la vigencia de norma, mientras que la conducta culposa solo sería expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual, tesis que de aceptarse hasta sus últimas consecuencias determinaría que solo las acciones dolosas implican una infracción de la norma de conducta, a diferencia de la conducta imprudente que solo reflejaría un fracaso en la planificación, cuando se sabe que ambas formas de comisión del delito suponen una infracción normativa. Por otro lado, se pasa por alto que también el autor doloso de una tentativa inidónea refleja un fracaso en su planificación individual.

No faltan autores, que emplean criterios múltiples y de diverso cuño para determinar la diferencia entre dolo y culpa como la justificación de la mayor sanción del primero. Así, por ejemplo se sostiene que el dolo implica una lesión más intensa al bien jurídico y la mayor agresividad de la acción dolosa viene reflejada no solo desde la perspectiva de la víctima del acto delictuoso, sino por la misma . colectividad, la que se siente más amenazada en la medida en que el ataque al bien jurídico depende de una decisión voluntaria del delincuente(67). Se señala también que la mayor punición del dolo respecto a la imprudencia se justifica sobre la base de la mayor participación interna del sujeto en el comportamiento doloso(68), situación que queda reflejada y patente sobre la base de tres argumentos: 1 ° La posición frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico; 2° La relación con la norma infringida que al ser realizada con plena conciencia del peligro le obliga a dar un giro normativo; y 3° La relación con la sociedad de la que forma parte que afecta la reciprocidad de la perspectivajj.69).

Por último, se alude a la existencia de una relación gradual normativa entre el dolo y la imprudencia en el sentido de poder atribuir al dolo una mayor magnitud de injusto y culpabilidad que a la imprudencia respecto a la misma lesión del bien jurídico(70) o algunos plantean la necesidad de remitirse a las valoraciones del ordenamiento jurídico-penal que considera al hecho doloso como la forma delictiva más insoportable para la convivencia y más perturbadora para la vida social(71).

(67) Así, FIANOAeA, Giovanni y Museo, Enzo. Op. eil. Pág. 261.

(68) Así, OíAZ PITA, María del Mar. "El dolo eventual". Valencia, 1994. Pág. 301.

(69) OíAZ PITA, María del Mar. Op. eil. Págs. 40, 302 Y sgtes.

(70) Así, ROXIN, elaus. Op. eil. 24f72. Pág. 1024.

(71) Por todos, FEIJÓO SÁNeHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Polftica Criminal. 1998. N° 65. Págs. 270 y sgtes.

Más allá de los argumentos esgrimidos que tienen en cuenta la peligrosidad de la acción, la mayor o menor evitabilidad del comportamiento, la decisión por la lesión del bien jurídico o los criterios preventivos generales a los que se apela para justificar una mayor sanción de los delitos dolosos respecto a los hechos imprudentes, creemos que una de las razones mas importantes que explica de manera satisfactoria y plena el distinto tratamiento punitivo entre ambos, estriba en serios y contundentes criterios de justicia, como son los principios de igualdad y proporcionalidad.

En efecto, si se parte del núcleo del principio de igualdad que reclama un tratamiento igual para los iguales y un tratamiento desigual para los desiguales, y si se admite la premisa que dolo y culpa son elementos de naturaleza psíquico-normativa distinta, una de las consecuencias lógicas más elementales que se obtiene es el plantear un tratamiento jurídico desigual o diferenciado en cuanto a las consecuencias jurídicas para ambos elementos subjetivos, dado que imponer una misma penalidad para conductas distintas vulneraría de manera clamorosa el principio de igualdad.

La distinta naturaleza del dolo y la imprudencia quedan reflejadas cuando se concibe el dolo como la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en hecho típico, y la imprudencia como la infracción de una deber objetivo de cuidado en el que se desconoce la realización de un hecho típico bien por un error sobre la existencia o medida del peligro o por una sobrevaloración de las fuerzas del autor. No se puede tratar igualmente a quien se decide por la realización del tipo y conoce de manera plena -aunque no necesariamente completa y absoluta- el peligro que crea respecto a aquel, que a quien no conoce el riesgo típicamente relevante o el grado del mismo.

Por otro lado, si se asume que el dolo y la culpa no tienen la misma estructura y constituyen, desde el punto de vista dogmático, algo distinto⁽⁷²⁾ (aliud) y que ambos poseen una distinta gravedad, la que se funda -en el caso del dolo- en el pleno conocimiento del riesgo típico que se crea, por aplicación elemental del principio de proporcionalidad, ambos elementos subjetivos deben diferenciarse en cuanto a su tratamiento punitivo, debiéndose imponer una mayor pena para los hechos dolosos que a los delitos culposos.

(72) Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. Op. Cil. Tomo II. Pág. 126; ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 1024; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 511.

DOCTRINA

ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal. Parte General". Akal. 2ª edición. Madrid, 1986.

BETTIOL, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal". Traducción de Gutiérrez Alviz-Conradi. Bosch. Barcelona, 1977.

BOBBIO, Norberto. "La Función Promocional del Derecho". En: Contribución a la Teoría del Derecho. Traducción de Ruiz Miguel. Madrid, 1990.

BRICOLA, Franco. "Teoría General del Reato". En: Novissimo Digesto Italiano (Diretto da: Antonio Azara y Ernesto Eula). Unione Tipografico-Editrice Torinese. Tomo XIV. 1974.

CASTALDO, Andrea. "La Struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale. Responsabilita penale personale e singole ipotesi di responsabilita oggettiva". En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Giuffré. AnnoXXXI, Milano, 1988.

CASTALDO, Andrea. "La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'". En: Política criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin). COBa DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal".

Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999.

DÍAZ PITA, María del Mar. "El dolo eventual". Valencia, 1994.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La Imprudencia en el Código penal de 1995 (Cuestiones de 'lege data' y de 'lege ferenda')". En: Cuadernos de Política Criminal. N° 62. 1997.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Política Criminal. 1998. NQ 65.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Homicidio y Lesiones Imprudentes: Requisitos y límites materiales". Edijus. Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal Fundamental". Tomo 11. Temis. Bogotá, 1986.

FERRAJOLI. "Derecho y Razón". Traducción de Andrés Ibañez et al. Trotta. Madrid, 2001.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. "Diritto Penale". Zanicheli. 4ª edición. Bologna, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción".

Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones. Madrid, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal de la empresa". En: 100 años de la Procuraduría de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2000.

GROSSO, Carlo Federico. "Responsabilita penale personale e singole ipotesi di responsabilita oggettiva". En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Giuffré. Anno XXXI. Milano, 1988.

HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984.

HUERTA TOCILDO, Susana. "Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995". Valencia, 1997.

JAKOBS, Günther. "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos". En: Estudios de Derecho Penal. JAKOBS, Günther.

"El Principio de Culpabilidad". En: Estudios de Derecho Penal. JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 4ª edición Granada, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Universitas. Tomo 1. Madrid, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Tomo 1. Temis. 2ª edición. Bogotá, 1985.

MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3ª edición. Padova, 1992.

MANTOVANI Ferrando. "Responsabilidad Objetiva

y Responsabilidad Subjetiva". En: Doctrina Penal. Año 6.1983. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. "Corso di Diritto Penale. Nozione, struttura e sistematica del reato". Giuffr . Milano, 1995. MAURACH, GOSSEL y ZIPF. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. 7@edici n. Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires, 1994.

MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. MIR PUIG, Santiago.

"Derecho Penal. Parte General". 6@ edición. Reppertor. Barcelona, 2002. MIR PUIG, Santiago. "El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho". MOCCIA, Sergio. "La Aporía de la Responsabilidad objetiva". En: El Derecho Penal entre el ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de De Antonio Bonanno.

Faira editor. Buenos Aires, 2003. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 4~ edición. Valencia, 2000. PAGUARO, Antonio. "Colpevolezza e responsabiliza obbiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica". En: Revista Italiana di Diritto e Procedura Pena/e. Giuffr .

Anno XXXI. Milano, 1988. RAGUÉS I VALLES, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Bosch. Barcelona, 1999. ROMANO, Mario. "Commentario Sistematico del Codice Penale". Tomo 1. Giuffr . 2~ edición. Milano, 1995. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luz n Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El Delito de Omisión. Concepto y Sistema". SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11.

3a edición. 8~ reimpresión. Buenos Aires, 1978. STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Ederesa. Madrid, 1982.

W 253. URQUIZO OLAECHEA, José. "El Bien Jurídico". En: Revista Peruana de Ciencias Pena/es. N  6. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". 3a edición. Temis. Bogotá, 1997. VaN USTZ, Franz. "Tratado de Derecho Penal".

Traducción de Jiménez de Asúa y adiciones de Quintano Sal daña. Volumen 11. Madrid, 1929. ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Izquierdo Mac asPicavea. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 3~ edición. Valencia, 1993.

JURISPRUDENCIA

"El Código Penal vigente, en el numeral sétimo de su Título Preliminar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que, para imponer una sanción, se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que este haya podido prever o evitar el resultado (culpa)".

(Resolución Superior 16/07/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 607-98).

"Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho Penal cuando ha sido producido fortuitamente".
(Ejecutoria Suprema 18/09/98. Exp. 3019-98. Puno).

"El deceso de la agraviada se ha producido por un caso fortuito o hecho accidental, por lo que el hecho global no constituye de ningún modo delito de homicidio y tampoco genera responsabilidad penal para los agentes, al existir el resultado lesivo de un bien jurídico que ha sobrevenido por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad. Mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y sin haber obrado con dolo o culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría el violar el principio de culpabilidad previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 03/06/98. Exp. 6239-97. Ancash).

"En este caso podemos advertir que tanto el auto denegatorio como el dictamen del representante del Ministerio Público se sustentan en apreciaciones genéricas acerca del delito, mas no sobre la persona del procesado solicitante de libertad provisional, resultando irrelevante por ahora la forma de participación individual de los otros coencausados, puesto que la culpabilidad se establece con la relación directa entre el hecho antijurídico y el sujeto que lo realiza".
(Resolución Superior 26/09/88. 8° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 240-88).

"Que si bien del acta de incautación fluye que debajo del asiento del piloto del 'motocar' se encontró un revólver, ello no es suficiente para imputar penalmente la "posesión" de la indicada arma de fuego, en aplicación del principio de responsabilidad o 'culpabilidad' contenido en el artículo VII del Título Preliminar del CP, que proscribire toda forma de responsabilidad objetiva o por el resultado",

(Ejecutoria Suprema 19/06/02. Exp. 1800-2001. Lima Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Que el artículo siete del Título Preliminar del Código Penal prescribe la responsabilidad objetiva, entendida esta como la responsabilidad fundada en el puro resultado sin tomar en cuenta la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del autor".

(Resolución Superior 09/09/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2505-98).

"Conforme al artículo VII del Título Preliminar queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva. Si la muerte del agraviado no se debió a acción dolosa o culposa del procesado, sino a la propia negligencia de aquel que conducía una bicicleta por la acera, no puede imputarse al acusado el desenlace fatal".

(Resolución Superior 17/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4031-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 50).

"Quien se comporta debidamente en contraste con la impericia o imprudencia, no puede ser responsable penal respecto al resultado que podría presentarse debido a factores exógenos a su comportamiento".

(Ejecutoria Suprema 03/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3897-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 50).

"Si la paciente que ingresó a emergencia del hospital recibió la atención médica más recomendable al caso, desde su internamiento hasta el momento de su fallecimiento, conforme fluye del dictamen de medicina forense, la diagnosticación presuntiva, equívoca por su carácter de mera presunción, sujeta a otros exámenes, no determina la responsabilidad penal del acusado, menos aun si de autos no aparece que hubiere suministrado atención y medicación alguna inconveniente o contraindicada al paciente".

(Resolución Superior 20/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5525-97).

"Que si bien es cierto debido a la acción del agente activo se ha extinguido una vida humana, conforme se desprende del análisis de los actuados, el agraviado, que se encontraba en estado de ebriedad, fue empujado por un tercero al carril por donde se desplazaba el vehículo conducido por el encausado, el mismo que no pudo prever el resultado estando a que ocurrieron los hechos en un área de un metro cuadrado, considerándose que el lugar donde ocurrieron los hechos es una vía de circulación fluida".

(Resolución Superior 20/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 568-98)

"Conforme al artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal constituye principio general que la pena requiera indefectiblemente de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

(Ejecutoria Suprema. Consulta. 19/03/98. Exp. 164097. Callao).

"Que, en los delitos culposos se solicita además que el resultado de la acción realizada por el agente sea previsible y viole un deber de cuidado; que, en el caso de autos el comportamiento del procesado definitivamente no ha producido el resultado de muerte, pues, el menor falleció como consecuencia de un traumatismo vértebro medular, como consecuencia de la pérdida de conciencia originada por un cuadro convulsivo de etiología no determinada que originó la caída, constituyendo este hecho un caso fortuito, que sucede en forma imprevisible para el encausado, quien no podía asumir que ocurriría un desenlace fatal; que siendo esto así no se ha acreditado la responsabilidad penal del procesado máxime si de acuerdo a la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

(Resolución Superior 24/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4034-98).

"No se puede responsabilizar a los inculpados por las lesiones sufridas en una pelea generalizada con más de cien personas, miembros de una comunidad campesina, por el solo hecho de ser dirigentes de dicha comunidad".

(Sentencia 01/09/98. 2° Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Ancash. Exp. 738-96.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 51).

"Si entre el procesado y la organización 'Sendero Luminoso' no se ha demostrado exista nexo alguno, ni relación alguna, porque nadie sindicó al acusado como integrante de la citada organización subversiva, habiéndose solo presumido su vinculación a nivel policial. No se encuadra en el tipo penal investigado de apología al terrorismo el hecho de difundir música folklórica nacional".

(Ejecutoria Suprema 24106198. Exp. 1181-98. Sala B.Lima).

"Estando a que el factor determinante para la producción de las lesiones culposas constituyó el ingreso a la calzada a mitad de cuadra por parte del peatón juntamente con su madre, en forma imprudente y temeraria, sin tomar las precauciones del caso en resguardo de su integridad física, se configura por lo tanto la conducta del encausado en un factor contributivo y contingente en la lesión del bien jurídico; y estando a que en nuestra normatividad penal se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva, revocaron la sentencia y reformándola absolviéron al procesado".

(Ejecutoria Suprema 08/06/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8439-97).

"El Presidente del Directorio de un canal de televisión, al no tener ingerencia directa en el desarrollo de su objeto social ni en la gestión de la empresa, no tiene responsabilidad directa en los hechos atribuidos como calumniosos y difamatorios suscitados a raíz de la propagación de un reprotaje en el referido medio de comunicación",

(Resolución Superior 08/08/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4743-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 53).

"Para afirmar la existencia de un delito deben constatarse los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y solo ante la concurrencia de estos elementos el sujeto activo es pasible de una sanción por parte del juzgador".

(Ejecutoria Suprema 19/02/98. Exp. 377-95. Lima. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 29).

"No basta la concurrencia de tres o más personas, sino que debe existir concierto de voluntades, por cuanto de acuerdo al artículo séptimo del Título

Preliminar del Código Penal ha quedado proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

(Resolución Superior 13/07/99. Sala Superior Penal Especializada en TID-Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 527-98).

"La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos que acrediten de manera indubitable la responsabilidad de los imputados en la comisión del evento delictivo, contrario sensu, procede la absolucón; al no obrar en autos prueba objetiva que acredite la responsabilidad de los procesados en el delito materia de juzga miento, no puede dársele valor probatorio a un informe de puesto policial que no contó con la presencia de un representante del Ministerio Público".

(Ejecutoria Superior 01/04/98. Exp. 5352-97. Ayacucho).

"En un proceso penal debe establecerse de modo claro e indubitable tanto la comisión y existencia del ilícito penal, como la plena responsabilidad de los acusados".

(Ejecutoria Suprema. Exp. 822-95. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 101).

"La pena requiere de la responsabilidad del autor, razón por la cual en el presente caso, ante la ausencia de pruebas contundentes, estamos ante la duda razonable sobre la actuación del acusado, quien si bien ha reconocido haber estado alrededor del lugar de los hechos no se ha logrado probar su participación en el delito, no constituyendo elemento de prueba el hecho de que posea antecedentes por eventos similares".

(Ejecutoria Suprema 24/06/98. Exp. 922-98. Lima).

"En materia penal, la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume, infiriéndose de ello que en el debido proceso deben quedar plenamente acreditados tanto el delito como la responsabilidad del procesado".

(Ejecutoria Suprema 26/09/95. Exp. 07-95. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 102).

"Corresponde absolver al procesado, aplicando el principio de in dubio pro reo, cuando este ha negado en forma uniforme la autoría del delito imputado, además, en la declaración del agraviado aparece que los autores del delito fueron menores de edad; a mayor abundamiento, la fiscal provincial no intervino en el acto de las declaraciones policiales, pese a que su presencia es ineludible por ser el defensor de la legalidad".

(Resolución Superior 07/04/97. 9° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 177-97).

"Si de lo actuado en el proceso se llega a determinar que es otra persona quien llenó el documento falsificado, se concluye que la absolucón del acusado está

arreglada a ley, al no existir vinculación causal entre el faccionamiento del documento y los actos de dicho procesado".
(Ejecutoria Suprema. Consulta. 28/04/9. Exp. 129996. Sala Penal C. Lima).

"No existen elementos de juicio suficientes que permitan vincular objetivamente el resultado de muerte con los actos del acusado, máxime si tanto de los informes como del debate pericial realizado en audiencia pública los médicos legistas han concluido que el fallecimiento se produjo por caída al suelo de la agraviada, la misma que se encontraba estresada al momento de ocurrir los hechos".

(Ejecutoria Suprema 29/09/97. Exp. 3324-97. Lima).

"La conducta del agente de organizar un festival bailable de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de las propias víctimas, las que deben asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que, conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penar.
(Ejecutoria Suprema 28/01/98. Exp. 2565-97. Cono Norte-Lima).

"Si bien es cierto se ha acreditado que el vehículo se desplazaba a velocidad mayor de la permitida, no se le puede imputar objetivamente al procesado el fallecimiento de los agraviados, al haberse acreditado que estos ingresaron temerariamente a una zona vial de alta velocidad, en circunstancias en las que el manejar bajo la velocidad permitida no hubiese evitado el resultado".
(Resolución Superior 14/12/98 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4988-98).

"De lo actuado ha quedado establecida la existencia y materialidad del delito de asesinato y omisión impropia (homicidio simple); sin embargo, no se ha acreditado la responsabilidad penal del encausado como autor de los delitos, toda vez que no existen pruebas fehacientes que determinen que haya sido el autor, por lo que las solas imputaciones resultan insuficientes como para determinar su autoría".

(Ejecutoria Suprema 14/04/00. Exp. 5332-99. Arequipa. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 105).

"El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo por consiguiente toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad objetiva".
(Sentencia 19/08/97. 8° JP-SAJ Lima. Exp. 377-97).

"El artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal prohíbe toda forma de responsabilidad penal por el mero resultado sin que haya concurrido además una responsabilidad subjetiva; que asimismo el principio de culpabilidad como una de las garantías del Derecho Penal moderno no admite

la sancionabilidad de conductas sin que estas se hayan producido a título de dolo o culpa".

(Resolución Superior 23/09/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3910-98-A).

"Si bien es cierto parte del producto ilícito se ha encontrado en el interior del taller de imprenta de propiedad del procesado, no es menos cierto que este hecho no es suficiente para hallar responsabilidad en él por los hechos que se le imputan, pues, lo contrario sería ir en contra de lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el mismo que señala la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva".

(Resolución Superior 07/01/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.5683-97).

"El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal proscribe la responsabilidad objetiva, entendida esta como la responsabilidad fundada en el puro resultado sin tomar en cuenta la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del autor".

(Ejecutoria Suprema 13/04/98. Exp. 4288-97. Ancash).

"Teniendo en cuenta que en materia penal la inocencia se presume en tanto que la culpabilidad o responsabilidad se prueba, quedando proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva, como lo establece el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal y no habiendo en autos desvirtuado con pruebas idóneas la presunción de inocencia que le favorece al acusado, es del caso absolver al acusado":

(Sentencia 04/07/97. 9° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1629-97).

"Si bien es cierto en autos se encuentra acreditado el delito de hurto agravado, también lo es que la responsabilidad penal del procesado no se ha demostrado; por lo que, conforme al principio de responsabilidad penal consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, la pena requiere de la responsabilidad penal del autor; quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; siendo que para imponer una sanción condenatoria se debe estar premunido de los elementos que conduzcan a la certeza del fallo".

(Resolución Superior 08106198. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.153-98).

"Con respecto al delito de hurto simple que se le imputa al inculpado este no se encuentra acreditado de manera suficiente, por lo que estando a que dentro de nuestro ordenamiento penal se encuentra proscrito todo tipo de responsabilidad objetiva, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, cabe aplicársele el beneficio de la duda, consagrado constitucionalmente".

(Resolución Superior 14/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.338-98).

"Conforme al principio de responsabilidad penal consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal la pena requiere de la responsabilidad penal del autor; quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. En consecuencia, para imponer una sanción condenatoria se debe estar premunido de los elementos que conduzcan a la certeza del fallo. No habiéndose reunido prueba suficiente para comprobar el delito y su autor, debe prevalecer el principio universal del in dubio pro reo".
(Resolución Superior 31/03/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.7333-97).

"Debe de tenerse en consideración lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, norma que proscribe todo tipo de responsabilidad objetiva, exigiéndose en consecuencia que para hallar responsabilidad en un determinado procesado, esta debe estar amparada en prueba idónea que la sustente; siendo de aplicación, además, lo establecido en el artículo 2, inciso 24, apartado 'e' de nuestra Carta Magna, que reconoce la presunción de inocencia como principio general del proceso penal". (Sentencia 21/01/98. 2° Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 14-98).

"Por el principio de responsabilidad consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual la pena, como pronunciamiento final del juez respecto a lo hechos materia de instrucción, debe estar sustentada en la responsabilidad penal debidamente acreditada del autor en el hecho instruido".
(Expediente 325-95. Código Penal. Normas Legales. Pág. 719).

"El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo por consiguiente toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, toda forma de responsabilidad objetiva".
(Sentencia 04/01/02. 3ª Sala Penal. Corte Superior de Justicia de La Libertad. Exp. 416-2001. RPJ, Año 5, N° 28. Pág. 39, § 007).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA Y DE INTERÉS PÚBLICO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD
ARTICULO IX

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 1, 3, 43 C.P. arts. IV; VII, IX, 73

Comentario

Percy García Caveró

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal peruano consagra dos principios rectores de la imposición de las consecuencias jurídicas del delito. En cuanto a las penas, establece que su cantidad no puede superar la responsabilidad por el hecho. En cuanto a las medidas de seguridad, requiere para su imposición la existencia de intereses públicos predominantes. Se trata, pues, de dos principios orientadores del ejercicio de la potestad punitiva e interventora del Estado, aunque cabe señalar que parten de premisas completamente distintas. El primero responde a la culpabilidad del autor por el hecho, mientras que el segundo atiende fundamentalmente a la idea de las necesidades sociales predominantes.

I. La responsabilidad por el hecho como límite de la pena

1. El alcance de sentido del artículo VIII del Título Preliminar

La doctrina penal nacional entiende predominantemente que el artículo VIII reconoce, en cuanto a las penas, el llamado principio de proporcionalidad⁽¹⁾. Este principio exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado

(1) Vide BRAMONT ARIAS. Luis. "Los principios rectores del nuevo Código Penal. Título Preliminar". En: Derecho. N° 46. 1992. Pág. 26; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. Lima, 1994. Pág. 97; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. Lima, 2002. Págs. 37 y sgte. Entiende, por el contrario, que solo se reconoce el principio derivado de la prohibición de exceso, CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima. 2002. Pág. 294.

en la globalidad de sus aspectos⁽²⁾. No obstante, hay que reconocer que la redacción del artículo bajo comentario no considera, al menos expresamente, una relación de la pena con todos los aspectos del hecho, sino solamente el límite de la llamada responsabilidad por el hecho. Esta situación de la regulación positiva nos obliga a determinar qué se entiende por "responsabilidad" en este contexto normativo.

Una interpretación sistemática nos vincula necesariamente al término "responsabilidad penal del autor" del artículo VII del mismo Título Preliminar. En este artículo se regula, como lo reconoce un importante parecer doctrinal⁽³⁾, el llamado principio de culpabilidad. Tal principio jurídico-penal impone fundamentalmente dos exigencias a la actividad sancionatoria estatal. Por un lado, se requiere que la realización del hecho sea dolosa o culposa para poder ser castigada, de manera que se excluya la punibilidad de los hechos puramente fortuitos⁽⁴⁾. Por otro lado, el principio de culpabilidad abarca también la exigencia de culpabilidad del autor⁽⁵⁾, lo que quiere decir que el autor no solo debe haber actuado dolosa o culposamente, sino que resulta necesario que reúna los elementos indispensables para poder hacerse un juicio de reproche jurídico-penal⁽⁶⁾. La primera cuestión que conviene precisar es si el artículo VII recoge ambas manifestaciones del principio de culpabilidad.

Una lectura completa del artículo VII del Título Preliminar parece abogar por la regulación solo de la exigencia del dolo o culpa en la realización del hecho. En efecto, en este artículo se establece adicionalmente que se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, lo que significa en definitiva la exclusión de los hechos fortuitos del ámbito de lo punible. Por el contrario, el requerimiento de culpabilidad, como juicio de reproche al autor, parece dejarse en manos del artículo VIII, en tanto se vincula la pena con la responsabilidad por el hecho, a diferencia de las medidas de seguridad que dependen solo de la existencia de intereses públicos preponderantes. Esta situación permite concluir que, en cuanto a las penas, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal hace referencia a la segunda manifestación del principio de culpabilidad: la necesidad de un juicio de culpabilidad por el hecho.

(2) Vide la definición del principio de proporcionalidad, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 260; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 280.

(3) Vide BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Cil. Págs. 25 y sgte.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit, Pág. 36. Considera este artículo solo una referencia indirecta del principio de culpabilidad, CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 506.

(4) Vide JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. 3ª edición. Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1985. Pág. 30; MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976. Pág. 153; JAÉN VALLEJO, Manuel. "Justicia penal contemporánea".

Portocarrero. Lima, 2002. Pág. 43, SERRANO-PI EDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Horizonte. Lima, 1999. Pág. 110.

(5) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 153.

(6) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 154.

La determinación de la culpabilidad del autor constituye un tema nada pacífico en el debate doctrinal. Sin entrar en una exposición detallada de esta cuestión, puede decirse en la actualidad que se encuentran desprovistas de todo respaldo doctrinal las comprensiones de la culpabilidad que se sustentan en el modo de vida del autor(?). En efecto, uno de los tintes característicos del moderno Derecho Penal es haber desterrado del juicio jurídico-penal la vida pasada del autor y limitar el reproche al hecho concretamente cometido(8). La redacción del artículo VIII reafirma esta idea al precisar que se trata de una responsabilidad por el hecho.

Por ello, la discusión doctrinal se ha centrado en la manera de caracterizar esta vinculación del autor con el hecho. En el panorama doctrinal se defienden fundamentalmente comprensiones psicológicas y normativistas. Las primeras no cuentan hoy por hoy con muchos defensores(9), pues la culpabilidad no se presenta más como una categoría del delito que se verifica, sino como un aspecto que se determina sobre la base de ciertos criterios valorativos. Pero ¿cuáles son esos criterios valorativos? La comprensión valorativa tradicional de la culpabilidad entiende que el juicio de reproche penal tiene una base ética, de manera que se le reprende al autor no haber tenido una disposición interna de fidelidad al derecho(1°). Tal comprensión se vio, sin embargo, sometida a duras críticas por la tendencia moderna que distingue la moral y el derecho, y rechaza además el punto de partida sobre el que se construye la teoría del reproche moral (el libre albedrío)(11). No obstante, estas críticas no han llevado a dejar de lado una comprensión normativa de la culpabilidad, sino solamente a sustituir su criterio de referencia. El juicio de reproche ha dejado de ser un juicio ético referido al abuso de la libertad y ha pasado a convertirse en un juicio de carácter social y, por tanto, basado fundamentalmente en las necesidades de la colectividad. La actual preponderancia de esta comprensión dogmática de la culpabilidad puede apreciarse con facilidad en el planteamiento de ROXIN, quien incluye ahora el llamado elemento de la responsabilidad, en el que se engloban supuestos de injustos culpables pero que por ausencia de necesidad (social) de pena se disculpan(12). Llama cuando menos la atención que la redacción del artículo VIII utilice precisamente el término "responsabilidad", en lugar de culpabilidad.

(7) Vide JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 30. Respecto del Derecho Penal peruano, CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 432.

(8) En este sentido, sobre la base del llamado principio del hecho, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Civitas. Madrid, 1978. Pág. 51.

(9) Vide, en este sentido, ROXIN, Claus. "Culpabilidad y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurfdicopenales". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Reus. Madrid, 1976. Pág. 200.

(10) Vide la exposición de ACHENBACH. "Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldlehre". Berlín, 1974. Págs. 75 y sgtes.

(11) En esta línea, ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 203 y sgtes.

(12) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 210 Y sgtes.

La cuestión ahora será aclarar si el artículo VIII del Título Preliminar se limita a reconocer únicamente el principio de culpabilidad. Si el artículo VIII se ocupara solo de precisar la necesidad de una responsabilidad por el hecho para imponer una pena, entonces podría responderse afirmativamente a la cuestión planteada.

Sin embargo, este artículo establece además que la culpabilidad (o responsabilidad) cumple también una función de limitación de la cantidad de pena aplicable(13).

Con ello, se pasa del principio de culpabilidad al principio de proporcionalidad, es decir, se vincula la cantidad de pena con determinadas características del hecho(14). La propia Exposición de Motivos del Código Penal sigue esta interpretación al precisar que "el artículo VIII exige la proporcionalidad de la pena con la responsabilidad por el hecho"(15). Lo central aquí será concretar qué aspectos del hecho se engloban dentro del llamado límite de la "responsabilidad por el hecho".

Si se parte de una comprensión bipartita del delito que diferencia dogmáticamente el injusto y la culpabilidad, no cabrá más que equiparar la responsabilidad por el hecho con la categoría de la culpabilidad, pues, como lo sostiene la doctrina dominante, lo específico de la imposición de la pena frente a la medida de seguridad es la culpabilidad del autor. El límite de la pena exigido en el artículo VIII del Título Preliminar se reduciría, pues, al juicio de culpabilidad, mientras que el juicio de la antijuridicidad del hecho, previo a la culpabilidad, no tendría por qué repercutir en la misma(16). Desde esta comprensión se podría llegar así a admitir situaciones reñidas con la idea de proporcionalidad, puesto que se atendería únicamente al límite ofrecido por la culpabilidad o responsabilidad, pero no al límite establecido por la gravedad del injusto.

El sentido expuesto de la interpretación del artículo VIII cambia completamente si la culpabilidad y el injusto se entienden, más bien, como una unidad funcional, teniendo su exposición diferenciada en la teoría del delito únicamente fines didácticos. Desde este punto de vista, habría que comprender el límite de la responsabilidad por el hecho como un límite derivado de un juicio sobre la globalidad del hecho, ya que un injusto solamente puede ser tal si se trata de un injusto culpable. De esta manera, la gravedad objetiva del hecho

(13) Sobre la culpabilidad como límite de la pena, ROXIN, Claus. "Franz van Liszt y la concepción polfticocriminal del Proyecto alternativo". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Madrid, 1976. Págs. 54 y sgtes.; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 30.

(14) Reconocen en la doctrina la vinculación del principio de culpabilidad con el de proporcionalidad, YACOBucci, Guillermo. "El sentido de los principios penales". Buenos Aires, 2002. Págs. 298, 348; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas Madrid, 1996. Pág. 86.

(15) Vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 6.

(16) Sobre la base de la bipartición de la teoría del delito, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 158, 164, señala incluso que el principio de proporcionalidad atiende exclusivamente al injusto del hecho, mientras que el principio de culpabilidad opera solo en el ámbito de la categoría de la culpabilidad.

informaría igualmente la proporcionalidad de la pena. En el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal se reconocería como criterio informador de la cuantía de las penas el hecho delictivo contemplado en todos sus aspectos dogmáticamente relevantes. La Corte Suprema se mostraría a favor de esta interpretación, pues entiende que la determinación de la pena no se agota en el principio de culpabilidad, sino que la misma debe tener en consideración la proporcionalidad con el hecho cometido(17).

Una última cuestión que cabe precisar es que el artículo VIII no establece propiamente una estricta observancia de la proporcionalidad en todos los casos, sino que la establece, en todo caso, como límite máximo(18). Este límite solo hacia arriba no debe entenderse, sin embargo, como una absoluta arbitrariedad hacia abajo, sino como un margen dejado al legislador y al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal, como por ejemplo la resocialización. En este sentido, si se establece penas mínimas a delitos graves sin ninguna razón jurídico-penal atendible, se estará igualmente vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas, aun cuando la pena no haya sobrepasado el límite de la responsabilidad por el hecho. Sin la premisa de la proporcionalidad, no resulta posible reconocer la prohibición de exceso.

2. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho Penal

Un primer punto que debe dejarse en claro es que la aceptación del principio de proporcionalidad en la intervención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena(19). Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho Penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado. Las concepciones de la pena que se centraban únicamente en su efecto disuasorio han sido actualmente dejadas de lado, pues el poner la mirada exclusivamente en tal finalidad lleva, como es lógico, a una situación de terror penal(20). La gravedad de la pena no puede atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades sociales. La proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido constituye

(17) Vide así la Sentencia R.N. N° 3588-99 - La Libertad, de fecha 29 de octubre de 1999 (GHOGANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor. "Jurisprudencia Penal". Jurista. Lima, 2002. Págs. 66 y sgte.).

(18) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Gil. Pág. 294.

(19) Vide, en este sentido, ROXIN, Glaus. "Sentido y límites de la pena estatal". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Madrid, 1976. Pág. 13; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. 2ª edición. Lima, 2001. Pág. 123. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Gil. Pág. 54.

(20) Vide así ROXIN, Glaus. Op. Gil. Pág. 18.

precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del grupo social(21).

Existen intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que una prevención efectiva de delitos solo puede hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho(22). Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales(23). Por esta razón, no cabe sino entender que la corrección de la finalidad preventiva mediante el principio de proporcionalidad implica el reconocimiento de un orden de valores opuesto a la lógica de la prevención(24). La dificultad reside en la forma de determinar este orden garantístico ajeno al fin preventivo de la pena. Puede, por un lado, que se entienda que las garantías penales se configuran históricamente, lo que lleva consigo el peligro de que su reconocimiento dependa de las mayores o menores necesidades de prevenir la realización de determinadas conductas delictivas. Por otra parte, puede que el orden limitativo de la prevención se encuentre en la propia persona humana, lo que, sin renunciar a la historicidad de la realidad, implica tener límites más estables frente a las tendencias sociales del momento(25). Desde posturas preventivas, consideramos que esta interpretación de las garantías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la más correcta.

Las posibilidades de justificación del principio de proporcionalidad de las penas no se limitan a puntos de partidas preventivos, sino que también encuentran perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho Penal. La pena tiene, en esta última comprensión del Derecho Penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada. Para cumplir esta función restabilizadora, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que transmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía(26). Y

(21) Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cil. Pág. 259.

(22) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 158 Y sgte.; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. PPU Barcelona, 1990. Pág. 57; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cil. Pág. 86; SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cil. Págs. 108 y sgte.; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 102.

(23) Vide así la crítica de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 240.

(24) Vide, en este sentido; HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona, 1984. Págs. 381 y sgte.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cil. Pág.

249; CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. Op. Cil. Pág. 284.

(25) En esta línea discurre el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

(26) Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal.

Parte General". Tomo 11. Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. Pág. 398.

precisamente en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho. La cantidad de pena necesaria para restabilizar la expectativa defraudada se encuentra determinada por la gravedad de la defraudación, lo que, sin embargo, no impide reducir tal cantidad por otras razones sociales atendibles.

Como ya lo vimos, la propia redacción del artículo VIII permite este proceder, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba(27). Lo que en cualquier caso no puede admitirse es que se restablezca una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivó la defraudación. La pena debe no solo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse al hecho defraudador.

3. La vigencia del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico

La proporcionalidad de la intervención del Estado en la solución de conflictos no se encuentra recogida de manera expresa como principio general en la Constitución Política peruana(28). Solamente se hace mención de ella en el artículo 200 a propósito de las acciones de garantía en la que se establece que en caso de derechos restringidos o suspendidos, el órgano judicial competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. A pesar de este vacío de la carta constitucional, el Tribunal Constitucional ha derivado de la idea del debido proceso material recogido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, la necesidad de una razonabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la sanción, aunque debe precisarse que lo hace en el marco de un proceso disciplinario(29). En cualquier caso, no vemos razones que impidan extrapolar esta conclusión al ámbito del Derecho Penal, por lo que puede decirse que el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal se encuentra comprendido en las reglas del debido proceso constitucionalmente protegido(30).

Reconocida la relevancia de la proporcionalidad en el ordenamiento jurídico, conviene precisar los niveles operativos que dicho principio tiene en el sistema

(27) En el mismo sentido, desde la lógica preventiva, ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 30; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 259: "En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo".

(28) Como sí sucede, por ejemplo, en la Grundgesetz alemana. Sobre esto, vide NAUCKE. "Strafrecht. Eine Einführung". 1 O Aufl. Neuwied, 2002. 2/93; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General".

Tomo 1. Traducción de Bofill Genzch y Aimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 110.

(29) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N. 061-2002-AAITC, del 21 de octubre de 2002.

(30) Por su parte, BRAMONT ARIAS. Op. Cit. Pág. 26, deriva el reconocimiento constitucional de este principio de la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes. Una fundamentación compleja defienden AGUADO CORREA, Teresa. "El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal". Madrid, 1999. Pág. 134; CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. Op. Cit. Págs. 295 y sgte., apelando a la protección constitucional de la dignidad humana y la idea del Estado de Derecho.

penal. La doctrina penal distingue, en este sentido, una proporcionalidad abstracta de una proporcionalidad concreta.

A. La proporcionalidad abstracta

La observancia de la proporcionalidad abstracta tiene lugar en la propia creación de las leyes penales(31). En primer lugar, hay que determinar si la reacción penal resulta proporcional en atención a los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de la protección. Este juicio de proporcionalidad se expresa mediante el llamado principio de subsidiariedad, según el cual no es lícita la intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves(32). Sobre la base de este principio, algunos autores defienden incluso la despenalización de ciertos delitos de bagatelas(33).

Si se admite la necesidad de castigar penalmente una conducta determinada, deberá precisarse seguidamente el tipo de pena y la cantidad de la misma que resulten proporcionales al hecho(34). No obstante, hay que señalar que en este nivel no se trata de establecer una relación de proporcionalidad entre un hecho concreto y una pena en concreto, sino una relación de proporcionalidad que tiene lugar en un plano de mayor abstracción. Como se sabe, en las conminaciones penales el hecho está determinado solamente como una forma de ataque a un interés jurídico penalmente protegido, por lo que la proporcionalidad de la pena con el hecho solamente podrá establecerse en función de tal interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque(35). Del primer aspecto resulta la consecuencia de castigar con penas más graves las lesiones a los intereses más importantes. como la vida o la integridad física(36). Muchos otros aspectos del juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar solo los más importantes: la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno solo de

(31) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 302.

(32) Vide, en este sentido; JAKOBS, Günther. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Berlín, 1991. 2/27; ROXIN, Claus.

"Strafrechl. Allgemeiner Teil". 3 Aufl. München, 1997.2/39, FREUND. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Heidelberg, 1998.1/19; PRITTWITZ, Cornelius. "El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio?".

En: La insostenible situación del Derecho Penal. Traducción de Castiñeira Palao. Granada, 2000. Pág. 439;

YACOBucci, Guillermo. Op. Cil. Págs. 338 y sgtes.; BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Cil. Págs. 26 y sgte.; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 98.

(33) Vide asl NAUCKE. Op. Cil. 2/93.

(34) Vide NAUCKE. Op. Cil. 2/93.

(35) Vide SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cil. Pág. 109.

(36) En el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Traducción de Ibañez y otros. Trotta. Madrid, 2001. Pág. 402; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 303. A este respecto escribe PEÑA CABRERA, Raúl. Op.

Cil. Pág. 101: "Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado".

ellos, la comisión dolosa más que la culposa(37). Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales.

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho se formule de manera general sobre la base de un límite mínimo y uno máximo. Para determinar el límite mínimo de la amenaza penal algunos autores recurren a la regla de que la ventaja obtenida por el delito no debe ser mayor a la desventaja de la pena(36). Esto significa que el marco penal mínimo debe reportar para el autor una desventaja mayor que lo que puede obtener por la comisión del delito. Este parecer resulta, sin embargo, cuestionable. En primer lugar, abandona el terreno de la proporcionalidad y se coloca en el nivel de la prevención general; y, por otra parte, juega con un dato que resulta imposible de determinar en la etapa legislativa: la ventaja que obtiene el autor con el hecho. Por esta razón, el establecimiento del marco penal mínimo por parte del legislador es el resultado de un proceso de valoración en el que se pregunta por la pena que se impondría a la lesión mínima del bien jurídico protegido(39). El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil, la incautación o el retiro de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En la determinación del límite máximo de la pena, se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la víctima en caso de no existir una sanción estatal(40).

Otros se apoyan en la idea de que la pena no debe afectar la dignidad humana y, por tanto, no debe conducir a la desocialización del reo(41). Como puede verse, se trata de una postura utilitarista y otra principista. No obstante, parece ser que ambos planteamientos abandonan igualmente el terreno de la proporcionalidad de la pena con el hecho y entran en cuestiones generales del Derecho Penal. Se trata, en cualquier caso, de límites externos a la determinación del marco penal máximo de una pena, pues ninguna pena puede afectar la dignidad humana o

(37) Vide HASSEMER, Winfried. Op. Cil. Págs. 279 y sgtes.; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Págs. 305 y sgte.

(38) Vide FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Págs. 399 y sgte.; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 312.

(39) Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por DREHER. "Über Strafrahmen". Festschrift für Bruns. Köln, 1978. Pág. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vide ZIFFER, Patricia. "Lineamientos de la determinación de la pena". Buenos Aires, 1999. Págs. 37 y sgte.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal solo puede hacer un juicio de pronóstico sobre el mantenimiento de la misma gravedad del hecho en el futuro y eso se refleja en los límites máximo y mínimo establecidos. No hay otra forma de hacer esta determinación sin afectar la seguridad jurídica, más que la modificación de la propia ley penal.

(40) Vide FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Pág. 401. Críticamente, CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 313.

(41) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Págs. 313 y sgte.

desocializar al sujeto(42). En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave aún permitida en un Estado de Derecho. No obstante, para fijar el límite máximo de pena para determinado delito, el legislador debe, por el contrario, valorar nuevamente aquí qué pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada. Si bien puede objetarse que el legislador no está en capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. Un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica.

B. La proporcionalidad concreta

La observancia de la proporcionalidad de las penas se presenta también en un nivel más concreto, a saber, en la actividad judicial(43). Como se sabe, los tipos penales no hacen una descripción de un hecho particular ni establecen una pena para el caso concreto, sino que esa labor se la dejan propiamente al juez penal(44). Si bien el juez penal debe moverse dentro del marco dado por la ley penal, tiene libertad para decidir la relevancia penal de la conducta y la concreta sanción penal que debe imponerse al autor del hecho(45). Los criterios para decidir la pena a imponer dentro de los marcos mínimo y máximo establecidos por ley, se encuentran regulados actualmente en el artículo 46 del Código Penal que permite la individualización de la pena(46). Muchos de estos aspectos se refieren a la gravedad del hecho concreto. Dentro de los mismos cabe destacar especialmente los siguientes: la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes; la edad, educación, situación económica y medio social del autor (47).

(42) Vide ZIFFER, Patricia. Op. Cil. Pág. 40.

(43) Vide MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Pág. 163; JAÉN VALLEJO, Manuel.

Op. Cil. Pág. 40; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima, 1990. Pág. 54; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 318.

(44) Vide, con mayores precisiones, ZIFFER, Patricia. Op. Cil. Págs. 25 y sgtes.

(45) Así lo pone de manifiesto la sentencia de la Segunda Sala Penal Especializada del Cono Norte, Exp. 99-396, de fecha 16 de agosto de 1999 (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de jurisprudencia 3. Lima, 2000. Pág. 119). .

(46) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Págs. 325 y sgte. En el mismo sentido; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cil. Pág. 109.

(47) Vide así la referencia de PAGLIARO. "Principi di Diritto Penale. Parte Generale". Sª edición. Giuffré.

Milano, 1996. Pág. 492; FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Págs. 404 y sgte.; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 325.

4. La determinación de los parámetros de la proporcionalidad

Para hacer efectiva la vigencia del principio de proporcionalidad, se necesita determinar los parámetros de la proporcionalidad(48). Como lo hemos señalado, la relación de proporcionalidad se mantiene fundamentalmente entre el hecho y la pena. En este sentido, habrá que precisar cómo se determina la gravedad del hecho y cómo la gravedad de la pena.

A. La gravedad del hecho delictivo

La percepción naturalista de las cosas llevó en un primer momento a que la proporcionalidad de la pena con el hecho delictivo se entendiera como una igualdad matemática del daño producido por el delito y el daño infligido como castigo al autor(49). El Código de Hammurabi constituye quizá la expresión histórica más clara de esta comprensión de la proporcionalidad. Con el paso del tiempo y el desarrollo del pensamiento, esta regla matemática de equivalencia comenzó a cuestionarse en función de la relación entre el autor y su hecho(50). La previsibilidad del resultado, la intención e, incluso, las condiciones sociales en las que se encontraba el sujeto, empezaron a ser tenidos en cuenta para precisar la gravedad del hecho. Incluso la propia entidad del daño causado ha dejado de determinarse sobre la base de criterios de equivalencia empírica y ha pasado a depender de una valoración social del mismo(51). Esta determinación valorativa de la gravedad del hecho resulta a todas luces la correcta. El hecho debe apreciarse en todos sus aspectos socialmente relevantes, pero debe precisarse que esta valoración debe configurarse objetivamente(52) y no debe, por tanto, estar afectada por situaciones de miedo y ansiedad de la población. Si el delito mantiene su gravedad (socialmente determinada) y aumentamos la pena por razones políticas, estaremos transgrediendo el principio de proporcionalidad(53).

B. La gravedad de la pena

En cuanto a los criterios de determinación de la gravedad de la pena, se ha dejado de lado igualmente referentes empíricos y se acepta cada vez más que la

(48) En el mismo sentido; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 260.

(49) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 281.

(50) A esta perspectiva, FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Pág. 399, denomina subjetivista, en oposición a la que se centra en el daño producido por el delito.

(51) Vide, en este sentido, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 159 y sgte.; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág.

100; BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Cil. Pág. 27.

(52) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. 282.

(53) Vide la crítica de GARCIA CAVERO, Percy. "La nueva política criminal intimidatoria e inocuizadora: el caso de la seguridad ciudadana". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 10. Pág. 228, a este modo de operar ante la situación de inseguridad ciudadana.

gravedad de la misma tiene claros condicionamientos culturales⁽⁵⁴⁾. Por ejemplo, en determinadas sociedades, como las orientales, resulta más grave la deshonra que la muerte misma, mientras que en nuestra sociedad, influida por la cultura occidental, la pena de muerte resulta el mecanismo de reacción penal más grave.

Sin embargo, en la sociedad moderna existe una tendencia que, bajo el llamado principio de humanidad de las penas, intenta excluir del espectro de reacciones penales del Estado, penas especialmente denigrantes o desintegradoras, como sería el caso de la pena de muerte, torturas o trabajos forzados⁽⁵⁵⁾. Por esta razón, la privación de la libertad (derecho reconocido en la actualidad a todos los ciudadanos) se ha constituido en la forma de reacción penal que más se ajusta a los delitos más graves, aunque también existe un sector doctrinal abolicionista contrario a esta forma de reacción penal.

II. Intereses públicos dominantes como presupuesto de las medidas de seguridad

El artículo VIII del Título Preliminar exige, en cuanto a la imposición de las medidas de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes. Esta regulación diferenciada respecto de las penas no debe llevar, sin embargo, a la falsa conclusión de que en las medidas de seguridad no rige el principio de proporcionalidad. Tanto la doctrina⁽⁵⁶⁾ como la propia legislación penal vigente (artículo 73 del Código Penal), limitan la imposición de la medida de seguridad en atención a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y el que probablemente cometiera si no fuese tratado, por lo que la autorización de su imposición no puede superar igualmente la gravedad del hecho. La proporcionalidad se configura aquí fundamentalmente como un límite formal a la intervención estatal defensora del interés común.

La regulación del artículo VIII debe comprenderse, más bien, como la exigencia de que el recurso a una medida de seguridad, tanto en su formulación legal como en su imposición por un juez, obedezca a un interés social lo suficientemente relevante como para limitar a una persona (in imputable) ciertos derechos fundamentales, como la libertad. Hay que precisar, sin embargo, que esta argumentación no debe encuadrarse dentro de una visión utilitarista que legitima dañar a una persona para beneficiar a la mayoría, sino que dentro del propio interés público predominante debe estar la propia mejora del sujeto in imputable. La medida de seguridad se impone a una persona en incapacidad de mejorar por sí sola, siendo

(54) Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 260; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 158; FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. 398.

(55) Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 261.

(56) Vide NAUCKE. Op. Cil. 3/41; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 58; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil.

Pág. 260, nota 332; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales".

Barcelona, 1997. Págs. 44 y sgte.; YACOBUCCI, Guillermo. Op. Cil. Pág. 352.

la peligrosidad de futuros delitos lo que ofrece la autorización para tal intervención del Estado.

DOCTRINA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 3. Lima, 2000.

ACHENBACH. "Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldlehre". Berlín, 1974.

AGUADO CORREA, Teresa. "El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal". Madrid, 1999.

BRAMONT ARIAS, Luis. "Los principios rectores del nuevo Código Penal. Título Preliminar". En: Derecho. NQ 46. 1992.

CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima. 2002.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor. "Jurisprudencia Penal". Jurista. Lima, 2002.

DREHER. "Über Strafrahmen". Festschrift für Bruns. Köln, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Traducción de Ibáñez y otros. Trotta. Madrid, 2001.

FREUND. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Heidelberg, 1998.

GARCÍA CAVERO, Percy. "La nueva política criminal intimidatoria e inocuizadora: el caso de la seguridad ciudadana". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. NQ 10.

HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona, 1984.

JAÉN VALLEJO, Manuel. "Justicia penal contemporánea". Portacarrero. Lima, 2002.

JAKOBS, Günther. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Berlín, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. 3~ edición. Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1985.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1996.

MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994.

MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 3~ edición. PPU. Barcelona, 1990.

NAUCKE. "Strafrecht. Eine Einführung". 10 Aufl. Neuwied, 2002.

PAGLIARO. "Principi di Diritto Penale. Parte Generale". 5~ edición. Giuffrè Milano, 1996.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. Lima, 1994.

PRITTWITZ. "El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio?". En: La insostenible situación del Derecho Penal. Traducción de Castiñeira Palao. Granada, 2000.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Civitas. Madrid, 1978.

ROXIN, Claus. "Culpabilidad y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídicopenales". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Reus. Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. "Strafrecht."

Allgemeiner Teil". 3 Aufl. München, 1997. ROXIN, Claus. "Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto alternativo". En: Problemas básicos del Derecho Penal. Reus. Madrid, 1976. SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Horizonte. Lima, 1999. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales". Barcelona, 1997. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 2~ edición. San Marcos. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". Grijley. Lima, 2002. YACOBUCCI. "El sentido de los principios penales". Buenos Aires, 2002. ZIFFER, Patricia. "Lineamientos de la determinación de la pena". Buenos Aires, 1999.

JURISPRUDENCIA

"Si bien es cierto, que el acusado al momento de la comisión del evento, pertenecía en forma activa a la Policía Nacional del Perú, por lo tanto se encontraría incurso en lo dispuesto por el Decreto Ley 25662, también lo es que a criterio de esta Sala Penal, dicha norma no es aplicable en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal, por lo cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido, es decir, que la aplicación de las sanciones debe ser proporcional al delito y a las circunstancias de su comisión, y no al de una pena tasada, como es el caso de los propuestos en el mencionado Decreto Ley". (Resolución Superior 30/09/94. 7° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 412-94).

"Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello a su vez, implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque del bien jurídico".

(Ejecutoria Suprema 04/09/02. Exp. 326-2002. Lima Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"El principio rector del Derecho Penal peruano conocido como el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, requiere de un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con la pena aplicada".

(Sentencia 09/07/96 1° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Junín. Exp. 983-95. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"La solicitud de pena hecha por el fiscal, en el sentido de aumentar la sanción en atención de ser el agente miembro de la Policía Nacional, se basa en un dispositivo legal que es contrario al derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución ya lo dispuesto en el artículo 103 de la misma Carta Política, que establece que: podrán expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas; cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia en cualquier clase de proceso, encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, limitándose los jueces a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional al caso concreto, sin afectar su vigencia".

(Ejecutoria Suprema. Consulta. 10104195. Sala de Derecho Constitucional y Social. Exp. 2008-94. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"El principio de proporcionalidad de la pena previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, consiste en que el delincuente responde solo por el hecho que cometió, de manera tal que la sanción no puede aplicarse a hechos subsecuentes o colaterales, que no quiso ni contribuyó a su realización, debiendo por tanto adecuar a su responsabilidad al grado de comisión del injusto, y consecuentemente la pena en proporción al hecho cometido por el agente".

(Ejecutoria Suprema 17/10/00. Exp. 3004-2000. Lima.
Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 3. NI 6. Pág. 213. § 036).

"Uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico-penal es el de proporcionalidad de las penas que exige tomar en consideración el grado de participación delictiva del reo, ya sea en calidad de autor en sus diversas facetas, instigador, cómplice primario o cómplice secundario".

(Ejecutoria Suprema 25/09/01. Exp. 3234-2001. Lima.
Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4. tr- 13. Pág. 45. § 018).

"La pena debe enmarcarse dentro de los principios de lesividad y proporcionalidad recogidos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, siguiendo los lineamientos que establecen los artículos 45 y 46 del Código acotado y atendiendo a un análisis crítico-jurídico de la prueba aportada en razón del grado de responsabilidad del justiciable".

(Ejecutoria Suprema 18/04/99. Exp. 430-99. Huánuco. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pág. 31).

"La gravedad de la pena debe ser proporcional a la del delito cometido; ello a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico".

(Ejecutoria Suprema 21/05/99. Exp. 453-99. Lima. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pág. 48).

"El hecho de haber el procesado disparado al agraviado con la intención de matarlo, y no habiéndose probado que se haya tratado de un ajuste de cuentas, demuestra el total desprecio por la vida humana, lo que denota desde ya su extrema peligrosidad, más aún si se hallaba gozando de un beneficio penitenciario; situación por la cual la pena impuesta, al no reflejar la gravedad del ilícito perpetrado, debe aumentársele prudencialmente; debiendo igualmente aumentarse proporcionalmente la reparación civil e individualizarse en relación a cada uno de los agraviados".

(Ejecutoria Suprema 25/03/98. Exp. 6353-97. Tumbes).

"La pena debe estar en relación con la modalidad del delito, con el número de infracciones cometidas y la proclividad de los autores puesta de manifiesto en los sendos hechos perpetrados, así como en las condiciones personales de los procesados".

(Ejecutoria Suprema 09/01/97. Exp. 5285-96. Ancash. Caro Caria. Pág. 107).

"Las circunstancias compatibles que agravan o atenúan la penalidad del autor o partícipe de un hecho punible, deben apreciarse conjuntamente para decidir la pena concreta aplicable; por consiguiente, ante la presencia de un concurso real de delitos y de imputabilidad restringida por la edad del imputado, el juzgador debe aplicar una penalidad que evalúe proporcionalmente ambas circunstancias".

(Ejecutoria Suprema 10/08/98. Exp. 2639-98. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 125).

"Que si bien en el presente caso concurren las circunstancias especiales de atenuación de orden sustantivo -responsabilidad restringida- y de orden procesal-confesión sincera- que faculta al juzgador a rebajar la pena por debajo del mínimo legal, también lo es que a ello se debe agregar el principio de proporcionalidad, aspecto que no ha sido tomado en cuenta por el colegiado, pues de ninguna manera la pena privativa de la libertad de cuatro años puede considerarse reducción prudencial del mínimo de quince años, más cuando esta se suspende condicionalmente bajo el cumplimiento de ciertas reglas de conducta".

(Ejecutoria Suprema 10/05/00. Exp. 4186-99. Cono Norte-Lima. Rojas Vargas, Fide/. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 351).

"La gravedad de la pena debe ser proporcional a la magnitud del hecho cometido por el encausado, en atención al principio de proporcionalidad, el cual imprime los criterios pragmáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida en la aplicación de la pena".

(Ejecutoria Suprema 25/03/99. Exp. 279-99. Huánuco-Pasco. Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Pág. 49).

"El Derecho Penal peruano, reconoce al magistrado la potestad de fijar la pena privativa de la libertad; en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal, por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido, es decir, que la aplicación de las sanciones debe ser proporcional al delito y a las circunstancias de la comisión del mismo, ya que de otro modo se habría vuelto al sistema de la pena legal o tasada que no admite arbitrio judicial alguno y que pertenece a un derecho punitivo ya desterrado".
(Ejecutoria Suprema 12104/96. Exp.3923-95. Lima).

"Al momento de imponer la pena se debe de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar, respecto al principio proporcionalidad, que debe existir entre el hecho cometido y la pena fijada; en consecuencia, y tal como lo prevé el artículo 62 del Código Penal, corresponde disponer la reserva del fallo condenatorio al procesado, pues, atendiendo a que su comportamiento se debió a una reacción emocional eventual, se puede prever que esta medida es suficiente para conminarlo a que posteriormente no cometa nuevo delito".

(Resolución Superior 21/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.277-98).

"Que para los fines de fijar la pena impuesta, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, como relación de correspondencia entre el injusto cometido por los agentes y la pena a imponerse, sustentado ello en el artículo octavo del Título Preliminar ;:el Código Penal; siendo que para el caso de autos, la pena debe ser equilibrada entre los intervinientes del suceso; por lo que es el caso rebajarla prudencialmente".
(Ejecutoria Suprema 17/06/03. Exp. 1018-2003. Ancash).

FINES DE LA PENA Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

ARTICULO X

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

CONCORDANCIAS:

C.P. arts. 1, 11, IV, VII, VIII, 11, 28, 71 C. arts. 1, 43, 139.22 C.E.P. arts. 11, 60 C.A.D.H. art.5.6

Comentario

José Luis Castillo Alva

I. Significado

1. De modo semejante a lo que ocurre con los demás preceptos del Título Preliminar del Código Penal, el artículo IX determina los marcos normativo y político-criminal de toda la legislación penal (codificada o no) en lo que atañe a las funciones y fines de la pena y de las medidas de seguridad. El legislador no solo se ha pronunciado sobre cuáles deben ser el sentido, orientación y fin de la pena, sino que ha precisado la función que debe cumplir la configuración legislativa y la aplicación práctica de las medidas de seguridad. Con ello ha delimitado claramente el te/os de las dos consecuencias jurídicas del delito más importante.

2. Cuando la ley alude a la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena, no se refiere únicamente a la orientación que deben tener las penas privativas de la libertad, máxime si son las sanciones más comunes, afflictivas y extremas que reconoce el ordenamiento jurídico, sino a todas las penas criminales que tienen reconocimiento y existencia normativa en una legislación penal y que en nuestro CP se encuentran reguladas en el artículo 28.

En efecto, la función "preventiva, protectora y resocializadora" de la pena es una finalidad atribuible a toda clase de pena -llámese pena privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos o pena restrictiva de libertad- y se aplica a las penas principales, a las accesorias ya las diversas sub-clases de penas(1). Debe abandonarse, por equivocada, aquella visión superficial que pretende circunscribir la aplicación de los fines (o teoría) de la pena a la pena privativa de libertad como si esta fuera su único centro de referencia.

(1) Por ejemplo, dentro de las penas restrictivas de libertad (artículo 30 CP) se encuentran la expatriación y la expulsión del país. En el caso de las penas limitativas de derechos (artículo 31 CP) se encuentran la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.

Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, pues cuando el artículo IX del Título Preliminar prescribe que estas persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, comprende a la medida de internamiento (artículo 71.1) Y al tratamiento ambulatorio (artículo 71.2).

3. La finalidad de la pena y las medidas de seguridad no solo abarcan -como a primera vista parece- su aplicación práctica al caso concreto que corre a cargo del Poder Judicial Uueces y tribunales penales), sino que su alcance es mucho más amplio dado que comprenden la función legislativa y de ejecución penal.

El cumplir con las funciones de la pena y las medidas de seguridad no es competencia exclusiva de los jueces penales. En esta tarea participa de manera protagónica -y siempre en primer lugar- el Parlamento y, en general, el legislador penal, dado que con la creación y puesta en marcha de una pena se debe tomar en cuenta si de modo abstracto la nueva sanción que se pretende incorporar al sistema punitivo se encuentra en condiciones de cumplir con la función "preventiva, protectora y resocializadora" (pena) o con la finalidad de "curación, tutela y rehabilitación" (medida de seguridad).

Si una determinada sanción no está en aptitud, por la razón que fuere (por su naturaleza, estructura, etc.), de cumplir con las funciones asignadas en el artículo IX a las penas y/o a las medidas de seguridad, o contraviene de modo manifiesto las finalidades impuestas, sencillamente su instauración deviene en ilegítima, por cuanto contraría las bases, principios y programa de sistema punitivo declarados en el artículo IX del Código Penal.

Asimismo, las funciones aludidas deben cumplirse también en la fase de ejecución de la pena y/o de las medidas de seguridad. En realidad, el respeto de la finalidad de las sanciones penales no solo debe efectuarse en el ámbito legislativo y judicial, sino que debe extenderse al campo penitenciario o de la ejecución, de tal manera que tenga una aplicación idónea e integral en todos los niveles.

4. El artículo IX del Título Preliminar no constituye una simple recomendación, consejo o sugerencia del legislador penal. Por el contrario, representa un mandato de cumplimiento imperativo y de observancia obligatoria por parte del legislador y de los operadores del sistema penal. Ello implica que toda incorporación de una nueva sanción penal (pena o medida de seguridad) y -lo que es más importantetoda aplicación de una pena o medida de seguridad debe de modo inexorable ajustar su contenido y finalidad a las funciones establecidas en el artículo IX del CÓdigo Penal, como exigencia de razonabilidad y legitimidad. En tal sentido, la creación de una sanción o la aplicación de una pena que no cumpla con la función "preventiva, protectora y resocializadora" o la de una medida de seguridad que no cumpla con las finalidades de "curación, tutela y rehabilitación" devendría tanto en ilegítima como en ilegal en la medida en que viola y quebranta el artículo IX del Título Preliminar.

5. La ley alude tanto en lo que atañe a la pena y a la medida de seguridad al cumplimiento de tres funciones y/o finalidades. La primera pregunta que surge

es si deben cumplirse los tres fines establecidos en la norma para la pena o la medida de seguridad o si solo debe enfatizarse en el cumplimiento y observancia de alguno de ellos con detrimento y menoscabo de las otras funciones. ¿Puede una pena llamarse legítima o respetar el sentido del artículo IX cuando, por ejemplo, protege bienes jurídicos y desarrolla funciones preventivo-generales pero no cumple las exigencias de resocialización o, en el caso de una medida de seguridad, cuando desarrolla la finalidad de curación y tutela pero no de rehabilitación?

Una primera aproximación al tema pareciera que abonara el cumplir solo con algunas de las finalidades asignadas a las penas y a las medidas de seguridad, ya sea como consecuencia de una jerarquización de finalidades o porque desde una perspectiva práctica, por lo general, las sanciones penales solo cumplen con una de las funciones, siendo escasamente razonable exigir un rendimiento mayor. Sin embargo, este criterio merece objeciones no solo desde el punto de vista de la vigencia del principio de legalidad, sino de la misma ideología, visión y panorama que inspira el Título Preliminar y el sistema penal en su conjunto.

El punto de vista correcto es aquel que plantea la necesidad de que se cumpla equilibrada, integral y razonablemente con todos y cada uno de los fines de la pena y las medidas de seguridad, sin menoscabo o renuncia de alguno de ellos, so pena de contrariar la norma en comentario y los lineamientos político-criminales del sistema penal peruano; lo cual, sin embargo, deja a salvo la posibilidad de que se pueda optar dentro de los límites y parámetros que ofrece cada opción preventiva, protectora o resocializadora.

En efecto, el hecho que deba buscarse un equilibrio de los fines de la pena y la medida de seguridad no quiere decir que el legislador se haya pronunciado a favor, por ejemplo, de la prevención negativa en desmedro de la prevención positiva; o si ha optado por esta, haya elegido la prevención general positiva extrema en perjuicio de la prevención general positiva limitadora; o en el supuesto de la resocialización, que el legislador se haya inclinado por la resocialización positiva y haya abandonado la comprensión de la prevención especial en el sentido de prohibición de desocialización.

6. El artículo IX del Título Preliminar debe interpretarse sistemáticamente de modo indispensable con el artículo I del mismo título. En efecto, las funciones de prevención, protección y resocialización no son nuevas en el Título Preliminar, pues ya se encuentran reguladas en el artículo I del Título Preliminar cuando prescribe que el Código -y la legislación penal- tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. Las funciones asignadas a la pena de prevención, protección y resocialización derivan y emanan de la misión y sentido de la legislación penal, lo que no es otra cosa que la prevención del delito como medio de protección de bienes jurídicos.

7. Los fines preventivos de la pena plantean un Derecho Penal vinculado a la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva. Como se señaló oportunamente la evitación del delito no implica la eliminación

de todas las infracciones penales, control absoluto de la criminalidad o desaparición de los ciudadanos que delinquen. La prevención del delito a la que postula nuestro Código Penal es racional, sujeta a límites y respetuosa de la dignidad de la persona humana. La prevención que acoge la legislación punitiva peruana debe enmarcarse dentro de los parámetros valorativos fijados en nuestra Constitución y que se corresponden con un Estado de Derecho.

8. Por su lado, los fines de protección asignados a la pena se relacionan con la tutela de bienes jurídicos, sean personales o colectivos en cualquiera de sus variantes. Esta protección no debe llegar a ser extrema, excesivamente amplia y absoluta. La consideración del Derecho Penal como última línea de defensa del ordenamiento jurídico y de la sociedad lleva a la aplicación del principio de intervención mínima como principio político-criminal rector en un triple sentido. En primer lugar, seleccionando los bienes jurídicos más importantes y relevantes desde el prisma constitucional y social. Cualquier bien jurídico no va a ser protegido por el Derecho Penal, sino solo los más importantes y esenciales para la convivencia social y el libre desarrollo de la sociedad. En segundo lugar, la protección a los bienes jurídicos en la mayoría de casos no será de forma totalizadora, sino parcial y fragmentaria, reparando en los especiales modos y formas de ataques. En tercer lugar, además de seleccionar los bienes jurídicos más importantes y las más graves formas de agresión, es necesario que el Derecho Penal castigue las ofensas dolosas al bien jurídico dejando a la imprudencia criminal solo para un castigo subsidiario y menos grave que el dolo.

9. La resocialización exige tomar en cuenta los efectos y consecuencias que desarrolla la pena en la personalidad del autor del delito o del potencial infractor.

La pena no es una sanción fría que deba imponerse al margen de la personalidad del autor. No implica una renuncia a la valoración de los efectos que la pena ejerce en la persona de carne y hueso que la padece. La resocialización es una forma de prevención especial, la cual no agota ni limita su contenido.

Su gran fuerza la despliega en el campo de la ejecución de la pena y en particular en los casos de cumplimiento efectivo de las penas privativas de la libertad.

Su importancia deriva del respeto a la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de que una persona después del cumplimiento de una pena puede integrarse otra vez a la sociedad consiguiendo llevar una vida sin delitos. Si partimos de que nuestro modelo constitucional es un Estado social democrático y de Derecho, queda claro que el conjunto de prestaciones que el Estado debe desarrollar en beneficio de los ciudadanos, comprende también una serie de prestaciones, ayudas y asistencias en el campo del sistema penal, colaborando para que las personas puedan incorporarse a la sociedad asumiendo una conducta de respeto a las normas.

La prevención especial orientada a la resocialización cumple con la protección del individuo y de la sociedad. Brinda auxilio y ayuda al autor. No lo cosifica, expulsa ni estigmatiza; por el contrario, busca integrarlo con el fin de que

desarrolle una vida social alejada del delito, abriendo condiciones adecuadas de participación.

II. Teorías absolutas

1. La particularidad más importante de las teorías absolutas es sostener que la pena tiene un exclusivo fundamento espiritual y ético(2), libre e independiente de cualquier finalidad o contenido socialmente útil(3). Según esta tesis, la pena se justifica solo en virtud del delito cometido y de la necesidad de brindar una expiación al delincuente. Para ello se aparta de cualquier fin ulterior capaz de ver en la sanción penal el cumplimiento de un propósito, propio de la política social.

No interesa aquí si con la pena el delincuente logra ser corregido y resocializado o tal vez si solo se protege a la sociedad. Basta constatar que la pena es una reacción proporcional al injusto cometido. El castigo proviene del delito realizado y no de la pretensión que no se delinca. Aparece, así, el primer gran contraste de las teorías absolutas respecto a las teorías relativas: mientras las primeras nacen a partir de la plenitud de la teoría y del espíritu, las segundas surgen de la imperfección de la realidad(4).

2. Las teorías absolutas de la pena poseen una rica y extensa tradición histórica de más de veintitrés siglos de historia en las que casi hegemonícamente y con pocas alternancias han reinado. Estas ideas tienen su inicio en la antigüedad clásica, en algunas obras de Platón y en los fragmentos del diálogo sostenido por Anaxágoras y Pericles. Sin embargo, su consolidación en la civilización occidental se debió a la obra evangélica y cultural emprendida por el cristianismo, cuya cúspide máxima fue alcanzada en la Edad Media. Asimismo, cabe anotar que su carta de ciudadanía racional fue asentada por el idealismo alemán, siendo sus máximos representantes: Emmanuel KANT (1724-1804) Y G.W.F. HEGEL (1770-1831).

3. El cristianismo influyó en la vigencia de la idea retributiva a través de la consideración del universo como una obra creada por Dios y en la que el hombre,

(2) Cfr. BETTIOL, Giuseppe. "Derecho Penal". Traducción de León Pagano. Tomo 11. Temis. Bogotá, 1966. Pág. 257.

(3) Asf ROXIN, Claus. "Sentido y Fin de la Pena Estatal". En: Problemas de Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Reus. Barcelona, 1976. Pág. 17.

(4) Cfr. HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. Pág. 350.

al participar de dicha obra, debe realizar la justicia divina aquí en la tierra, haciendo el bien a quien hace el bien y devolviendo el mal a quien hace el mal. Asimismo al diferenciar la bifurcación entre la ley divina y la ley humana, se consideró a esta reflejo de aquella. El principio retributivo de la pena permite ligar el orden jurídico positivo al orden universal de las cosas, facilitando el contacto y la intersección de la justicia humana con la divina(5). Consecuencia de ello es la aparición de una "retribución divina", concepción dominante de la doctrina católica clásica que va desde Santo Tomás hasta Stahl y De Mastre.

Esta tesis afirma que Dios castiga por amor al orden y que cede al hombre parte de su poder punitivo. El Estado no sería una creación divina, sino solo la exteriorización de un orden querido por Dios. La violación de la ley humana, derivada de la divina, acarrea la sanción al delincuente por parte del juez, quien sería el depositario y el encargado de velar por el orden humano y universal (divino).

4. El aporte del idealismo alemán no puede ser menos significativo y provechoso en el desarrollo de la idea retributiva, a la que dotó de una brillante lógica interna de razonamiento(6) y de una argumentación racional difícilmente rebatible.

Al respecto, puede distinguirse a grandes trazos dos clases de retribución: la ética y la jurídica.

A. La retribución ética

KANT desarrolló esta postura sobre la pena en su Crítica a la razón práctica y los Principios metafísicos del Derecho, apuntando que la pena jurídica no puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o la sociedad, sino siempre debe aplicarse contra el culpable por el solo hecho de haber delinquido, porque jamás un hombre puede ser tomado como un medio capaz de realizar los designios de otros o ser contado en el número de las cosas como si se tratara de un derecho real.

"El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o sus ciudadanos(7)".

La imposición de la sanción penal tiene su presupuesto: "(oo.) en el criterio de justicia dado que si ella es desconocida los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra".

"Si la sociedad civil-dice KANT -llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros como si, por ejemplo, el pueblo que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino detenido en una prisión

(5) Cfr, MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal", Tomo II. Temis. 2ª edición, Bogotá, 1985. Pág, 259 (6) Cfr, CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal", Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición. Santiago de Chile, 1992. Pág, 33 (7) KANT, Emmanuel. "Principios Metafísicos del Derecho", Puebla, 1962, Pág, 185

debería ser muerto antes de esa disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen(8)".

Lo esencial para Kant en toda pena es la realización de la justicia. Una legislación sería inmoral si no se ajustase a este principio que hace que el vicio lleve consigo la pena. La pena debe aplicarse al sujeto "solo porque ha delinquido". La justicia, sostiene, deja de serlo desde el momento que se acuerda a un precio cualquiera, aunque este sea el de la mayor utilidad. Cuando perece la justicia no tiene sentido que los hombres vivan sobre la tierra.

KANT construye su concepción del Derecho Penal, sin haber separado convenientemente el Derecho y la Moral. Su pensamiento lo erige desde el principio:

"obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer también como principio de una legislación universal, de tal manera que el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti".

B. La retribución jurídica(9)

Federico HEGEL, por su parte, concibe el fenómeno criminal como un proceso eminentemente dialéctico en donde la violación del Derecho por parte del delincuente impone la negación del delito y la reafirmación del Derecho por medio de la pena.

El ordenamiento jurídico representaría: "la voluntad general que, vía la imposición de la pena jurídica, niega la voluntad especial del delincuente, manifiesta en el delito, el cual ha de rechazarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del derecho, como derecho que requiere ser reafirmado(10)".

Sostiene además que:

"La vulneración que afecta al delincuente es justa en sí, sino que también es derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es en su voluntad existente en su acción (...) como ser racional el delincuente es honrado con la pena cuyo honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toma de su mismo acto(11)".

HEGEL precisa que la retribución es conceptualmente lesión de la lesión. Si el delito niega el Derecho, la pena se encarga de negar el delito. La infracción del orden jurídico por el delito no es la destrucción del Derecho, puesto que este es

(8) KANT, Emmanuel. Op. Ci!. Pág. 187.

(9) Para JAKOBS, Günther. "Derecho Penal". Parte General. Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. 1/21. Pág. 23, la posición de Hegel sobre la pena es absoluta en lo conceptual pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estadio de la sociedad.

(10) HEGEL, Federico. "Filosofía del Derecho". Claridad. Buenos Aires, 1955. Pág. 106.

(11) HEGEL, Federico. Op. Ci!. Pág. 107.

indestructible. La amenaza y la aplicación de la pena sería la confirmación del Derecho y la demostración de dicha naturaleza.

El delincuente, al intentar la destrucción de un bien mediante la violenta negación del derecho de otros, termina por erigir la violencia de la ley, frente a la que sucumbe (SOLER). El delito es castigado porque premiarlo sería una iniquidad monstruosa y no castigarlo sería permitir que el reo consiguiera un premio por su delito.

La diferencia entre las tesis de KANT y HEGEL es que esta no se funda en la ley del talión kantiano, sino en un principio valorativo flexible que tiene en cuenta las características de la lesión concreta y las características de la sociedad(12).

5. La idea de la retribución no se reduce ni es la sustitución de la venganza privada por el imperio de la fuerza pública. Su fundamento es más profundo y vasto. Se basa en la distinción del bien y el mal, en donde el bien sigue a la obediencia de la ley y el mal a la transgresión de la norma, pensamiento que se sintetiza en la fórmula "al bien le sigue el bien y al mal el mal"(13). En efecto, si el delito es la lesión de un bien jurídico, la pena no es más que la retribución (recompensa) a manera de lesión al culpable del ilícito con la privación o restricción de una serie de bienes jurídicos (vida, libertad, patrimonio). La pena en tal línea no tiende a mejorar, a rehabilitar o curar al delincuente, aunque puede lograr dichos cometidos, sino simplemente busca devolver con proporcionalidad e igualdad el mal causado, nunca de manera irracional, caprichosa o cruel, sino dentro de los parámetros y límites impuestos por las normas legales y el ordenamiento jurídico.

6. Los partidarios de esta tesis consideran que el criterio de la retribución es una de las ideas directrices de nuestra civilización. Tal es su importancia que puede decirse que la idea de la retribución pertenece a todo tipo de cultura que no reniegue de sus valores supremos y que sea capaz de adecuarse a las exigencias espirituales de la naturaleza humana(14). La imposición de la pena retributiva es eminentemente racional pero ello no supone excluir del todo elementos instintivos. Parece paradójico que un sistema penal rígidamente inspirado en consideraciones de fin y de unidad, por consiguiente, de naturaleza reflexiva, no pueda quitar el fundamento instintivo que se encuentra en la pena retributiva.

La retribución posee un contenido ético evidente que no puede prescindir de la relevancia ética de la acción y de la posibilidad de formular un juicio de reproche sobre la misma. De allí que no sea ocioso señalar que el verdadero concepto de retribución es ético al tener presente la naturaleza moral del hombre quien solo salva su dignidad manteniendo la idea retributiva de la

(12) Conl. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones. Madrid, 1995. Pág. 74.

(13) As! MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 257.

(14) BETTIOL, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 642.

pena(15). La doctrina penal se esfuerza en distinguir, aun cuando no se perciba sus fronteras, la retribución de la expiación. La primera se anudaría a la dimensión objetiva del delito y al daño que produce a la sociedad, mientras que la expiación se referiría más al elemento subjetivo socialmente reprochable del delito que es la voluntad culpable del autor(16).

Las ventajas prácticas y dogmático-jurídicas de la teoría retributiva de la pena cobran evidencia cuando facilitan la aplicación proporcional y justa de la sanción fundadas en el respeto al principio de culpabilidad(17). La pena se basaría así en una magnitud mensurable cuyo termómetro es básicamente el principio de culpabilidad. La idea de retribución impone un límite objetivo al poder estatal, cumpliendo de este modo una función liberal, aseguradora de la libertad(18).

111. Teorías relativas

1. Frente a las teorías absolutas de la pena aparecen las teorías relativas, cuya particularidad fundamental es abandonar el contenido esencialmente espiritual y ético de aquellas, imponiendo a la pena estatal un nuevo sentido y finalidad. Esta renovada teleología, aspira a cumplir un fin práctico inmediato, actuando sobre el delincuente y la sociedad en general(19). Se renuncia exprofesamente a la búsqueda inmarcesible de la justicia o a la posibilidad de lograr la concreción del ideal ético absoluto, por ser contenidos difíciles de alcanzar en una organización humana en donde concurren seres imperfectos de manifiesta limitación moral y de variable justicia. A la pena estatal se la asocia al logro de fines empíricos capaces de actuar en un espacio y tiempo determinados en función de la comisión del delito y de la personalidad del agente infractor.

2. Las teorías relativas pretenden hacer descender del cielo a la tierra a la pena, liberándola de cualquier mensaje metafísico absoluto y de cualquier aspiración que sea de difícil realización por el Estado. Se busca simplemente que la pena se humanice y se socialice, acercándola a la vida de la persona común y a las necesidades de la sociedad. En tal línea, la imposición de una sanción jurídico-penal por el Estado ha de tener en cuenta al hombre tal como es, contemplándolo como un ser limitado, material y espiritualmente, que por encima de mayores exigencias valorativas requiere pronta y urgente ayuda(20).

(15) Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 262.

(16) Cfr. SAUER, Wilhelm. "Derecho Penal". Traducción de Cerezo Mir y Del Rosal. Bosch. Barcelona, 1956.

Pág. 17 (17) Asf WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. Pág. 330.

(18) ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 19.

(19) HASSEMER, Winfried. Op. Cil. Pág. 350.

Los postulados de las teorías preventivas de la pena se circunscriben a un espacio y tiempo determinados en donde focalizan su actuación. Ellas no buscan trascender ni permanecer en el tiempo, como las teorías absolutas, sino solo se limitan a lograr determinadas metas concretas situadas en un contexto histórico. La consideración de la pena no se dirige a reflejar una absolutez valorativa o a lograr una perfección moral en el delincuente, sino busca colaborar con una concepción funcional del Derecho Penal, y del Derecho en general, el cual pretende acentuar su influencia y acción en una sociedad de seres imperfectos(21). El criterio funcional establece que el Derecho como ciencia social debe centrar sus cometidos dentro de una comunidad determinada facilitando la convivencia humana, previniendo los delitos, que, al ser las infracciones más graves, desestabilizan el orden constituido.

3. El Derecho Penal, según las teorías preventivas, debe proteger los bienes jurídicos esenciales de la vida social, los cuales aparecen como intereses individuales o colectivos. El Estado y el Derecho, lejos de cumplir un fin primordialmente ético, deben dirigir sus mejores esfuerzos a la protección de aquellos bienes jurídicos indispensables para el desarrollo de una correcta vida en relación. De este modo el Derecho Penal modifica radicalmente su centro de atención que va desde la realización de un fin trascendente y universal: la justicia, hasta el logro de un fin socialmente útil: la evitación de delitos futuros, ya sea incidiendo en el obrar del agente infractor o en la sociedad en su conjunto.

Con la asunción de la perspectiva funcional, el ordenamiento jurídico-penal reduce su objeto de acción a la sociedad humana y a cada uno de sus componentes, ya sea a nivel de quienes delinquen o a nivel de quienes todavía no han realizado conducta criminal alguna.

4. La visión preventiva de la pena se vincula con una política-criminal científica que enfrenta y lucha contra la delincuencia de una manera técnica, acopiando y seleccionando datos rigurosos respecto a los factores e índices de criminalidad más importantes(22). El Derecho Penal, para cumplir eficazmente sus fines preventivos, debe realizar un diagnóstico serio y un conocimiento altamente especializado del fenómeno criminal que permita a los agentes del Estado luchar contra el crimen, controlándolo. Para tal fin logrará proveerse de una serie de conocimien-

(20) JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 98.

(21) Sobre la influencia del modelo funcional en el Derecho Penal, véase por todos JAKOBS, Günther. Op. Cit. Págs. 8 y sgtes. Asimismo consúltase MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998.

Pág. 55; MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976. Pág. 61.

(22) As! BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1994. Pág. 28.

tos y datos empíricos provenientes de las distintas disciplinas humanas (Antropología, Psicología, Sociología, Criminalística, etc.), que son unificadas y orientadas bajo el sello particular de la Criminología.

5. El saber empírico propio de la política-criminal científica plantea que el crimen, como conducta desviada, nunca desaparecerá, ni podrá ser eliminado por sociedad alguna; pues se trata de un fenómeno permanente y continuo del cual el hombre no podrá librarse nunca, ya que es un problema humano, social y cotidiano(23). A lo sumo el Estado puede aspirar a disminuir la tasa de criminalidad, a través de una política social y criminal eficaz y a controlar la delincuencia, sometiéndola oportunamente al sistema de control jurídico-formal del Estado(24).

El criterio preventivo de la pena no solo marca su influencia en el nivel teórico o en la fijación judicial de la pena, sino que extiende su área de influencia a los diversos sectores del sistema penal, tales como la función legislativa (criminalización primaria) policial, judicial y penitenciaria. La teoría jurídica del delito tampoco escapa de la tarea preventiva de la pena y del Derecho Penal, pues los diversos estratos del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, ostentan sustanciales cambios y son ejemplo de un Derecho Penal orientado a sus consecuencias(25).

La perspectiva preventiva no está exenta de criterios políticos e ideológicos que se asocian con una determinada concepción social del Estado, modelo superador del Estado liberal y burgués que solo protegía derechos individuales. El Estado social se caracteriza por intervenir decididamente en el desarrollo y marcha de la sociedad, facilitando la satisfacción de necesidades. Asimismo, protege convencionalmente los bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad, a la vez que lucha de manera abierta contra la criminalidad, a la que busca controlar con un amplio programa preventivo cuyo eje es la sociedad y el agente infractor.

El objetivo a cubrir es que la sociedad no aumente su tasa de crímenes y el ciudadano no vuelva a delinquir. El enfrentamiento a la delincuencia por parte del Estado Social no se basa únicamente en la implementación de una adecuada legislación, sino que busca luchar contra el crimen desde diversos frentes, como el educativo económico, cultural, etc.

6. El Derecho, y en particular el ordenamiento jurídico-penal, no es más que un sector de una política general que el Estado adopta y emplea para combatir eficazmente el crimen. De allí que ha de quedar medianamente claro que el enfrentamiento a la delincuencia para el Estado no es una tarea y función exclusiva del

(23) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Criminología: Introducción". Págs. 72 y 31 Y especialmente 234.

(24) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 3.

(25) HASSEMER, Winfried. Op. Cit. Pág. 34.

Derecho Penal, que pese a ser su arma más letal, debe verse auxiliado por otros mecanismos o controles derivados de la sociedad y el Estado mismo⁽²⁶⁾. Las teorías preventivas están impregnadas de un notorio utilitarismo pues su éxito descansa en el logro de determinados resultados. Si se logra la disminución y control de la criminalidad, o si se alcanza resocializar al delincuente, las teorías preventivas habrán hallado íntegra justificación y plena legitimación. En caso contrario colapsarán, acercándose al abismo del fracaso. El postulado fundamental de las teorías preventivas es evitar que los ciudadanos cometan delitos, ya sea intimidándolos o ratificando su fidelidad al Derecho (prevención general) y que el delincuente no vuelva a reincidir ni se incorpore al circuito de criminalidad (prevención especial). El programa aludido bien podrá resumirse en buscar la protección de bienes jurídicos a través de la sanción jurídico-penal.

A. Prevención especial

Si bien las teorías relativas de la pena poseen larga tradición en la historia de la humanidad, la aparición de la teoría preventiva especial es de reciente fecha. Sus primeros destellos científicos no van más allá del último tercio del siglo XIX. El área geográfica y el ambiente cultural donde nació fueron los de Alemania e Italia.

La difusión de las ideas preventivas (especiales) no hubiese alcanzado tanta notoriedad y éxito si sus postulados no hubiesen respondido a las ideas de la época.

El contexto histórico de donde emergieron fue particular y se caracterizó por el dominio del positivismo científico, el desarrollo desmesurado de las ciencias naturales y la aparición del dogma causal-explicativo. El notable avance técnico y científico, la efervescencia de una creciente industrialización, lograron que el principio causal propio de las ciencias de la naturaleza extendieran sus dominios a otros saberes, como son las ciencias de la cultura, en las que se ubica, en un lugar privilegiado, el Derecho.

Se considera que el comportamiento humano podría ser diagnosticado y predecirse. El hombre, se dice, no solo es un ser metafísico e idealista, en la medida en que puede ser sometido y considerado desde un perfil causal-mecánico. Los principios de autodeterminación, libertad y culpabilidad, al ser presunciones inverificables, se desechan abruptamente, asumiéndose en su reemplazo un abierto determinismo, cuyo fundamento es la posibilidad de conducción e influencia de la sociedad o la actuación de estímulos sobre el comportamiento humano, el cual podría ser sometido a las leyes que rigen el dominio de la naturaleza.

En Alemania son harto conocidos los aportes formulados por Franz VON LISZT (1851-1919) forjador de la Política Criminal con un claro contenido científico, sobre la que se asentaba la prevención especial.

(26) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Ediar. 5. edición. Buenos Aires, 1986. Pág. 25; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y Control Social". Jerez, 1985. Pág. 27, JESCHECK Hans. Op. Cit. Pág. 99.

VON LISZT, iniciador de un profundo cambio en el Derecho Penal, consideró que la lucha contra el delito no podía llevarse únicamente desde la atalaya jurídica, sino que implicaba asumir y controlar otros elementos, como la formulación política de un programa donde ocupe un lugar preferencial la defensa de la sociedad a través de la implementación de una serie de medidas que actúen sobre la personalidad del delincuente.

Se postuló que la pena jurídica, más que reducirse a un puro retribucionismo, debía asumir un efecto empírico capaz de constatarse en la persona del agente infractor, a quien debía intimidar, corregir o inoculizar, según se trate de delincuentes ocasionales, de tendencia o delincuentes de estado.

En Italia, el positivismo criminológico incorporó también al Derecho Penal los avances de las ciencias de la naturaleza. César Lombroso, Enrique Ferri y Garófalo fueron los precursores. Su metodología se caracterizó por una observación de la realidad empírica y del mundo circundante. Del idealismo se pasó al materialismo, de lo abstracto se pasó a lo concreto, y de la deducción a la inducción. El delito dejó de ser considerado como ente jurídico ideal para ser examinado como fenómeno empírico. El delincuente no solo se formaba en la sociedad sino que obedecía a una serie de contenidos genéticos. Apareció así la conocida tesis del delincuente nato atribuida a Lombroso.

La culpabilidad, fundamento de la pena retributiva, fue sustituida por el concepto de peligrosidad que se asentaba en el conocimiento de la personalidad del delincuente y la incidencia de los factores sociales en su conducta criminal. La pena, propia de la teoría clásica, se vio reemplazada por los sustitutos penales o las medidas de seguridad que poseen un notorio mensaje preventivo. Se concluye así en el postulado fundamental del positivismo respecto a que la imposición de la medida penal se debe basar en la peligrosidad y no en la culpabilidad.

El postulado preventivo-especial de la pena no se basa ni se justifica en un criterio aislado. Por el contrario, la tesis preventivo-especial se funda en una articulación de varios y distintos factores de índole social, política, jurídica, científica y humanitaria que, si bien poseen un sentido independiente y particular, adquieren su pleno valor en su integración.

El fundamento político de la prevención especial, como de toda idea preventiva, se encuentra en el Estado intervencionista, preocupado de la satisfacción de las necesidades humanas y la protección de bienes jurídicos. Esta tipología de Estado se caracteriza por el mayor acercamiento de los fines de este a los sectores mayoritarios de la población, demostrando un legítimo interés en el logro de una convivencia pacífica por encima de cualquier inquietud metafísica o ideal de justicia.

La organización estatal encargada de la protección de bienes jurídicos es consciente de que la manifestación de la criminalidad, o su eventual aumento, es consecuencia tanto de factores individuales como sociales, en donde ocupa

un lugar preferencial la deficiente y limitada labor del Estado que no logra cubrir ni satisfacer los principales requerimientos de la sociedad, contribuyendo con ello a la aparición de diversas formas de criminalidad.

Aparece así una suerte de co-responsabilidad entre el individuo y la sociedad que explica la existencia de la delincuencia. Por la evidencia de la responsabilidad social y estatal en el nacimiento del crimen, es que el Estado no puede limitarse solo a castigar, o simplemente retribuir con una pena la comisión de un delito, sino que, por el contrario, debe saldar su culpa brindando una oportuna ayuda al delincuente con el propósito de apartarlo de los senderos del injusto. Esta idea de colaboración y auxilio al agente infractor se traduce en la incorporación de la idea del tratamiento como cometido de la prevención. El fundamento político de la prevención especial se nutre de un argumento humanitario difícilmente rebatible: facilitar al delincuente su resocialización, adaptándola a los patrones valorativos de la comunidad.

Por otro lado, aparece el fundamento jurídico-social de la prevención especial, cuya finalidad es buscar que el delincuente no vuelva a delinquir y que la sociedad recupere la fidelidad y confianza en el Derecho. Apelando a la tesis preventiva especial, el Estado muestra una honda preocupación por sus miembros, a quienes posibilita la obtención de una mejor socialización de la que ya tienen; a la vez permite la corrección y el tratamiento pedagógico de su personalidad inclinada al delito. Al Estado no le satisface la realización de una pura justicia, sino que su interés persigue un fin relativo y concreto que radica en que el delincuente no vuelva a infringir las normas. Para ello se utiliza adecuadas técnicas de corrección y tratamiento.

La esencia de la tesis preventivo-especial vincula a la sanción jurídico-penal con la idea de corrección, de tal modo que a la vieja idea de pena-retribución se la sustituye por la concepción de pena-tratamiento. El efecto principal de la pena no reside en el criterio de justicia, ni en un fin que beneficie a toda la sociedad, sino solo en la educación y corrección del delincuente. La pena, más que servir a todos los ciudadanos, debe ser útil a quien ha delinquido no tanto porque la sanción penal sea un premio, sino porque ha de ayudar al delincuente a lograr una mejor socialización. La pena preventivo-especial tiene un notable sentido concreto-dinámico, toda vez que se dirige a un individuo determinado (el delincuente) a quien se lo somete a un tratamiento permanente y continuo, según dure la ejecución de la pena.

En el desarrollo de la tesis preventivo-especial ocupa un lugar central la idea de resocialización. Por ella se entiende que la pena, sin dejar de representar un castigo, y por tanto un mal, debe orientarse a solucionar la defectuosa socialización del delincuente, planteando su resocialización. El postulado resocializador se adapta, de modo excelente, a la misión del Derecho Penal pues ayuda al autor del delito, no rechazándolo, ni marcándolo con fuego, sino que quiere integrarlo a la comunidad⁽²⁷⁾. La resocialización implica un proceso de aprendizaje y de interiorización de valores que se perciben y aceptan, como tales, por la sociedad y el individuo⁽²⁸⁾. La prevención especial se apoya también en una concepción asistencial del Derecho Penal que ha de servir principalmente al autor del delito en su comportamiento futuro.

Respecto a la inclusión de la tesis resocializadora tanto a nivel constitucional como legal, es necesario resolver si su empleo alude a un fin general de la pena, común al estadio legislativo, judicial o penitenciario, o si se refiere a un fin específico incardinado a una pena privativa de libertad. Se ha de reconocer este asunto como discutible. Pese a ello, consideramos que la formulación legal y constitucional de la resocialización se restringe a la ejecución penitenciaria de la pena⁽²⁹⁾, no siendo extensiva a otro momento del proceso jurídico propio del sistema penal.

En efecto, el valor normativo de la resocialización radica en el prohibir que la ejecución de las penas privativas de libertad posea un efecto desocializador intolerable⁽³⁰⁾.

En tal óptica, tenemos que la idea resocializadora está cargada de un necesario sentido negativo en la medida en que proscribire la imposición de una pena que desestabilice o empeore la socialización del infractor. El reconocimiento normativo de la resocialización implica también decidir si se ha de aspirar a una resocialización jurídica del delincuente o se ha de buscar una resocialización moral del mismo, identificándose en el primer caso con un programa resocializador mínimo y el segundo con un programa resocializador máximo. Tomando partido, hemos de mostrar nuestra preferencia solo por una enmienda jurídica del delincuente (programa resocializador mínimo), cuyo objetivo principal descansa no en lograr un hombre o ciudadano perfecto, sino sencillamente en evitar que el agente infractor vuelva a delinquir.

El postulado jurídico de la prevención especial no se reduce a ser un criterio uniforme y pleno de sentido, sino que reconoce en ella diversos cometidos y objetivos que coinciden solo bajo la idea de una actuación sobre el delincuente. Dicha variedad de fines no es gratuita ni injustificada dado que se basa en conocimientos empíricos y criminológicos comprobados, como son la clasificación de los delincuentes en habituales, ocasionales y pasionales. La prevención especial se nutre no de un fin único, sino heterogéneo, según se trate de una determinada tipología de delincuentes. Estos cometidos siguen los derroteros de la intimidación, corrección y aseguramiento.

Si el delincuente se halla integrado a las expectativas de la comunidad, como es el caso del delincuente ocasional o culposo, la pena obrará como una severa llamada de atención, intimidándole para que evite delinquir otra vez, pues si infringió la norma penal lo hizo en virtud de una situación excepcional, difícilmente repetible. Por su parte, si la personalidad del delincuente muestra

(27) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Estudios Penales". Pág. 30.

(28) Ibidem. Pág. 25.

(29) CEREZO MIR, Jose. "Curso de Derecho Penal español", Tomo 1. Tecnos. 5ª edición. Madrid, 1996. Pág. 33, nota 71.

(30) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Sª edición. Valencia, 1999. Pág. 603.

proclividad a infringir la ley, ya sea por ser delincuente habitual o de tendencia, la misión de la pena es integrarlo a la sociedad a través de una serie de mecanismos pedagógicos. Según la clase de autor, la resocialización podrá consistir en la remisión condicional de la pena (resocialización ambulatoria) y la influencia mediante la ejecución de la pena privativa de la libertad (resocialización estacionaria)(31).

Por último, en los casos donde sea imposible actuar sobre el delincuente, ya sea intimidándolo o resocializándolo, al contar con una personalidad visiblemente incorregible, el Derecho Penal y su sistema de sanciones no tendrán otra opción que inculcar o asegurar al delincuente.

Los fines de la prevención especial aludidos no se hallan dispersos o yuxtapuestos sin sentido alguno. Por el contrario, poseen una ordenación escalonada que se caracteriza por una valoración jurídica jerárquica. Así, un primer nivel de la prevención especial está dado por la intimidación que solo ejerce un efecto inhibitorio en la comisión de delitos. Un segundo nivel se expresa en el cometido resocializador, el cual solo justifica la imposición y ejecución de una sanción cuando la personalidad del agente muestra tendencia o proclividad al delito, nunca en otro supuesto. Por último, el tercer eslabón justifica la aplicación permanente de la pena cuando el delincuente es incorregible y el único medio apto para proteger a la sociedad es la imposición de una medida de aseguramiento. Como no es difícil intuir el criterio preventivo-especial, se basa en la posibilidad de diagnosticar y predecir el comportamiento humano, y en especial la conducta criminal con el objeto de influir en ella. La base de dicho principio se ampara en la Psicología experimental y en el desarrollo científico de otras disciplinas jurídicas que establecen la posibilidad de determinar e influir en la personalidad humana, sustrayéndola de la acción criminal.

La prevención especial tiene sus mejores éxitos en el Derecho Penal de los jóvenes, pues ellos poseen una personalidad que puede ser influenciada al hallarse en evolución y que precisa ser ordenada para la vida en comunidad. Los instrumentos modernos y las expresiones en las que se traducen los postulados de la prevención especial, consisten en plantear la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración por las penas de días multa.

(31) MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Córdoba Roda. Ariel. Barcelona, 1962.
Pág. 108.

Asimismo, otra manifestación inconfundible de esta clase de la prevención es la suspensión condicional de la pena y los criterios de no intervención(32).

B. La prevención general

Este modelo de prevención fue conocido desde la antigüedad, remontándose sus inicios a la filosofía griega. Conocidas son las frases puestas por Platón en boca de Protágoras: "Quien quiera castigar de manera racional no debe hacerlo por el delito cometido, sino pensando en el futuro para que ni el delincuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado". Pese a ello, el auge de las teorías preventivas, y en especial de la prevención general, se inicia en la Ilustración con las ideas político-humanitarias, el profundo respeto a la persona humana y el marcado individualismo como ejes ideológicos(33).

El postulado central de la prevención general es impedir la comisión de delitos en la sociedad, incidiendo en los delincuentes potenciales más que en el infractor de la norma. Esta teoría posee dos ventajas sobre la prevención especial. En primer lugar, declara, sin ninguna restricción, que aun en el caso de la ausencia de peligro de reiteración no se puede renunciar totalmente a la pena, porque los hechos punibles que permanecen sin consecuencias para el autor incitan a la imitación. En segundo lugar, la prevención general exige determinaciones exactas en la justificación de la pena, buscando motivar al ciudadano y que este tome distancia de la acción infractora. Se abandonan así oscuros pronósticos de peligrosidad objetables desde el Estado de Derecho(34).

Los fundamentos de la prevención general son múltiples.

Desde el punto de vista normativo se tiene que las normas penales no se dirigen a un número determinado de personas (delincuentes ocasionales, reincidentes o jueces), sino a todos los ciudadanos con el objeto de motivarles a no delinquir y respetar las normas jurídicas. Dichos principios derivados de la naturaleza de las normas jurídicas coinciden con las metas de la prevención general, a la que refuerzan e imprimen mayor validez.

En el plano sociológico se contempla que gran número de personas se abstienen de cometer delitos en virtud del temor que despierta la pena, ya sea por la privación formal de bienes jurídicos o por constituir un factor de estigmatización social. Con razón se afirma que el éxito de la pena se mide no tanto por quienes

(32) Por todos, HASSEMER, Winfried. Op. Cil. Pág. 368.

(33) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 98.

(34) ROXIN, Claus. "Fin y justificación de la pena". Pág. 29.

vuelven a delinquir, sino por quienes desisten de hacerla en razón del temor natural que despierta la pena.

Psicológicamente, se sostiene que muchos hombres solo ponen freno a sus deseos instintivos contrarios a las leyes cuando ven que aquel que para su satisfacción se vale de vías extralegales no tiene éxito, sino que sufre un grave perjuicio. Sigmund Freud señaló correctamente que cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, con ello estimula el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para disminuir esta tentación se le deben quitar las raíces de su osadía y la razón por la que es envidiado.

La prevención general busca delimitar su círculo de influencia, ya sea restringiendo su contenido a la intimidación de los delincuentes potenciales mediante la mera amenaza de coacción extrema, o bien ampliándola a toda la sociedad en cuanto propende al robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través del veredicto expresado en la pena(35).

La teoría preventivo-general negativa, llamada teoría de coacción psicológica o simplemente teoría intimidatoria, promueve un efecto de temor o miedo en la aplicación de la pena en todos aquellos delincuentes potenciales. Su aparición y desarrollo principal se dió en el siglo XIX gracias a la elaboración conceptual de Paul Johann Anselm Feuerbach.

Por su parte, la teoría preventivo-general positiva, o simplemente prevención integradora, se caracteriza por la pretensión de buscar la defensa estricta del ordenamiento jurídico, a la vez que postula afianzar la conciencia social en el respeto y fidelidad a las normas jurídicas. Algunos autores(36) distinguen, dentro de la prevención general positiva, una posición fundamentadora que se enlaza con la conformación de los valores morales de la colectividad, y una versión restrictiva de la prevención positiva que tiene por objeto limitar la intervención penal en atención a los derechos del individuo que son a la postre objeto de control.

Hoy en día, pese a la discusión teórica apuntada líneas arriba, sobre el círculo de influencia de la prevención general nadie puede desconocer que la criminalidad es un fenómeno común a todas las personas, pues la tendencia a realizar delitos no se circunscribe a un solo tipo y clase de hombre, como creía Lombroso, sino que, como criminalidad latente e instintiva, existe en todos, incluso en las mujeres(37).

(35) STRATENWERTH, Gunter. "Derecho Penal". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. N° 39. Pág. 16.

(36) Por todos, MIR PUIG, Santiago. "Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Set.-dic. Madrid, 1988. Págs. 651 y sgtes.

(37) MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal", Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 375.

A pesar de las críticas que puedan vertirse contra la prevención general, lo cierto es que esta teoría destaca por ser un intento para justificar la intervención penal en un Estado de Derecho, basándose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales, político-jurídicas y ético-utilitarias(38).

a. La prevención general negativa

Esta teoría trata más de explicar los efectos de la amenaza penal mediante leyes penales, que de ser una verdadera teoría de la pena(39). Su imagen del hombre se caracteriza por su racionalidad e incluso capacidad de cálculo. El tipo de hombre que se representa como meta es el del contrato social. A él se le muestra las consecuencias que puede acarrear el incumplimiento del pacto, esperando que con ello se abstenga de cometer el acto prohibido que probablemente se realizaría sin tal advertencia(40).

FEUERBACH explicaba su tesis en los términos que "todas las infracciones tienen su causa de origen psicológico en la sensualidad, en tanto la capacidad de comisión del hombre es estimulada mediante el deseo hacia o a partir de la acción o su omisión. Este estímulo sensual puede ser más grande que la insatisfacción que se deriva del estímulo hacia el hecho no satisfactorio"(41).

La teoría de la coacción psicológica es un criterio eminentemente psicológico normativo, dado que confía en el efecto intimidatorio desplegado por la conminación penal acuñada en una fórmula legislativa. El acento queda descargado en la amenaza penal o en la fase legislativo-formal del sistema penal, en donde la aplicación y la ejecución de la pena solo tienen sentido en la medida en que suponen un reforzamiento del fenómeno intimidatorio que les precede.

Aquí lo importante no es tanto la consecuencia autónoma o independiente del aparato de control penal, como la ejecución de la sanción, sino su dependencia respecto a la amenaza penal, que es la que a la postre le da sentido. Sin embargo, esto no obsta a que se resalte que sin la imposición y cumplimiento de la pena, la amenaza penal no es tal amenaza o solo una insubstancial advertencia (Exner).

FEUERBACH creía en la posibilidad de impedir la comisión de un delito que aparece, en su construcción, como un motivo sensorial, apelando a otro mecanismo sensorial que se transmite con la certeza de que a la infracción le seguirá un mal mayor. La actitud egoísta-inmoral, y de contenido sensual, propia del delincuente, se contrarresta con un estímulo, consecuencia de la amenaza penal, el cual cumpliría un efecto psicológico intimidante capaz de neutralizar dichos motivos.

(38) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1994. Pág. 26.

(39) JAKOBS, Günther. Op. Cit. 1/26.

(40) HASSEMER, Winfried. Op. Cit. Pág. 380.

(41) FEUERBACH, Anselm. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Zaffaroni y Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989. NQ 13.

Aun cuando algún autor no descarte la imposición de una pena con el propósito de intimidar, sobre todo en las épocas críticas de un Estado como en otros casos singulares(42), lo cierto es que la teoría preventivo-general negativa no escapa de las críticas doctrinales que se le formulan. Algunas de ellas pugnan por destacar el abuso contra el delincuente, utilizándolo como medio para la intimidación de la colectividad(43). La intimidación conduce inevitablemente a la imposición de penas más duras y crueles, pues cuanto mayor sea el mal con que se amenace, tanto mayor será la fuerza inhibitoria de la sanción que lo contenga(44). Con una práctica de esta índole se desconocería la irrefutable experiencia de que lo que más estimula a los criminales es un sistema primitivo y brutal, contrario a la conciencia ética-jurídica y a un estado de cultura en general.

En realidad, no es la pena más grave, sino la pena más justa en relación con la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor, la que incide en la conciencia jurídica del pueblo como fuerza configuradora de la costumbre(45). A la intimidación le falta la fuerza de formación moral, por lo que podrá ejercer alguna influencia durante un tiempo, pero a la larga solamente amarga y endurece a la sociedad(46). La lucha eficaz contra el delito no pasa por combatir a los delincuentes con penas graves o elevadas, según el impulso mostrado en el hecho, sino por el sistema penal justo y eficiente capaz de reaccionar con prontitud frente al delito.

Recuérdese que el infractor teme más la persecución y pesquisa rápida que una pena elevada. De allí que cuanto más eficaz sea la persecución del delito, más moderada debe ser la pena.

En la prevención general negativa existe un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos(47). El planteamiento radical de esta postura conduce a la postre a un terrorismo penal, pues un delito leve puede ser objeto, basado en razones preventivo generales, de penas graves si hay temor de un mal ejemplo generalizado. Desde el punto de vista práctico se le imputa a la intimidación el fracaso de la pena como disuasivo, dado que el delincuente profesional no se deja intimidar por el castigo, pues siempre espera lograr la impunidad gracias a su experiencia y habilidad, mientras que el delincuente pasional se encuentra tan obnubilado que no se detiene a pensar en las consecuencias de lo que hace(48).

La teoría de la coacción psicológica es tecnocrática y está expuesta a mayores objeciones. El delincuente individual se convierte en objeto de demostración en

(42) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 1/33.

(43) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Traducción de Jorge Buti! Genszsh y Enrique Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. 7.11, 8. Pág. 107.

(44) MEZGER, Edmundo. Op. Cil. Pág. 376.

(45) JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 103.

(46) WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 334.

(47) BETTIOL, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 663.

(48) Así CURY URZÚA, Enrique. Op. Cil. 40.

interés del buen comportamiento de otros. Desde esta óptica el infractor es más irracional que malo. En la ejecución de la pena no se reconoce ningún sentido, salvo que tras la condena el ciudadano se convierta en una persona que pretenda mejorar el mundo.

Los problemas empíricos de la coacción psicológica son evidentes en la medida en que al exigirse la eficacia intimidatoria de la conminación penal, se presupone el convencimiento normativo por parte del infractor, situación que muchas veces no sucede; y, lo que es más importante, de faltar dichos elementos motivacionales, la teoría preventivo-general negativa perderá todo sentido, pues ¿cómo podría intimidar o coaccionar psicológicamente algo que no se conoce?

Esta teoría posee una concepción estática del sistema penal como forma del control social, dado que supedita y hace depender la no comisión de delitos del éxito motivacional de la amenaza penal y no recurre a otros factores que a la postre resultan más importantes, como son las normas, instituciones sociales o los mecanismos culturales de mayor arraigo, v.gr. la educación, la religión, el arte, etc(49).

Otra crítica que se vierte sobre la teoría preventivo-general intimidatoria es que parte de una base equivocada: mide el beneficio total sobre el delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. En la marcada desproporción derivada del daño social y el quantum de la pena, fracasa cualquier aplicación del modelo de Feuerbach, dado que por la comisión de un asesinato para obtener un botín de unos cientos de dólares puede tener eficacia preventiva suficiente una multa de algunos miles de dólares, mientras que por una difamación que el autor comete para triunfar en su ascendente carrera profesional solo podrá ser suficiente como mal intimidatorio una larga pena privativa de libertad(50).

Desde el punto de vista del Estado de Derecho, resultan cuestionables los medios utilizados, como es el miedo y la instrumentalización de la persona humana. Asimismo un planteamiento de este tipo tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines socio-políticos del Estado, lo cual fomenta el autoritarismo y la arbitrariedad(51).

b. La prevención general positiva

Este criterio constituye la posición dominante en la doctrina actual del Derecho Penal. Su desarrollo, salvo matices particulares, gira alrededor de ciertas ideas

(49) A mayor extensión crítica HASSEMER, Winfried. Op. Cil. Pág. 382.

(50) Cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. 1/29 y 30.

(51) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cil. 20.

comunes y principios rectores. La prevención general positiva coincide con la teoría de la coacción psicológica en fijar sus efectos en el contexto de la sociedad y no en un nivel individual. Sin embargo, la diferencia mayor reside en que mientras la prevención general positiva busca lograr el reconocimiento social de la norma y afirmar la conciencia jurídica de la comunidad, la teoría de la coacción psicológica pretende intimidar a los potenciales delincuentes para que no cometan delitos.

Mientras una incide en un propósito pedagógico-social dado que transmite una valoración positiva sobre las normas, la otra busca inhibir al delincuente mediante el temor o amenaza derivada de la conminación penal.

Si se recurre a la coacción psicológica se pretende lograr un fin empírico inmediato que se refleja en impedir la perpetración de infracciones penales. La teoría preventivo-general positiva, por su parte, persigue el mismo resultado pero de manera mediata o diferida: el resultado es consecuencia de la afirmación de la validez y vigencia de la norma. De este modo "ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige solo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación del delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar la confianza en la norma"(52).

La prevención general positiva constituye un intento por superar las contradicciones y los resultados incompatibles de la teoría retributiva y la prevención especial. No es una solución jurídica de compromiso que asume indistintamente las ideas rescatables de una u otra tesis, sino que constituye un punto de partida original que valora y orienta sus cometidos a la satisfacción de la idea de justicia y dirige sus preocupaciones hacia el autor individual, teniéndolo en cuenta. Esta teoría preventiva busca centrar sus efectos en el plano de la sociedad humana, afianzando la consecuencia normativa, sin descuidar al infractor ni renunciando a la aplicación de una pena justa. Para ello recupera la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena a imponer. Este último aspecto ha conducido a pensar a algunos autores que la teoría preventivo-general es una línea de repliegue o lugar de refugio de los antiguos retribucionistas.

Hoy en día se reconoce, sin mucho esfuerzo, la posibilidad de encontrar una postura reduccionista y otra posición fundamentadora de la prevención general positiva. Veamos brevemente:

b.1. La postura fundamentadora de la prevención general positiva parte del principio de que el fin de la pena, y eventualmente la misión del Derecho Penal, es la afirmación de la conciencia ética de los ciudadanos. Los valores de acción conforme a Derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica, constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales.

(52) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 653.

El Derecho Penal asegura su real acatamiento en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales de rebeldía y contra el Derecho. La misión central del Derecho Penal reside en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores del acto mediante el castigo de la infracción de dichos valores fundamentales. Al sancionar la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores del acto.

La misión del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es la tutela de la persona, de su propiedad, familia, honor, etc., pues por lo general cuando entra en acción ya es demasiado tarde. Más importante que la protección de determinados bienes jurídicos es la tarea de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica. Ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta el Estado y la sociedad. La mera salvaguarda de bienes jurídicos tiene solo un fin preventivo de carácter policial y negativo.

Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza éticosocial y de carácter positivo.

Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica revela la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, dando forma al juicio ético-social de los ciudadanos, fortaleciendo su conciencia de permanente fidelidad jurídica(53).

WELZEL, sustentador de esta posición, pone el acento del Derecho Penal y la pena en la fuerza configuradora de los valores del acto que son relativamente independientes del valor material (bien jurídico). La función del Derecho Penal consiste así en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y solo por inclusión busca la protección de los bienes jurídicos particulares(54).

Para JAKOBS la pena entendida como réplica ante la infracción de la norma no tiene justificación por sí misma, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadoras. La pena debe proteger las condiciones de esa interacción y tiene por tanto una función preventiva(55). La protección tiene lugar reafirmando la confianza del que confía en la norma. Esta prevención general positiva se resume como el ejercicio en el reconocimiento de la norma y posee tres propósitos básicos:

- Ejercitar la confianza hacia las normas. Destinatarios de la norma y la pena no son solo algunas personas en cuanto autores potenciales, sino

(53) Al respecto, WELZEL, Hans. Op. Cit. Págs. 11 y sgtes.

(54) WELZEL, Hans. Op. Cit. Pág. 16.

(55) JAKOBS, Günther. Op. Cit. 1/14.

todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales. Todos deben saber lo que de ellas puede esperarse.

- Ejercitar la fidelidad al Derecho.- La pena grava al comportamiento infractor con consecuencias costosas, aumentando la posibilidad que con esos comportamientos se aprenda a considerar al delito como una alternativa de conducta a no tener en cuenta.

- Ejercitar la aceptación de las consecuencias. Mediante la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido se ha terminado aprendiendo(56).

La teoría preventivo-general positiva afirma de manera secundaria que la pena puede impresionar al que la sufre o a terceros para que estos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos no por reconocimiento de la norma, sino por miedo son algo que cabe destacar, que se da por añadidura en la pena, pero no es función de ella provocar tales efectos(57).

La posición fundamentadora de la prevención general positiva destaca por postular un reconocimiento social de las normas jurídicas y por solventar la conciencia ético-normativa de una comunidad humana. El delito no es visto como una enfermedad individual o social, o como un ente nefasto que es necesario eliminar, sino como un problema cotidiano y humano que se debe controlar razonablemente, apelando a controles jurídico-formales constitucionalmente permitidos. El delito y su autor han existido y siempre permanecerán en el seno de la comunidad.

Acabar con ellos es una utopía, pensar en su extinción una ingenuidad.

El Estado solo ha de aspirar a someter y controlar los índices de criminalidad impidiendo que desborden las cuotas normales de delincuencia. El efecto intimidatorio en la prevención general positiva es una consecuencia comúnmente frecuente, pero no deseada. El reforzamiento de la conciencia jurídica y la acentuación de los valores ético-positivos del acto constituyen la intersección de diversas órdenes normativas, apareciendo como un medio mínimo de moralidad y juridicidad. Como bien apunta Bettiol: el Derecho Penal es la columna vertebral de la conciencia ética de la comunidad.

b.2. Mientras la tesis examinada líneas arriba pretende fundamentar la existencia del Derecho Penal ampliando su radio de acción a la vigencia de los valores ético-sociales, la teoría preventivo-general restrictiva busca limitar la esfera de intervención del aparato estatal respetando los derechos del reo.

HASSEMER, uno de los principales sustentadores de esta postura, señala que es incorrecto contemplar la pena y la conminación penal desde un punto de vista estático y aislado, pues se incurriría en un esoterismo jurídico. El Derecho Penal (y la pena como su principal elemento) tiene sentido solo cuando se examina dentro de un contexto más amplio del control social, condición básica e irrenunciable de la vida social, pues gracias a él se asegura a todo grupo y sociedad, sin el cual no podría seguir existiendo comunidad humana alguna. El control social también asegura los límites de la libertad humana en la rutina cotidiana y es un instrumento de socialización de los miembros del grupo o de la sociedad.

Según Hassemer:

"El sistema social jurídico-penal tiene que dar respuesta a la existencia de otros sectores del control social, pues no puede resolver el problema de la criminalidad, sino lo consiguen los restantes procesos de socialización personal y social. De allí que necesite ciudadanos que transformen las normas jurídico-penales en normas sociales y vivan de acuerdo con ellas, necesita procesos de control social que elaboren la conducta desviada antes y fuera del proceso penal (oo.) Si se considera conminación penal y ejecución de la pena como fenómenos jurídicos aislados, se ve pronto que son fenómenos demasiados débiles para garantizar la prevención general por lo que ha de apoyarse obligatoriamente en otros niveles del control social, que a la postre son las instancias que ayudan a afirmar y asegurar las normas de un modo más enérgico. Dichas reglas básicas constituyen la base de todos los demás procesos de control social, aunque en ellos se impongan con otros medios y muchas veces se formulen de manera distinta"(58J.

Las normas no se estabilizan en las personas y en los grupos por la intimidación, sino al contrario por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia. El efecto restrictivo de esta variante de la prevención general positiva se produce.

"cuando la conminación penal y la ejecución de la pena se presentan como medios para garantizar los bienes jurídicos y posiblemente la libertad humana. La teoría de la prevención general encierra dentro de sí su propia limitación jurídico-estatal"(59),

HASSEMER, en otra obra, explicando su tesis sostiene que la teoría de la prevención general:

"solo recibe un fundamento suficiente y una formulación válida a través de una consideración sociológica y es la consecuencia obligada de una determinación

(58) HASSEMER, Winfried. Op. Cit. Pág. 392.

(59) Ibidem.

del Derecho Penal como un sector formalizado de control social (oo..). La prevención general positiva solo puede conseguirse si el Derecho Penal logra la formalización del control social, siempre y cuando se imponga límites y fórmulas de protección a la personalidad del infractor; uno de estos límites está representado por el control instrumental de la administración de justicia penal"(60).

ROXIN, otro sustentador de la prevención general positiva de carácter restrictivo, señala que es posible separar tres objetivos y efectos diferentes de la prevención general: a) uno de ellos es el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ejercicio de la confianza en el Derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; b) otro efecto es el de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se impone y, finalmente, c) el efecto de la satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del Derecho y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado(61}.

Dicho autor alemán postula que toda teoría de la pena que se sostiene en la actualidad solo puede ser de tipo preventivo: dado que las normas penales solo están justificadas cuando tienen por objetivo la protección de la libertad individual y el ordenamiento social está orientado a ella. Su posición acerca del fin de la pena puede reducirse en tres postulados fundamentales, como son: a) La finalidad de la pena exclusivamente preventiva; b) La renuncia a toda retribución y c) El principio de culpabilidad como medio para la limitación de la injerencia jurídicopenal. El principio de culpabilidad, al que se le asigna una función liberal, independientemente de toda retribución y en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un Derecho Penal moderno. Este principio es el medio más liberal y el instrumento socialmente más efectivo para limitar el poder penal del Estado que ha sido encontrado hasta el momento.

La culpabilidad penal solo sirve para establecer un límite a la necesaria injerencia estatal por razones preventivas; la legitimidad de su reconocimiento como medio de asegurar la libertad de los ciudadanos no depende de su comprobación empírica desde el punto de vista de la teoría del conocimiento(62)

(60) HASSEMER, Winfried. Op. Gil. Pág. 162.

(61) ROXIN, Glaus. "Fin y justificación de la pena". Pág. 28.

(62) ROXIN, Glaus. Op. Gil. Pág. 39.

DOCTRINA

BETTIOL, Giuseppe. "Derecho Penal". Traducción de León Pagano. Temis. Bogotá, 1966.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal". PPU. 4~ edición. Barcelona, 1994. CEREZO MIR, Jose. "Curso de Derecho Penal español". Tomo 1. Tecnos. 5~ edición. Madrid, 1996. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia, 1999. CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal". Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. 2~ edición. Santiago de Chile, 1992. FEUERBACH, Anselm. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Zaffaroni y Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones. Madrid, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Criminología: Introducción". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Estudios Penales". HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. HEGEL, Federico. "Filosofía del Derecho". Claridad. Buenos Aires, 1955. JAKOBS, Gunther. "Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. KANT, Enmanuel. "Principios Metafísicos del Derecho".

Puebla, 1962. MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Tomo 11. Temis. 2~ edición. Bogotá, 1985. MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Córdoba Roda. Ariel. Barcelona, 1962. MAURACH y ZIPF. "Derecho Penal". Traducción de Jorge Bofia Genszsh y Enrique Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11.

Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 5~ edición. Barcelona, 1998. MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las bases del Derecho Penal". Bosch. Barcelona, 1976. MIR PUIG, Santiago. "Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva". MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y Control Social". ROXIN, Claus. "Sentido y Fin de la Pena Estatal". En: Problemas de Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Reus. Barcelona, 1976. ROXIN, Claus. "Fin y Justificación de la Pena". SAUER, Wilhelm. "Derecho Penal". Traducción de Cerezo Mir y Del Rosal. Bosch. Barcelona, 1956. STRATENWERTH, Gunter. "Derecho Penal". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

"Manual de Derecho Penal". Ediar. 5~ edición. Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA

"Que, la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal".

(Sala Penal Permanente. RN 432-2002. Tacna. Lima 06/01/03. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Para los efectos de graduación de pena, es menester precisar la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, esta prima respecto a las disposiciones contenidas en leyes especiales, conforme a lo dispuesto en los numerales VII, IX Y X del Título Preliminar del Código Penal".

(Sentencia 09/08/00. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia del Cono Norte-Lima. Exp. 2000-232.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"Se debe ser coherente con la finalidad teleológica, ya que la pena sirve para la reinserción social del encausado, que es en definitiva lo que se pretende en concordancia con lo dispuesto en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, que establece que el regimen penitenciario tiene por objeto la re educación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

(Sentencia 09/08/00. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Exp. 2000-232.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"Si bien la pena establecida para el delito es la de cadena perpetua, el juzgador ha de tener en cuenta para aplicar la pena, la finalidad resocializadora de ésta según la legislación nacional e internacional referidas a los Derechos Humanos, así como el principio de proporcionalidad".

(Sentencia 16/04/99. 10 Sala Penal. Corporativa. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2911-98.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"Las medidas de seguridad constituyen una de las dos posibles vías de reacción del ordenamiento jurídico-penal contra los hechos antijurídicos; el otro es la pena, sanción cuyos presupuestos de imposición son la antijuridicidad del hecho cometido y la culpabilidad (responsabilidad personal) del sujeto agente.

En el caso de las medidas de seguridad, se requiere que, además de la comisión de un hecho antijurídico, se dé un elemento patológico que fundamente la ausencia de responsabilidad personal del sujeto por el hecho. Dicho factor patológico debe haber sido determinante de la comisión del hecho y, además, sobre su base ha de ser posible formular un juicio pronóstico de peligrosidad, esto es, de previsibilidad de la comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro".

(Ejecutoria Suprema 18/01/00. Sala C. Exp. 4749-99.

Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 55).

"La medida de seguridad se aplica ante un pronóstico de peligrosidad postdelictual con la finalidad de que el sujeto no incurra en la comisión de nuevos delitos; disponiéndose esta medida en atención al principio de necesidad, basado en la peligrosidad como factor determinante para su aplicación, siendo dicha peligrosidad un pronóstico que se efectúa en atención al delito cometido, su modalidad de ejecución y a la evaluación psicológica del agente".

(Resolución Superior 07/08198. 1° Sala Penal Corporativa. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.526-98).

"Al momento de imponerse la sanción penal debe tomarse en cuenta la función resocializadora de la pena".

(Ejecutoria Suprema 24/11/94. Exp. 85-94. Lambayeque).

"La medida dispuesta por el A-qua de reserva del fallo condenatorio cumple con la finalidad que persigue la imposición de las penas y que están descritas en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, toda vez que, atendiendo a la personalidad del procesado, así como la naturaleza de los hechos materia de autos, es previsible que dicha medida le impedirá cometer nuevo delito, lo que se compadece con la función preventiva, protectora y resocializadora que persigue nuestra legislación penal".

(Resolución Superior 01/10/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.3272-98).

"Encontrándose acreditada la comisión de los delitos instruidos y la responsabilidad penal del encausado, este debe ser pasible de una sanción penal acorde a los hechos mencionados, a la forma y circunstancias en que se han cometido los mismos, así como también debe tenerse en consideración para la determinación de la pena la función preventiva protectora y resocializadora de la pena".

(Sentencia 26/05/97. 3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 590-96).

APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA PARTE GENERAL A LEYES PENALES ESPECIALES

Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

CONCORDANCIAS:

C.E.P. arto V párrafo 2
C. arto 103 arls. 11,
C.P. arto 66.2 arto 14
L.O.M.P arls. 382-393 arls. 5 y sgtes.
P.D.C.P. arto 19
LEY N928008 (19/0612003) D. LEG. N° 813 (20/04196) LEY N° 27765 (27/0612002) LEY N° 26859 (01/10197) LEY N926830 (01/07/97) D.S. N9121-2003-EF (27/0812003) D. LEG. N° 701 (07/11/91) Decreto Ley N° 25475 (06/05/92)

Comentario

Perey Gareía Cavero

En el artículo X del Título Preliminar del Código Penal se ha incorporado una pauta interpretativa que permite a los jueces penales aplicar los criterios establecidos en las normas generales del Código Penal a las leyes penales especiales(1).

No se trata, por tanto, de un principio o método interpretativo general o específico del Derecho Penal(2), sino de una consecuencia lógica de la naturaleza penal de los tipos penales contenidos en leyes especiales, a pesar de encontrarse regulados fuera del Código Penal.

En este sentido, la separación de los textos legales no autoriza una interpretación autónoma de las leyes especiales, pues su naturaleza jurídica sigue siendo,

(1) En el sentido de una pauta interpretativa, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986". En: Derecho Penal. Parte General (materiales de enseñanza). Lima, 1995. Pág. 141; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Ley penal y hecho punible en el Código Penal peruano de 1991". En: Derecho, 46. 1992. Pág. 37; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Lima, 2002. Pág. 42; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. 5ª edición. Lima, 1994. Pág. 126.

(2) Por el contrario, lo considera un principio derivado de la unidad lógica del ordenamiento jurídico, BRAMONT ARIAS, Luis. "Los principios rectores del nuevo Código Penal: Título Preliminar". En: Derecho, 46. 1992. Pág. 30.

aun con todo, de carácter penal. Por ello, la regla general debe ser que las normas generales del Código Penal se apliquen también a las leyes penales especiales.

No obstante, hay que precisar el grado de viriculatoriedad que ejercen estas normas generales, es decir, si las leyes penales especiales pueden dejar de lado en su regulación específica los criterios generales establecidos para los diversos delitos contenidos en el Código Penal. Para responder a esta cuestión central resulta pertinente precisar previamente qué se entiende por normas generales y qué se entiende por leyes especiales.

I. Las normas Generales del Código Penal

Una primera tarea para determinar el alcance del artículo X del Título Preliminar del Código Penal consiste en aclarar lo que debe entenderse por normas generales del Código Penal. En una primera lectura, parecería evidente que con ello se hace referencia a las normas contenidas en la Parte General (Libro Primero del Código Penal)(3). Y efectivamente estas normas deben considerarse normas generales.

No obstante, las normas generales no se ubican exclusivamente en la Parte General, sino que pueden perfectamente encontrarse en otras partes del Código Penal. Así, por ejemplo, resulta indiscutible que las normas contenidas en el Título Preliminar deben calificarse igualmente como normas generales(4). Incluso puede que en la propia Parte Especial del Código Penal estén contenidas normas generales(5), como es el caso, por el ejemplo, del artículo 425 que precisa el contenido conceptual del elemento normativo "funcionario o servidor público". Si bien se trata de normas que no se aplican a todos los hechos punibles, sí adquieren relevancia para un sector de los mismos.

En este sentido, las normas generales no son solo aquellas que se aplican a todas las figuras delictivas, sino que su vigencia puede estar circunscrita a un determinado grupo de delitos. Por ejemplo: nadie pone en duda el carácter de norma general de la regulación legal de la tentativa y, sin embargo, esta figura solo se aplica a los supuestos de realización dolosa del delito. Puede decirse, por tanto, que por normas generales debe entenderse el conjunto de reglas establecidas en las diversas partes del Código Penal que sirven para precisar aspectos comunes a todos o a un cierto grupo de delitos.

(3) Vid. VILLAVIGENGIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 42.

(4) Vid. así VILLAVIGENGIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 42.

(5) Así, BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Gil. Págs. 30 y sgte.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Lima, 2002. Pág. 39.

II. Las leyes especiales que regulan hechos punibles

La segunda cuestión del artículo X del Título Preliminar que conviene resolver es la determinación de lo que se entiende por leyes especiales. En la medida en que este concepto se opone al de normas contenidas en el Código Penal, puede concluirse que con el mismo se hace referencia a leyes que no se encuentran incorporadas al Código Penal. En este sentido, los hechos punibles que estas leyes tipifican no forman parte formalmente del Código Penal, sino que se mantienen como una regulación especial. Esta regulación especial de los hechos punibles puede darse de dos formas:

En primer lugar, puede que la tipificación de la conducta delictiva se lleve a cabo en el marco de una regulación más general, como sucede, por ejemplo, en el delito de caza de camélidos sudamericanos, regulado por la Ley N° 26496, la cual aprueba el régimen de la propiedad, comercialización y sanciones por la caza de camélidos sudamericanos. Como puede verse, se trata de una norma administrativa que se encarga de regular las condiciones de tenencia y comercialización de camélidos sudamericanos y que para reforzar su observancia incluye también normas de carácter penal. Estamos así ante el llamado Derecho Penal accesorio, muy usual y extendido, por cierto, en el Derecho Penal alemán⁽⁶⁾, y que, más que enfocar la regulación por áreas jurídicas, recurre a un criterio de ordenación unitaria en atención a su objeto de regulación.

La segunda forma de regulación de conductas punibles mediante una ley especial puede aparecer como una regulación exclusivamente penal, tal como ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo W 813, que tipifica específicamente los delitos tributarios. En estos casos se busca regular de manera detallada la reacción penal ante determinadas conductas penalmente relevantes, lo que, por otro lado, explica que estas leyes especiales tengan no solo normas sustantivas, sino también normas de carácter procesal. Estas leyes penales especiales contienen, por lo general, disposiciones que confirman las cuestiones generales del delito establecidas en el Código Penal o que las modifican.

Un tema discutible que conviene finalmente precisar es si por leyes especiales deben entenderse solamente aquellas de carácter penal o si se incluyen además otro tipo de leyes sancionatorias, como las normas administrativas⁽⁷⁾. Pese a la proximidad normativa del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador, consideramos que cuando el artículo X del Título Preliminar hace referencia a las leyes especiales, está pensando solo en aquellas que tienen carácter jurídicopenal, pues solamente estas contienen una descripción de hechos punibles.

(6) Vid. ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 3 Aufl.. München, 1997. § 1, n.m. 7; KÖHLER. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Berlin, 1997. Pág. 83; ESER, en Schönke y Schröder. "Strafgesetzbuch". 26 Aufl. München, 2001. Preliminares al § 1, n.m. 3.

(7) Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. Págs. 141 y sgtes.; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit. Pág. 126; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. Pág. 42.

Los principios que regulan la actividad sancionatoria de la Administración Pública se encuentran, por el contrario, contenidos en la Ley General de Procedimientos Administrativos. Si bien se admite en esta normativa muchos principios de procedencia claramente penal, existen también diferencias sustanciales entre ambos órdenes jurídicos(8), como lo demuestra, por ejemplo, la no asunción expresa del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador(9). En este sentido, las normas generales del Código Penal solamente deben aplicarse a las leyes especiales de carácter penal. Esta interpretación no excluye, sin embargo, que la normatividad administrativa se remita expresamente a dispositivos generales del Derecho Penal.

III. La aplicación preponderante o supletoria de las normas generales del código Penal

Una vez precisado lo que debemos entender por normas generales del Código Penal y por leyes especiales que regulan hechos punibles, estamos ya en capacidad de decidir la cuestión central de la pauta interpretativa establecida en el artículo X del Título Preliminar del Código Penal. Y como ya tuvimos oportunidad de adelantar en la introducción del presente comentario, esta cuestión central es la determinación del grado de vinculatoriedad que tienen las normas generales del Código Penal sobre las regulaciones específicas de las leyes penales especiales.

En la doctrina penal existen dos posiciones enfrentadas. Por un lado, se encuentran aquellos que sostienen la aplicación preponderante de las normas generales del Código Penal, mientras que, por otro lado, están aquellos que entienden que la aplicación de tales normas resulta supletoria.

Los defensores de la interpretación preponderante parten de la idea de que la pauta interpretativa contenida en el artículo X del Título Preliminar del Código Penal establece que en caso de contradicción entre las normas generales del Código Penal y una ley especial, se estará a lo que establezcan las primeras(10).

Se trataría, por tanto, de una norma imperativa que exigiría al juez penal a decidirse a favor de las normas generales del Código Penal en caso de incompatibilidad con las regulaciones especiales.

Este parecer tiene, sin embargo, ciertos problemas para su aceptación general, pues desconoce que hay delitos que tienen rasgos particulares que ameritan una regulación divergente de las reglas generales. Así, por ejemplo, en los delitos aduaneros regulados por la Ley W 28008 se establece una regla especial para la tentativa en la que la pena no se reduce prudencialmente

(8) Vid. con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal económico. Parte General". Lima, 2003. Págs. 67 y sgtes.

(9) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Diez años de Derecho Penal económico peruano: un balance". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Págs. 35 y sgte.

(10) Así, al parecer, BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Cil. Pág. 30; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 39.

por el juez conforme al artículo 16 del Código Penal, sino que se precisa que esta será la mínima legal. Cabe entender que, en estos delitos, razones de política-criminal han obligado al legislador a reducir el marco de discrecionalidad del juez para determinar la pena por tentativa. En este sentido, no resulta inadmisibles que una regulación especial asuma contornos normativos distintos a los de la regulación general, siempre que, como lo exige la Constitución Política, tal regulación divergente se fundamente en la naturaleza de las cosas y no en la diferencia de las personas.

Una aplicación supletoria defienden, por el contrario, aquellos que sostienen que las normas generales del Código Penal se aplicarán solo en caso de que las leyes especiales no contemplen una regulación específica de los aspectos generales del delito (tentativa, error, autoría y participación, etc.)(11). El sustento de este valor supletorio se encuentra en el carácter penal de los hechos punibles contenidos en las leyes especiales. En la medida en que la propia ley especial no prescriba una regulación particular de los aspectos generales del delito, se estará a lo establecido por las normas generales para el común de los delitos(12).

Esta posición presenta, sin embargo, el peligro de dejar sin ningún tipo de control normativo los desarrollos llevados a cabo mediante la legislación especial, pudiendo llegarse incluso hasta el extremo de negar principios elementales del Derecho Penal. Por esta razón, resultaría conveniente que exista un núcleo normativo que no puede ser desconocido por las leyes penales especiales, pues de otra manera se estaría autorizando a romper la unidad normativa del Derecho Penal mediante una legislación especial.

El panorama dejado por las dos posiciones doctrinales que existen respecto de la interpretación del artículo X del Código Penal, nos lleva necesariamente a una posición intermedia. No obstante, la dificultad de asumir tal posición intermedia se encuentra en precisar un criterio de delimitación de las normas generales de aplicación preponderante y de las normas generales de aplicación supletoria.

Dejar este criterio al manejo discrecional de los intérpretes podría resultar un tanto peligroso, por lo que quizá tal referente debería buscarse en la propia legislación penal. Por ello, nos animaríamos a recurrir a la propia estructura del Código Penal, en donde se diferencian un Título Preliminar y una Parte General del Código Penal. Mientras que en el primero se reconocen un conjunto de principios identificadores del Derecho Penal, en la segunda se establecen un conjunto de reglas generales aplicables a todos o a un grupo de tipos penales de la Parte

(11) En este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 42.

(12) Vid. ROXIN, Claus. Op. Cil. § 1, n.m. 7, siguiendo el criterio establecido por el artículo 1 de la Ley introductoria del Código Penal alemán: "Las disposiciones de la Parte General del Código Penal rigen para el Derecho federal vigente y futuro, en tanto la ley no establezca lo contrario".

Especial. En este sentido, consideramos que las normas generales contenidas en el Título Preliminar deben tener una aplicación preponderante, mientras que respecto de las normas generales contenidas en la Parte General o Especial del Código Penal, cabe reconocer solo una aplicación supletoria⁽¹³⁾.

Puede decirse, en conclusión, que el artículo X del Título Preliminar del Código Penal reconoce a la vez una aplicación preponderante y supletoria de las normas generales del Código Penal a las leyes penales especiales. Cuando se trate de principios constitutivos del Derecho Penal recogidos en el Título Preliminar, no cabrá admitir un desconocimiento de estos principios por parte de la legislación especial. Por el contrario, si se trata de aspectos generales del delito o de la pena, una regulación especial de estos aspectos para determinados delitos podrá perfectamente tener lugar. En aquellas cuestiones generales del delito sobre las que la legislación penal especial no se pronuncie, se estará supletoriamente a lo establecido por las normas generales del Código Penal.

DOCTRINA

ABANTO V ÁSQUEZ, Manuel. "Diez años de Derecho Penal económico peruano: un balance". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto.

"Los principios rectores del nuevo Código Penal. Título Preliminar". En: Derecho, 46 1992. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Lima, 2002. ESER, en Schönke y Schröder. "Strafgesetzbuch". 26 Aufl. München, 2001. Preliminares al § 1, n.m. 3. GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal económico. Parte General". Lima, 2003. KOHLER. "Strafrecht. Allgemeiner Teil".

Berlin, 1997. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. 5ª edición. Lima, 1994. ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 3 Aufl. München, 1997. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Normas rectoras del Proyecto de Código Penal peruano de 1986". En: Derecho Penal. Parte General (materiales de enseñanza). Lima, 1995. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

"Ley penal y hecho punible en el Código Penal peruano de 1991". En: Derecho, 46.1992. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Lima, 2002.

(13) Vid. así VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 141. De manera confusa, igualmente, PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit. Pág. 127.

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

(ARTÍCULOS 1 AL 27)

CAPITULO I

APLICACIÓN ESPACIAL

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y, 2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

CONCORDANCIAS: C.E.P. arto VII C.J.M. arts. 326, 327.1, 329, 330 C. arto 54 C. DE P.P. arts. 19, 193

Comentario

Luis Miguel Reyna Alfaro

I. Aspectos l1enerales sobre la aplicación espacial

1. El Capítulo 1, Título 1, Libro 1, del Código Penal peruano, establece una serie de reglas o principios que permiten establecer, en los casos ya concretamente propuestos por la praxis de los tribunales, el ámbito de aplicación en el espacio de la ley penal peruana. Estas reglas o principios, bien recuerda HURTADO POZO(1), no pueden ser individual ni aisladamente considerados, deben ser complementados entre sí.

Esta necesidad de limitar la aplicación en el espacio de la ley penal se ubica en que el Derecho Penal es innegablemente una "expresión del Estado"(2) y una manifestación de la soberanía estatal(3) que data de la época de la Ilustración(4).

En tal virtud, resulta indispensable que en la Parte General de todo, estatuto penal se contengan las reglas que permitan determinar en qué casos un determinado Estado posee soberanía para expresarse a través del Derecho Penal. Además, fijar anticipadamente las reglas de aplicación espacial de la ley penal permite al ciudadano conocer con antelación el derecho que le será aplicable(5) y posibilita que la norma penal cumpla con mayor suceso su función motivadora.

2. La soberanía cumple una función de gran importancia en el Estado moderno en tanto principio destinado a brindar al Estado capacidad real para ejercer monopolio en la creación de normas jurídicas. La soberanía -a decir de BERGALLI- se manifiesta tanto interna como externamente. Internamente, la soberanía de un Estado se evidencia al mostrar que la exclusividad en el ejercicio de la violencia legítima contra el comportamiento de los ciudadanos corresponde al Estado; externamente, la soberanía ha permitido que la forma Estado-nación sea reconocida de modo progresivo(6).

En cuanto a su manifestación externa, la soberanía ha sido utilizada continua e intensamente como justificación para la instauración de conflictos armados, a tal punto que resulte perfectamente válida la afirmación de Kelsen, quien, luego de la Primera Guerra Mundial, sostuvo: "El concepto de soberanía debe ser superado. Este es el gran cambio cultural que necesitamos"(7). No obstante, no deja de preocupar cómo los países más poderosos han podido en las más recientes conflagraciones bélicas -valiéndose de lo que BERGALLI denomina "disfraz de injerencia humanitaria"(8)- soslayar la soberanía de otras naciones ciertamente más débiles.

La manifestación interna de la soberanía muestra una relación entre las nociones de violencia y soberanía mucho más marcada y que tiene continua expresión en nuestras vidas cotidianas frente a discursos como el de mantenimiento del orden interno estatal.

(1) HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Reimpresión de la 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. Pág. 206.

(2) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, J. Miguel. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 173.

(3) Al igual como sostiene BACIGALUPO ZAPATER- que lo es el resto de la legislación estatal, aunque -agrego yo- con mayor intensidad: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. Pág. 175; véase también, BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". 3ª edición. San Marcos. Lima, 2000. Pág. 146; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Pág. 142; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. Pág. 44.

(4) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Reimpresión de la 1ª edición. Universitas. Madrid, 1999. Pág. 202.

(5) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. "Derecho Penal Latinoamericano comparado. Parte General". Tomo 1. Depalma. Buenos Aires, 1981. Pág. 39.

(6) BERGALLI, Roberto. "Principio de justicia universal y modernidad jurídica: Papel de la jurisdicción penal". En: Jueces para la Democracia. N° 42. Madrid, 2001. Pág. 26.

Hoy en día, sin embargo, hay que reconocer los profundos cambios operados en nuestras sociedades, llamémoslas "postmodernas" o "postindustriales"(9), en donde el industrialismo antes imperante ha sido superado por una nueva concepción, como es la de la "globalización"(10) que se ha convertido -a decir de MILITELLO- en "el topos que expresa una tendencia general de la realidad moderna y que no deja inmune al mundo del delito"(11).

El fenómeno social de la globalización tiene -no se puede negar- un origen fundamentalmente económico(12). Por ello no le falta razón a DIX SILVA cuando, al definir la globalización, sostiene que esta es "un proceso uniforme en el que los Estados-nación, culturas nacionales y, consecuentemente, el Derecho, son transformados por la integración económica"(13).

La integración económica evidenciada principalmente durante las dos últimas décadas del siglo pasado y que se manifestó en la creación y consolidación de bloques económicos mundiales (Unión Europea, Tratado de Comercio del Atlántico Norte, ALCA, etc.), ha sido la gestora de la actual globalización mundial(14).

(7) Citado por BERGALLI, Roberto. Op. Gil. Pág. 27.

(8) Ibid.

(9) No debe olvidarse que la sociedad del riesgo aparece como una superación de la sociedad industrial; véase, DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge. "El Derecho Penal entre la 'sociedad industrial' y la 'sociedad del riesgo'. En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. N° 33. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 2001. Pág. 81; JAÉN VALLEJO, Manuel. "La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad".

Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2001. Pág. 18.

(10) BECK, Ulrich. "¿Qué es la globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización". Traducción de Bernardo Moreno y Marla Rosa Borrás. Paidós. Barcelona, 1998. Pássim.

(11) MILITELLO, Vincenzo. "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías". Traducción de Cristina Méndez. En: Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías. Zúñiga Rodríguez et al. (coordinadoras). Colex. Madrid, 2001. Pág. 177.

(12) En sentido similar, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Política Criminal". Golex. Madrid, 2001. Págs. 264 y sgte., quien parece reconocer que los fenómenos de integración política ubican su origen en integraciones económicas.

(13) DIX SILVA, Tadeu. "Globalización y Derecho Penal brasileiro: ¿Acomodación o indiferencia?". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. NQ 23. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1998. Pág. 81.

(14) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001. Págs. 85 y sgte.; SILVA SÁNGHEZ, Jesús-Marra. "La Política criminal y la teoría del Derecho Penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal. Grijley. Lima, 2001. Págs. 61 y sgte.

y la integración económica internacional se produjo a su vez a partir de la revelación del sistema económico como el preponderante dentro de la actual sociedad que no sería sino -utilizando expresiones de JAKOBS- "una sociedad de explotación"(15). Dentro de tal sociedad, la competencia económica tomó la posta de la competencia entre Estados y exigió a sus participantes (que podrían ser también Estados) el uso de la totalidad de herramientas que tuviesen a la mano, de lo contrario sufrirían marginación y sucumbiría a la lucha económica(16). Pues bien, una de las herramientas para conseguir éxito en la competencia económica era la integración.

Esta vinculación entre integración económica y globalización se manifiesta en el ámbito del Derecho Penal en la constatación hecha por SILVA SÁNCHEZ de que la criminalidad de la globalización es económica o lucrativa y que encaja dentro de la caracterización criminológica de los conocidos como "crimes of the powerful" ("delitos de los poderosos") en contraposición a los "crimes of the powerless" ("delitos de los carentes de poder")(17).

Este trinomio integración económica-globalización-criminalidad parece constatarse criminológicamente a partir del caso del delito de blanqueo de capitales, respecto del cual se afirma que "las actuales condiciones económicas del mercado mundial permiten que importantes cantidades de dinero provenientes del crimen organizado se disuelvan en complicadas transferencias y escrupulosos 'blanqueos'(18). Por ello el uruguayo Raúl CERVINI considera el lavado de activos como una manifestación de la macro o extracriminalidad económica que constituiría la "expresión emergente de una desviación estructural vinculada al ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos ('00)' a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (...) "(19).

Otro dato que abona a favor de las consideraciones precedentes tiene que ver con la formación de un embrión de Derecho Penal en el seno de la Unión Europea(20) que, como debe recordarse, se inició bajo la idea de la integración económica; así como con el hecho de que son justamente los intereses económicos de la Unión Europea lo que se busca proteger primariamente a través de estos intentos de legislación penal comunitaria.

(15) JAKOBS, Günther. "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente". Traducción de Teresa Manso Porto. En: Revista peruana de Ciencias Penales. W 12. Idemsa. Lima, 2002. Pág. 311.

(16) JAKOBS, Günther. Op. Cit. Pág. 312.

(17) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". Pág. 83.

(18) GARRIDO, Vicente et al. "Principios de Criminología". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 649.

(19) CERVINI, Raúl et al. "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas". En: Lavado de activos y secreto profesional. Carlos Álvarez Editor. Montevideo, 2002. Pág. 17.

Sin embargo, sería errado limitar la idea de globalización al ámbito estrictamente económico, pues aunque el origen del fenómeno que se comenta sea económico sus implicancias trascienden dicha parcela e involucran aspectos sociales, culturales y políticos(21). Más exacta por ello resulta la definición propuesta por BECK que identifica la globalización como "los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios"(22), con lo que -a diferencia de la definición planteada por DIX SI LVA- aporta mayores datos sobre el contenido del concepto globalización, sin limitarse a dar cuenta del origen del fenómeno y sus efectos.

La globalización ha provocado toda una transnacionalización del campo jurídico(23), en general, y una transnacionalización en el ámbito delictual, en concreto. Esta transnacionalización del campo jurídico y de lo delictual tiene mucho que ver con las altas tasas de migración internacional, tanto de personas como de capitales.

En la parcela del Derecho Penal, esta transnacionalización o internacionalización(24) se manifiesta en el hecho de que los riesgos que provoca en la actualidad el desarrollo de la tecnología, no reconocen fronteras, por lo que puede -conforme destaca notablemente MENDOZA BUERGO- perfectamente hablarse de "peligros globales en la sociedad global, lo que justificaría, entre otras cosas, hablar de 'sociedad de riesgo mundial'"(25). Esta referencia a la noción de sociedad de riesgo mundial(26) nos obliga a remitirnos a los desarrollos realizados por el sociólogo alemán Ulrich BECK sobre la sociedad

(20) No sin razón Claus ROXIN sostiene que la europeización del Derecho Penal tiene cierta relación con una posible globalización del Derecho Penal; asr ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En: Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Abanto Vásquez. Idemsa. Lima, 1998. Págs. 446 y sgte.

(21) Es por ello que DIX SILVA considere más apropiado referirse a varias "globalizaciones" (económica, social, cultural, etc.) que a una "globalización"; asf DIX SILVA, Tadeu. Op. Cil. Pág. 82; en forma similar, destacando las diversas aristas del concepto "globalización", VIGGIANf BICUDO, Tatiana. "La globalización y las transformaciones en el Derecho Penal". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. N° 23. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1998. Pág. 97.

(22) BECK, Ulrich. Op. Cil. Pág. 29.

(23) Citando a De So usa Santos, BERGALLI, Roberto. Op. Gil. Pág. 27.

(24) JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 318; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal". En: Revista de Derecho. Volumen 1. Universidad de Piura. Piura, 2000. Pág. 101.

(25) MENDOZA BUERGO, Blanca. "El Derecho Penal en la sociedad del riesgo". Civitas. Madrid, 2001. Págs. 26 y sgte.; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Derecho Penal y realidad social". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra Y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal. Grijley. Lima, 2001. Pág. 118.

del riesgo. Según propone BECK, el desarrollo tecnológico e industrial provoca una serie de efectos nocivos, muchas veces no previstos ni previsibles por el ser humano(27), y cuyas dimensiones son de niveles insospechados, a tal punto que el propio BECK sostenga que los peligros que acechan a nuestras sociedades son "incuantificables, incontrolables, indeterminables e inatribuibles"(28). No obstante lo catastrófico que pueden resultar la verificación en resultados materiales de estos riesgos, nuestras modernas sociedades postindustriales no pueden ya renunciar a ellos, pues dicha dimisión supondría un total entorpecimiento de las más básicas y necesarias actividades del ser humano.

Por ejemplo: viajar en automóvil, utilizar teléfono celular, consumir productos con preservantes, etc., son todas ellas prácticas cotidianas que tienen inmanente un determinado nivel de riesgo a las cuales -pese al riesgo que pueden implicar- podemos renunciar sin peligro de afectar el funcionamiento del sistema social tal como lo concebimos actualmente.

Frente a tal dicotomía se produce una constante e inusual contradicción entre las ideas de seguridad y riesgo(29) que, para el Derecho punitivo, ha planteado a su vez una confrontación entre los defensores de un Derecho Penal del peligro o de la seguridad y quienes propugnan la reducción del Derecho Penal a su núcleo duro(30). Un ejemplo más que paradigmático de tal tensión es el enfervorizado debate sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto(31).

(26) REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cuestiones básicas del Derecho Penal del ambiente: reflexiones desde el Derecho peruano". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. N° 41. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales.

Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 2003. Pág. 52; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del ambiente: posibilidades y límites". En: Ciencias penales contemporáneas. Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología. N° 4. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. Pág. 210.

(27) MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. Cil. Pág. 27; REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Los delitos informáticos en el Código Penal peruano". En: Revista Jurídica del Perú. N° 31. Normas Legales. Trujillo, 2002. Pág. 61.

(28) Citando a BECK, DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Derecho Penal económico y nuevas tecnologías". En: Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (editor). Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Pág. 187; igualmente DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes.

"La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado". En: Ciencias penales contemporáneas. Revista de Derecho penal, procesal penal y criminología. N° 1. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2001. Pág. 101.

(29) CARO CORIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la 'sociedad del riesgo' y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo". En: Libro de Ponencias del 11 Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. Pág. 51;

CARO CORIA, Dino Carlos. "Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal". Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Pág. 4.

(30) Sobre esta cuestión, extensamente, MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. Cil. Pássim.

(31) Véase, MENDOZA BUERGO, Blanca. "Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto". Comares. Granada, 2001. Pássim; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 2002. Pág. 128.

3. Esta parcela, aunque ha sido comúnmente denominada como Derecho Penal internacional, debe precisarse -con ANTOLISEI, MANTOVANI y MAURACH y ZIPF- que se trata de una denominación ciertamente incorrecta. Es incorrecta porque no se trata, en puridad, de un Derecho Internacional, pues no se ha generado ni en el derecho de gentes ni sobre la base de los tratados. Se trata, por el contrario, de un mero Derecho interno que no puede perder tal carácter a pesar de que aparezca como consecuencia de deberes asumidos internacionalmente por el Estado(32). Por ello MAURACH y ZIPF proponen la denominación Derecho de aplicación penal o Derecho de aplicación del Derecho Penal(33).

De similar opinión parece ser LUZÓN PEÑA cuando sostiene que por Derecho Penal Internacional "se entiende mayoritariamente el conjunto de preceptos (del Derecho interno de cada país) sobre aplicación extraterritorial de la ley penal, añadiendo algunos autores también la regulación de la ayuda judicial internacional en materia penal y en especial la extradición"(34).

Por el contrario, JESCHECK y WEIGEND, aunque optan por utilizar la expresión Derecho Penal Internacional, afirman que el "Derecho Penal Internacional pertenece al Derecho estatal y no al internacional, a pesar de que en él se contienen normas para la aplicación del poder punitivo propio a extranjeros y a hechos cometidos fuera del país, así como aquellas que se dirigen a la protección penal de bienes jurídicos de otros Estados"(35), con lo que muestran una evidente contradicción en su posición.

En nuestra doctrina, VILLAVICENCIO TERREROS(36) y SAN MARTÍN CASTRO(37) -rememorando a BINDING- plantean distinguir el Derecho Internacional Penal del Derecho Penal Internacional que sería el "conjunto de disposiciones de Derecho Interno en cuya virtud el legislador local determina en qué casos la ley penal nacional es aplicable"(38). Desde nuestra perspectiva dicha distinción entre Derecho Internacional Penal y Derecho Penal

(32) ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 5ª edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redfn. Temis. Bogotá, 1995. Pág. 51;

MANTOVANI, Ferrando. "Principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002. Pág. 437; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, supervisada por Edgardo Donna. Astrea. Buenos Aires. Pág. 173.

(33) Ibid.

(34) LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel. Op. Cit. Págs. 211 y sgte.

(35) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. Pág. 176.

(36) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora).

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Pág. 217.

(37) SAN MARTÍN CASTRO, César. "Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

Pág. 105.

(38) Ibid.

Internacional carece de operatividad pues no sólo provoca confusiones innecesarias, sino que termina admitiendo que lo que viene siendo denominado Derecho Penal Internacional es -en puridad- mero Derecho de aplicación penal o Derecho de aplicación del Derecho Penal.

4. Históricamente, encontramos que el Código Penal peruano de 1863 no comprendía ninguna disposición referente a la aplicación espacial de la ley penal.

Recién el Código de Enjuiciamientos en materia penal incluyó un artículo (artículo 2) en el que se contenían los "sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación" y que reconocía algunos de los principios que reconoce actualmente nuestro Estatuto penal(39) .

El Código Penal de 1924 denominaba a su Título 11: "Dominio territorial de aplicación de la ley penal" (artículos 4 a 6). Esta designación, sostiene correctamente BRAMONT ARIAS(40), era errada en tanto limitaba la aplicación espacial de la ley penal al ámbito territorial delimitado por las fronteras, cuando en realidad es mucho más amplio.

II. Comentario al artículo 1

1. El artículo 1 del Código Penal establece una regla general de aplicación territorial de la ley penal peruana (/ocus regít actum) de gran tradición en el Derecho Penallatinoamericano(41), como es el conocido "Principio de territorialidad".

El principio de territorialidad -pone de manifiesto Ferrando MANTOVANI- goza del absoluto reconocimiento en el Derecho Internacional y es coincidente a su vez con el principio de soberanía nacional(42). En virtud del principio en mención, la ley penal peruana se aplica a todo nacional o extranjero que comete un hecho punible en el territorio de la República, con las excepciones que establece el Derecho Internacional. Esta precisión legislativa penal debe ser complementada con el contenido del artículo 54 de la Constitución Política del Estado que, además de explicar cómo está conformado el territorio peruano, concede soberanía y jurisdicción al Estado peruano sobre el mismo.

En líneas generales, puede decirse entonces que la importancia del territorio para un Estado se ubica en el hecho de que este, como decía HERRERA PAULSEN, "sirve de medida y límite a la autoridad del gobierno pues es una base de la

(39) Detalladamente, HURTADO POZO, José. Op. Cil. Págs. 207 y sgte.

(40) BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". Lima, 1950. Pág. 140.

(41) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. Op. Cil. Pág. 41.

(42) MANTOVANI, Ferrando. Op. Cil. Pág. 438.

acción del poder"(43). Así se constata la cercana interrelación entre las nociones de soberanía y territorio.

2. Pues bien, se plantea la urgencia de establecer qué es lo que debe ser entendido como "territorio de la República" que -como bien sostiene VILLA STEIN- aparece como un concepto normativo(44) mucho más amplio que el concepto geográfico del territorio(45). Para ello debe recurrirse al ámbito constitucional y de Derecho Internacional Público(46) pues -como bien recuerda BACIGALUPO- "El Derecho Penal no introduce en este concepto -el de "territorio"- ninguna particularidad"(47) .

En el ámbito del Derecho Constitucional, específicamente en los desarrollos de la denominada Teoría General del Estado, suele recordarse que el territorio conforma -junto con el pueblo y el poder- los tres elementos propios de todo Estado. En las más actuales tendencias dentro del Derecho constitucional se suele considerar al territorio ya no como un *factum brutum* sino como un territorio culturalmente formado -según palabras de HABERLE(48)- que lo ubicaría no como un elemento del Estado sino como un valor constitucional.

Desde esta perspectiva constitucional debemos recurrir a los términos del artículo 54 de la Constitución Política de 1993 que precisa que el territorio del Estado viene dado por el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre, cuyos contenidos -por cierto- vienen también iluminados por el Derecho Internacional Público.

El suelo viene a ser la superficie territorial del Estado y es delimitado por las fronteras con Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia y Chile(49). El subsuelo viene configurado a partir de la idea de una figura cónica que va desde la superficie del suelo hasta el centro de la tierra. A través del concepto "subsuelo" el Estado pue-

(43) HERRERA PAULSEN, Darío. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". 2. edición. Eddili. Lima. Pág. 77.

(44) VILLA STEIN, Javier. Op. Cit. Pág. 142. A favor de recurrir a un concepto jurídico de territorio; FIERRO, Guillermo J. "Artículo 1 ". En: Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (directores). Tomo 1. Hammurabi. Buenos Aires, 1997. Págs. 16 y 23.

(45) LABATUT GLENA, Gustavo. "Derecho Penal". Tomo 1. 9. edición actualizada por Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. Pág. 58. Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op.

Cit. Pág. 44; implícitamente, MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. Pág. 102.

(46) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. Pág. 176; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Volumen I. 3ª reimpresión de la 2ª edición. Temis. Bogotá, 1998. Pág. 140; MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit. Pág. 439; HURTADO POZO, José. Op. Cit. Pág. 211.

(47) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. Págs. 176 y sgte. (entrelíneo nuestro). De distinta opinión parece ser implícitamente QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 176.

(48) HABERLE, Peter. "El Estado Constitucional". Traducción de Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 21.

(49) Interesante desde la perspectiva histórica y del Derecho Internacional, BELAUNDE, Víctor Andrés. "La Constitución inicial del Perú ante el Derecho Internacional". Editorial Universitaria. Lima, 1981. *Pássim*.

de disfrutar de derechos sobre las sustancias minerales contenidas en su interior(50) .

El dominio marítimo se corresponde con la noción de mar territorial, que es -siguiendo a HERRERA PAULSEN- "la zona de agua próxima a la costa que por razones políticas, fiscales y económicas, está sometida a la ley del estado ribereño"(51). Aquí corresponde plantearse algunas interrogantes con relación a la extensión del dominio marítimo.

Según los términos del artículo 54 constitucional, el dominio marítimo del Estado peruano "comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley". Nuestra norma constitucional reconoce así la tesis de la plataforma submarina o del zócalo continental.

Esta tesis tiene orígenes fundamentalmente americanos. Fue postulada inicialmente por el Gobierno de los Estados Unidos de América, al emitir su presidente Truman -en 1945- diversas proclamas en cuya virtud se reconocía al gobierno estadounidense jurisdicción sobre el mar epicontinental. Dicha tesis obtuvo aceptación casi inmediata en los países de Latinoamérica: México, Argentina y Chile declararon seguidamente ejercer soberanía sobre las doscientas millas marinas. Posteriormente, el Régimen de José Luis Bustamante y Rivero la acogió mediante el Decreto Supremo de 29 de agosto de 1947(52).

Según la Convención de Derecho del Mar de la Organización de Naciones Unidas de 1982, la soberanía del Estado se limita a doce millas. Esta idea choca con la conocida idea contenida en la Constitución Política de que el Estado peruano ejerce soberanía hasta las doscientas millas marinas. Según refiere LUZÓN PEÑA, de acuerdo con los términos de la mencionada Convención de Derecho del Mar, la soberanía se limita a las doce millas pero la "zona contigua" o "zona económica de explotación exclusiva" sí se extendería hasta las doscientas millas marinas(53). Pues bien, conviene recordar que nuestro país si bien ha suscrito la mencionada Convención de Derecho del Mar esta no ha sido debidamente ratificada, por lo que sus contenidos carecen de fuerza vinculante en nuestro Derecho interno, prevaleciendo los desarrollos constitucionales sobre la materia.

La referencia al espacio aéreo debe también ser concatenada a los desarrollos del Derecho Internacional Público sobre la materia. En ese contexto debemos recurrir a los contenidos de la conocida Convención de Chicago de 1944 que

(50) HERRERA PAULSEN, Darfo Op. Gil. Pág. 80.

(51) HERRERA PAULSEN, Darfo. Op. Gil. Pág. 81.

(52) HERRERA PAULSEN, Darío. Op. Gil. Págs. 81 y sgte.

(53) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 203.

refiere que se debe entender por espacio aéreo el situado sobre el territorio terrestre y el mar territorial de un Estado.

Pero el principio de territorialidad en materia penal no resulta ser absoluto, pues admite -lo reconoce el propio articulado- excepciones que derivan del Derecho Internacional Público. En virtud de estas excepciones, pese a ser la ley peruana la aplicable territorialmente, razones de Derecho Internacional obligan al Estado peruano a abstenerse de ejercer jurisdicción. Ocurre así, por ejemplo, en el caso de personas que gozan de privilegios diplomáticos.

3. El artículo 1 del Código Penal que ahora se comenta no contiene únicamente limitaciones o excepciones a la aplicación espacial de la ley penal peruana, sino también situaciones de extensión de aplicación territorial de la ley penal o de extraterritorialidad de la ley penal, para los denominados "territorios flotantes"(54) que, aunque no forman parte del territorio geográfico o natural del Estado, sí forman parte -ficta por cierto- del territorio estatal desde una perspectiva jurídica(55).

Estas situaciones de extensión, que se conocen comúnmente como "Principio de Pabellón", se refieren a:

- Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
- Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Con relación a las "naves o aeronaves nacionales públicas", el principio de pabellón permite la aplicación de la ley penal nacional justamente en todas las "naves o aeronaves nacionales públicas" sin importar el lugar en que estas se encuentren. Una regulación de tal índole resulta consecuencia de los desarrollos propios del Derecho Internacional Público que determinan que las naves o aeronaves del Estado son territorio flotante o en movimiento. Conforme a lo señalado, si -por ejemplo- se comete un hecho punible en el interior de una aeronave pública que hace escala en territorio extranjero, la norma que resulta aplicable será la peruana.

Más restrictiva resulta la extensión referida a las "naves o aeronaves nacionales privadas". En este supuesto se exige, además de que el hecho sea cometido en "naves o aeronaves nacionales privadas", que estas se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Esta noción de "territorio flotante", como toda ficción jurídica, tiende a provocar problemas de interpretación. HURTADO POZO, por ejemplo, hace notar que si se

(54) Gon detalle, BRAMONT ARIAS, Luis. Op. Gil. Págs. 154 y sgtes.

(55) LABATUT GLENA, Gustavo. Op. Gil. Pág. 58.

considera territorio flotante una nave, tendría que considerarse territorio flotante también la superficie sobre la que navega, la que la rodea y el espacio aéreo que la cubre, lo que es, desde todo punto de vista, inaceptable⁽⁵⁶⁾. Pues bien, como el propio autor nacional refiere, la noción de territorio flotante debe ser interpretada jurídicamente y no desde una perspectiva naturalística, aunque reconoce que las complicaciones por utilizar tal concepto subsisten.

DOCTRINA

ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 8ª edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Temis. Bogotá, 1988. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. BECK, Ulrich. "¿Qué es la globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización". Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás. Paidós. Barcelona, 1998. BELAUNDE, Víctor Andrés. "La Constitución inicial del Perú ante el Derecho Internacional". Editorial Universitaria. Lima, 1981. BERGALLI, Roberto. "Principio de justicia universal y modernidad jurídica: papel de la jurisdicción penal". En: Jueces para la Democracia. N° 42. Madrid, 2001. BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". Lima, 1950. BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". 3ª edición. San Marcos. Lima, 2000. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. "Derecho Penal Latinoamericano comparado. Parte General". Tomo 1. Depalma. Buenos Aires, 1981. CARO CaRIA, Dino Carlos. "Bienes jurídicos colectivos en la 'sociedad del riesgo' y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo". En: Libro de Ponencias del 11 Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. CARO CaRIA, Dino Carlos. "Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal". Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. CERVINI, Raúl et al. "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas". En: Lavado de activos y secreto profesional. Carlos Álvarez Editor. Montevideo, 2002. DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge. "El Derecho penal entre la 'sociedad industrial' y la 'sociedad del riesgo'". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. W 33. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 2001. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Derecho Penal económico y nuevas tecnologías". En: Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Ruiz Rodríguez (editor). Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado". En: Ciencias penales contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y criminología. W 1. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2001. DIX SILVA, Tadeu. "Globalización y Derecho Penal brasileiro: ¿Acomodación o indiferencia? En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. W 23. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1998. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Volumen 1. 3ª reimpresión de la 2ª edición. Temis. Bogotá, 1998. FIERRO, Guillermo J.

(56) HURTADO POZO. José. Op. Cil. Pág. 218.

"Artículo 1". En: Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (directores). Tomo 1. Hammurabi.

Buenos Aires, 1997. GARRIDO, Vicente, STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago.

"Principios de Criminología". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. HÁBERLE, Peter. "El Estado Constitucional". Traducción de Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. HERRERA PAULSEN, Darío. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". 2ª edición. Eddili.

Lima. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Reimpresión de la 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. JAÉN VALLEJO, Manuel. "La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2001.

JAKOBS, Günther. "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente".

Traducción de Teresa Manso Porto. En: Revista peruana de Ciencias Penales.

Nº 12.

Idemsa. Lima, 2002. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. LABATUT GLENA, Gustavo. "Derecho Penal". Tomo 1. 9ª edición actualizada por Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 2002. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1.

Reimpresión de la 1ª edición. Universitas. Madrid, 1999. MANTOVANI, Ferrando. "Principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002. MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, supervisada por Edgardo Donna. Astrea. Buenos Aires. MENDOZA BUERGO, Blanca. "El Derecho Penal en la sociedad del riesgo". Civitas. Madrid, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca. "Límites dogmáticos y político- criminales de los delitos de peligro abstracto". Comares. Granada, 2001. MILITELLO, Vincenzo. "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías". Traducción de Cristina Méndez. En: Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías. Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos (coordinadoras). Colex. Madrid, 2001. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, J. Miguel. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Cuestiones básicas del Derecho Penal del ambiente: Reflexiones desde el Derecho peruano". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. W 41. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 2003. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La protección penal del ambiente: Posibilidades y límites". En: Ciencias penales contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Nº 4.

Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Los delitos informáticos en el Código Penal peruano". En: Revista Jurídica del Perú. W 31. Normas Legales. Trujillo, 2002. ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En: Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Abanto Vásquez. Idemsa. Lima, 1998. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal". En: Revista de Derecho. Volumen 1. Universidad de Piura. Piura, 2000. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de , la Política Criminal en las sociedades postindustriales". 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La Política Criminal y la teoría del Derecho Penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Suárez González, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal. Grijley. Lima, 2001. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Derecho Penal y realidad social". En: Silva Sánchez, Jesús-María y Suárez González, Carlos. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal. Grijley. Lima, 2001. VIGGIANI BICUDO, Tatiana. "La globalización y las transformaciones en el Derecho Penal". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. N° 23. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista Dos Tribunais. Sao Paulo, 1998. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 1ª edición. San Marcos. Lima, 1998. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Política Criminal". Colex. Madrid, 2001.

JURISPRUDENCIA

"La competencia entre jueces penales de igual categoría se determina en primer orden por el lugar en donde se ha cometido el hecho delictuoso, de conformidad con lo establecido en el artículo 19.1 del Código de Procedimientos Penales",

(Exp. Lima, 240-94 "Código Penal". Caro Caria. Pág.115).

PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD

ARTÍCULO 2

La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;
2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República;
3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;
4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito está previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; y,
5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.

CONCORDANCIAS:

C.J.M.	arto 327
C.	arts. 37, 39, 55
C.p.	arts. 252-261, 273-303, 315-353
C.E.p.	arto VII
C. DE p.p.	art.6
LEY N° 24710 (27/06/187)	
LEY N° 26574 (11/01/96)	
D.S. N° 044-93-JUS (14/12/93)	

Comentario

Luis Miguel Reyna Alfaro

Aunque por regla general, la ley penal nacional es aplicable respecto a los hechos punibles ocurridos en el "territorio de la República", el artículo 2 del Código penal peruano prevé cinco circunstancias en que la ley penal nacional puede ser aplicada en el extranjero y que reconocen diversos principios de tradición doctrinaria, como son los principios de protección de intereses, de defensa o real (incisos 1, 2 Y 3 del artículo 2 del Código Penal), de personalidad -activa y pasiva- (inciso 4 del artículo 2 del Código Penal) o de justicia universal (inciso 5 del artículo 2 del Código Penal).

La posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal facilita -según recuerda QUINTERO OUVARES evocando a ANTÓN ONECA(1) las relaciones entre los Estados, en la medida en que supone un filtro destinado a evitar la posible impunidad de quien delinque en el extranjero, impunidad que podría producirse si se propugnara en términos absolutos el principio de territorialidad.

I. Principio real, de defensa o de protección de intereses

El primer supuesto posibilita la sanción del hecho punible cometido en el extranjero por el "funcionario o servidor público en desempeño de su cargo". Es cierto que en la doctrina penal especializada en los delitos contra la administración pública se ha producido un intenso debate respecto al contenido de la noción funcionario o servidor público. Evidentemente, no es posible -por cuestiones metodológicas- tratar aquí quiénes tienen la condición de "funcionario público" o "servidor público", no obstante sí puede decirse que el concepto de funcionario público que tiene, en este ámbito, relevancia para el Derecho Penal es el que dimana del artículo 425 del Código Penal(2).

En tal virtud, serán considerados funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos(3).
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Pero el supuesto aquí comentado, conviene recordarlo, no exige únicamente la concurrencia de la calidad de "funcionario o servidor público", sino que exige además que el delito sea cometido por el agente calificado "en desempeño de su cargo".

(1) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, J. Miguel. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 180.

(2) Sumamente clarificador en este sentido, URQUIZO OLAECHEA, José. "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública". En: Revista peruana de Ciencias Penales. W 12. Idemsa. Lima, 2002. Págs. 229 y sgtes.

(3) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26713, publicado el 27.12.96.

Aunque no se limita el ámbito de aplicación del artículo 2.1 del Código Penal a un determinado rubro de delitos -a diferencia de lo que ocurre con posteriores párrafos de este artículo-, la referencia a que el delito sea cometido por el funcionario o servidores públicos en desempeño de su cargo plantea -de hecho- que el artículo 2.1 del Código Penal se refiere fundamentalmente a los delitos contra la Administración Pública(4). Esta afirmación enlaza con el efectivo interés del Estado por proteger sus valores.

La segunda circunstancia que posibilita la aplicación de la ley penal nacional en el extranjero se da cuando el hecho punible: "Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República" .

Esto quiere decir que será posible la aplicación de la ley penal nacional frente a aquellos hechos punibles producidos en territorio extranjero que se subsuman dentro de los delitos contra la seguridad pública (artículos 273 a 279 del Código Penal) o la tranquilidad pública (artículos 315 a 318 del Código Penal), cuando los efectos de tales hechos punibles se produzcan en territorio de la República.

Respecto a los delitos contra la seguridad pública no existen mayores inconvenientes de aplicación del precepto en la medida en que los delitos de peligro común a que se refieren los artículos 273 a 279 del Código Penal peruano tienen plena vigencia.

Ocurre lo contrario en el caso de los delitos contra la tranquilidad pública contenidos en el Título XIV del Libro 11 del Código Penal. Es que solo los tipos penales contenidos en el Capítulo I del mencionado Título (artículos 315 a 318 del Código Penal) tienen vigencia en la actualidad. El Capítulo 11 del Título XIV del Libro 11 del Código Penal, destinado a regular los delitos de Terrorismo, hoy en día no tiene vigencia, habiéndose trasladado la regulación penal del delito de terrorismo a una ley penal especial(5) y ocupado su lugar dentro de la numeración del Código Penal los delitos contra la humanidad (Título XIV-A del Libro 11).

Este traslado de los delitos de terrorismo a una ley penal especial en nada impide que pueda invocarse la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana conforme al artículo 2.2 del Código Penal para los delitos de terrorismo, conforme a su ubicación actual. En primer lugar porque el delito de terrorismo, a pesar de encontrarse regulado en una ley especial, debe necesariamente obedecer los contenidos de la Parte General del Derecho Penal, regulados a través del Libro I del Código Penal. En segundo lugar, porque a pesar de haber variado su

(4) De distinta opinión. CHIRINOS SOTO. Francisco. .Comentarios al nuevo Código Penal del Perú". Tomo 1. Lima 1993. Pág. 64.

(5) Me refiero al Decreto Ley N° 25475. del seis de mayo de 1992, que debe actualmente ser complementado con el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad (Exp. N° 010-2002 AlTC) Y el Decreto Legislativo N° 921 .

ubicación sistemática (por cierto en nada exigida por el artículo 2.2. del Código Penal), la identidad del bien jurídico se mantiene incólume: "la tranquilidad pública"(6).

Por el contrario, no se puede de modo alguno aplicar extraterritorialmente la ley penal peruana conforme al artículo 2.2 del Código Penal a los delitos contra la humanidad que han ocupado el lugar dejado en el texto del Código Penal por los delitos de terrorismo.

Otra condición que limita la aplicación del párrafo segundo del artículo 2 del Código Penal es que los efectos de tales hechos punibles se produzcan en territorio de la República. Esta precisión plantea importantes limitaciones para la aplicación del párrafo en comento, sobre todo para los denominados delitos instantáneos.

Los delitos instantáneos, conviene recordarlo, son aquellos ilícitos cuya consumación es inmediata, en oposición a los delitos permanentes en los que el momento de consumación se prolonga en el tiempo, y los delitos de estado que, si bien generan un estado antijurídico que se extiende temporalmente, se consuman al momento en que el mismo aparece(7).

Como se observa de lo sostenido, los delitos instantáneos -por su forma de consumación- no provocan mayores efectos separables temporalmente del momento consumativo. Si esto es así y la acción u omisión típica se manifiesta en el extranjero, conforme se plantea en el artículo 2.2 del Código Penal, es improbable que se produzca en esta clase de delito algún efecto en el territorio peruano.

La tercera circunstancia se vincula cercanamente a la anterior. En este caso, el catálogo de delitos en los que es posible la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional, comprende los delitos contra el orden monetario (Libro 11, Título X,

(6) A favor de esta identificación del bien jurídico en el delito de terrorismo", BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". 4ª edición. San Marcos. Lima, 1998. Pág. 559; cercana mente, antes de la modificación y agregando la seguridad pública, PEÑA CABRERA, Raúl, en colaboración con ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y DE LA CRUZ GAMARRA, Victor, "Terrorismo y Ley penal". Afa Editores. Lima, 1990. Pág. 29; lo sigue MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. Pág. 864. En la doctrina española se habla muy cercanamente de la noción de "paz pública" como uno de los intereses protegidos mediante la figura de terrorismo, véase COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. "Delitos contra el orden público (V). Delitos de Terrorismo". En: Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial). Manuel Cobo del Rosal (director). Marcial Pons. Madrid, 2000. Pág. 1046; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte Especial". 12ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 863; PRATS CANUT, José Miguel. "De los delitos de terrorismo". En: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Quintero Olivares, Gonzalo (director). 2ª edición. Aranzadi. Pamplona, 1999. Pág. 1621.

(7) DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Tipicidad e imputación objetiva". Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998. Págs. 83 y sgte.

Capítulo II, artículos 252 a 261 del Código Penal), delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Libro 11, Título XV, artículos 325 a 345 del Código Penal) y delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional (Libro 11, Título XVI, artículos 346 a 353 del Código Penal).

En este caso, aunque no se exige que los efectos del hecho punible se produzcan en el territorio nacional, las singularidades propias de cada una de las parcelas delictivas incluidas plantean que -de hecho- en algunos casos los efectos del delito se manifiesten en el territorio nacional.

A manera de ejemplo de lo antes sostenido podemos ubicar el caso de los delitos contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional. El delito de conspiración para cometer el delito de rebelión, sedición o motín del artículo 349 del Código Penal castiga la conducta de quien "toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín". Pues bien, aunque la acción material se ejecute más allá de los límites territoriales del Estado peruano, resulta evidente que sus efectos se manifestarán necesariamente en el Perú, en la medida en que afectan la estabilidad de los poderes del Estado y el orden constitucional.

Pues bien, las anteriores circunstancias (parágrafos 1, 2 Y 3 del artículo 2 del Código Penal peruano) se relacionan con el conocido en doctrina como principio real, de defensa o de protección de intereses. Este principio tiene como objetivo proporcionar al Estado capacidad de protección y reacción frente a aquellas conductas que afecten sus intereses o bienes jurídicos de mayor entidad, aún si estos son cometidos en el extranjero.

II. Principio personal, de personalidad o de la nacionalidad

1. El cuarto párrafo del artículo 2 del Código Penal muestra una situación algo más compleja, referida a los hechos punibles cometidos en el extranjero "contra peruano o por peruano". Para que la ley penal peruana sea aplicable es necesario que el delito sea susceptible de extradición de acuerdo a la normatividad peruana, exigiéndose -adicionalmente- que se trate de un hecho punible también en el Estado en que se cometió la conducta y que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

2. Encontramos que la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal contenida en el artículo 2.4 del Código Penal se basa en el denominado principio personal, de personalidad o de la nacionalidad. Este principio de personalidad, según recuerda LUZÓN PEÑA(8), constituía antes de la Revolución Francesa (1789) la regla general que posibilitaba la aplicación de la ley penal a aquellos ciudadanos nacionales que se encontrasen dentro y fuera del territorio estatal.

(8) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Reimpresión de la 1ª edición. Universitas. Madrid, 1999. Pág. 206.

El objetivo primordial de este principio no es más la vinculación de la persona con la legislación de su país (como ocurría en los Estados totalitarios que mantuvieron el principio de personalidad como regla: Alemania del nacionalsocialismo(9) o la Unión Soviética)(10), sino el evitar la impunidad.

3. Hay que precisar que el principio que ahora comentamos tiene una expresión activa y una expresión pasiva. Hablamos de principio de personalidad activo cuando el hecho es cometido "por peruano"; por el contrario, existe principio de personalidad pasivo cuando el hecho es perpetrado "contra peruano".

El principio de personalidad activo plantea que el hecho sea perpetrado por peruano. Conviene analizar si la referencia a la "perpetración" del hecho se encuentra dirigida únicamente al autor o si incluye también a los partícipes. Según entiendo, el texto del articulado permite comprender solo al autor del hecho, lo que posibilita también -en aplicación del principio de accesoriedad de la participación- que al partícipe le sea aplicable la ley penal.

El principio de personalidad pasivo por su parte, así como se encuentra regulado por el artículo 2.4 del Código Penal, permite comprender tanto los hechos en que los nacionales resultan víctimas como aquellos en que los nacionales resultan sujetos pasivos del hecho, es decir, cuando son titulares de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal(11).

Debe recordarse que anteriormente se solía considerar esta manifestación pasiva del principio de personalidad como expresión del principio real o principio de defensa(12), por considerarse que la defensa de los intereses de los nacionales suponía la defensa de los intereses del propio Estado. Incluso en la actualidad, CUELLO CONTRERAS sostiene que el principio real o de defensa "se trata de

(9) BUSTOS RAMÍREZ y VALENZUELA BEJAS recuerdan, por ejemplo, que el principio de territorialidad fue reemplazado en el Derecho alemán por el principio de nacionalidad mediante Ley de 6 de mayo de 1940, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. "Derecho Penal latinoamericano comparado. Parte General". Tomo 1. Depalma. Buenos Aires, 1981. Pág. 41.

(10) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Praxis. Barcelona, 1996. Pág. 59; BRAMONT ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1966. Pág. 72; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 180.

(11) Conviene recordar que las condiciones de víctima de un delito y sujeto pasivo no siempre convergen. Sumamente ilustrativos. BUSTOS RAMÍREZ Y LARRAURI PIJOÁN decían: "en un delito pueden coincidir sujeto pasivo y víctima -como cuando a alguien se le hurta un reloj-, pero suele suceder que ello no sea así, como cuando se le hurta un reloj a un niño pequeño que llevaba el de su padre a arreglar a una relojería", véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI PIJOÁN, Elena. "Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)". PPU. Barcelona, 1993. Pág. 17.

(12) En ese sentido, por ejemplo, BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". Lima, 1950. Pág. 141; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. Pág. 47.

una modalidad del genérico principio de la personalidad pasiva"(13) y MANTOVANI, en la misma línea de ideas, ubica el principio de personalidad pasiva dentro del principio de defensa(14).

4. Ahora bien, uno de los elementos condicionantes a la operatividad del numeral 4 del artículo 2 del Código Penal peruano es que el delito sea susceptible de extradición(15), por lo que dedicaremos algunas líneas a destacar las notas más saltantes de esta institución.

Una de las características más saltantes de nuestros tiempos resulta ser la estabilización de las relaciones internacionales(16) y la consecuente globalización mundial, ello ha generado la aparición de criminalidad de orden transnacional que afecta bienes jurídicos de suma importancia, lo que genera la necesidad de fijar respuestas del mismo orden(17).

De todo lo expuesto se desprende la necesidad de articular instrumentos de cooperación internacional en materia penal, surgiendo la figura de extradición, con el fin de lograr dicha pretensión. Esta figura muestra una serie de complejidades que provocan dificultades para un entendimiento cabal de la extradición, las mismas que tienen que ver, conforme recuerda DEL POZO PÉREZ, con su carácter multidisciplinario, pues la extradición es una institución relacionada al Derecho Constitucional, al Derecho Penal y al Derecho Procesal(18).

Su objeto es transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a otro, a fin de que se le juzgue o cumpla su condena(19).

(13) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3ª edición. Dykinson. Madrid, 2002. Pág. 267.

(14) MANTOVANI, Ferrando. "Principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002. Pág. 438.

(15) En lo que sigue véase, REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Parte Especial". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 257 y 259.

(16) MAZUELOS COELLO, Julio. "Sistema de Justicia Penal y Asistencia Judicial internacional". En: Control Social y Dogmática Penal. Sociedad y Delito. San Marcos. Lima, 1995. Pág. 185.

(17) Informe del 9no. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Pág. 44. El Cairo (disponible en: <http://www.un.org>).

(18) DEL POZO PÉREZ, Marta. "La extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos". En: Hacia un Derecho Penal sin fronteras. Marra Rosario Diego Draz Santos y Cristina Sánchez López (coordinadoras). Colex. Madrid, 2000. Págs. 111 y sgte.

(19) Por todos, ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 8ª edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redón. Temis. Bogotá, 1988.

Pág. 92; DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit. Pág. 112; HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal.

Parte General". Reimpresión de la 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. Pág. 260; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op.

Cit. Pág. 213; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General".

1ª reimpresión actualizada de la 3ª edición. Grijley. Lima, 1999. Pág. 223; MAZUELOS COELLO, Julio. "Extradición activa: Requisitos, recaudos y trámite. Aplicación del D.S. N° 44-93-JUS". En: Control Social y Dogmática Penal. Sociedad y Delito. San Marcos. Lima, 1995. Pág. 151; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "La Extradición".

En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 188.

Como es bien sabido, nuestra normatividad procesal en materia penal está regida básicamente por el Código de Procedimientos Penales de 1936, salvo algunos preceptos del Código Procesal Penal de 1991 -cuya vaca tía legis dura ya más de diez años- que han sido incorporados al ordenamiento procesal penal.

No obstante, en materia de extradición la norma vigente resulta ser la Ley de Extradición N° 2471 O del 26 de junio de 1987. La decisión final sobre la procedencia o no de la extradición corresponde al Poder Ejecutivo, conforme precisa nuestra Constitución Política en su artículo 37(20); estamos pues ante una figura de naturaleza mixta(21).

La extradición puede ser principalmente de dos clases:

a) Activa: Por la cual un Estado requiere a otro la entrega de un procesado o sentenciado refugiado en su territorio, con el objeto de ejercer su ius puniend'22J.

b) Pasiva: Es la entrega de un procesado o sentenciado a otro Estado que lo solicite, sin importar si este se encuentra en condición de residente, turista o de paso(23).

No obstante, existe también otras formas de extradición pero con menor incidencia práctica. De este modo, DEL POZO PÉREZ y LUZÓN PEÑA informan sobre la existencia de extradición de tránsito y la reextradición(24). La extradición de tránsito posibilita que un Estado acepte el traslado por su territorio nacional de una persona que otro Estado haya requerido para entregar a un tercer Estado. A través de la reextradición un Estado que ha recibido mediante un procedimiento de extradición a una persona para su juzgamiento, entrega a esta a un tercer Estado, al que considera con mejor derecho.

Asimismo, se establece una serie de principios jurídicos propios de la extradición, los que PEÑA CABRERA(25) ha clasificado en: a) Principios relativos a los delitos, b) Principios relativos a los delincuentes y c) Principios relativos a la penalidad.

(20) "La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad".

(21) HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 261.

(22) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 214; MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cil. Pág. 151.

(23) PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 224.

(24) DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cil. Págs. 113 y sgte; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 214.

(25) PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 226. Aunque debo precisar que la referencia que se hace es básicamente en cuanto a la clasificación mas no respecto al contenido, que ha sido sustancialmente modificado.

A. Principios relativos a los delitos.

a. Legalidad: Este principio informa que la extradición solo se podrá conceder por delitos expresamente comprendidos en la ley como susceptibles de extradición. La concurrencia en este principio tiene especial repercusión en el artículo que estamos comentando, en la medida en que el principio personal opera únicamente cuando estamos frente a delitos justamente susceptibles de extradición.

b. Doble incriminación: En cuya virtud se requiere que el hecho incriminado se encuentre tipificado como delito tanto en el Estado requirente como en el requerido, lo fundamental de este principio no es la identidad del nomen iuris, sino la identidad estructural del tipo penal.

c. Especialidad: En virtud de este principio, el juzgamiento y posterior condena del sujeto extraditado solo son permisibles respecto de los delitos específicamente comprendidos en el procedimiento de extradición.

d. Debe tratarse de delitos comunes: Con los cuales se excluyen del ámbito de la extradición los delitos políticos, militares, contra la religión, de prensa o de opinión; surge con ello sin embargo la necesidad de delimitar el concepto de delito político, por la poca concreción que muestra dicho concepto⁽²⁶⁾ y por sus cercanías a los delitos de carácter violento (como el terrorismo).

B. Principios relativos a los delincuentes.

En primer término, se requiere que se examine la calidad de la persona cuya extradición se solicita, sin embargo, aquí se plantean dos cuestiones al debate:

a. La extradición de nacionales: De lege lata tenemos que es perfectamente posible la extradición de nacionales, aunque algunos autores se han manifestado disconformes con esta posibilidad⁽²⁷⁾.

b. La extradición de asilados: De acuerdo a esta regla, no es posible la entrega de aquellas personas que gozan del derecho de asilo.

c. La extradición de militares: En este punto existe coincidencia en la doctrina para rechazar la procedencia de la extradición de militares por delitos de función, además de la prohibición legal, porque se considera que se trata de delitos que carecen de significación e interés para las naciones.

(26) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Volumen 1. 3ª reimpresión de la 2ª edición. Temis. Bogotá, 1998. Pág. 144; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 198.

(27) En contra, HURTADO POZO, José. Op. Cit. Pág. 261; VALLE RIESTRA, Javier. "La Extradición, principios legislativos y jurisprudencia". Afa Editores. Lima, 1989. Págs. 60 y sgte.

c. Principios relativos a la penalidad.

a. La acción penal y la pena no deben estar prescritas: Si la acción penal y la pena no se encuentran vigentes, no procede la extradición por haber desaparecido la capacidad persecutoria del Estado requirente.

b. Que el extraditado no haya sido absuelto ni cumplido su condena: Lo que tiene su sustento en la garantía del non bis in idem.

c. Conmutación de la pena de muerte o las consistentes en penas degradantes: Para la procedencia de la extradición se exige que la pena de muerte sea conmutada por alguna otra consecuencia jurídica.

Ahora bien, conviene subrayar que el párrafo en comento requiere únicamente que el delito sea susceptible de extradición y no que se haya iniciado un procedimiento de extradición, que es algo enteramente distinto.

5. Cuando el precepto que comentamos utiliza las expresiones "por peruano" y "contra peruano" se refiere tanto a los peruanos por nacimiento como a los peruanos por naturalización y opción, conforme lo reconoce el artículo 52 de la Constitución ~el Estado.

Peruano por nacimiento es aquel cuyo nacimiento se produce dentro del territorio de la República peruana, o cuando -producido en el exterior y de padre y madre peruanos- es inscrito en el registro correspondiente durante la minoría de edad de la persona. La adquisición de la nacionalidad peruana por naturalización u opción, se encuentra regulada por ley especial y exige que quien pretenda adquirir la nacionalidad tenga residencia en el Perú.

Por lo demás, conviene recordar que en virtud del reconocimiento constitucional conferido al principio de igualdad (artículo 2.2. de la Constitución Política), los peruanos, por nacimiento, por naturalización o por opción, deben ser tratados en forma igualitaria, s~n ningún tipo de discriminación.

6. Otra de las exigencias del artículo 2.4 del Código Penal es que el delito sea "punible también en el Estado en que se cometió". Habría en este punto que analizar y determinar cuál es el contenido de la expresión "punible" utilizada por el legislador penal: si se refiere a punible como sinónimo de típico o si se utiliza en referencia a la punibilidad.

No creo que sea posible considerar que la expresión punible haya sido utilizada por el legislador como sinónimo de conducta típica. En primer lugar porque denotaría un manifiesto desconocimiento de la terminología elemental y básica dentro de las estructuras dogmáticas de la teoría del delito, lo que, creo, no puede atribuírsele al legislador penal de 1991. En segundo lugar, debido a que la exigencia de doble incriminación o tipicidad se encuentra implícita dentro de las exigencias propias de la extradición. Finalmente, debe rechazarse la utilización de la

expresión punible como sinónimo de tipicidad, porque supondría una ampliación desmesurada de los alcances del artículo 2.4 del Código Penal.

En consecuencia, la expresión punible contenida en el artículo 2.4 del Código Penal alude a aquella conducta que, además de resultar típica, antijurídica y culpable, resulta además punible. Se hace pues alusión a la categoría de la teoría del delito de menor aceptación en la doctrina(28): la punibilidad(29).

Esta categoría, según propone QUINTERO OLIVAR ES, puede ser definida "como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado"(30), y puede ser entendida como el conjunto de todas aquellas exigencias adicionales a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que permiten la punición de una determinada conducta (ausencia de excusas absolutorias y cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad).

Es que si bien -recuerda ROXIN- por "regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible"(31), en algunos supuestos excepcionales deberán concurrir adicionalmente algunos elementos que den cabida a la punición de la conducta. Si dicho factor no se encuentra presente, a pesar de ser la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, no es susceptible de pena.

7. Otra de las exigencias limitadoras de aplicación del artículo 2.4 del Código Penal viene planteada al requerirse como elemento condicionante que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

Es que solo si el agente ha ingresado al territorio de la República podrá efectivizarse su juzgamiento conforme a la ley penal peruana, pues de lo contrario, y en virtud de la exigencia de que el hecho sea punible en el Estado en que se cometió el evento, sería el país territorialmente competente el que debería ejercitar su ius puniendi.

III. Principio de justicia universal

1. Finalmente, se permite la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional cuando se refiera a hechos punibles que "el Perú está obligado a reprimir confor-

(28) Al respecto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Op. cit. Pág. 225; ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En: Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Abanto Vásquez. Idemsa. Lima, 1998. Págs. 972 y sgtes.

(29) Véase, BAILLIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. *Passim*.

(30) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. Pág. 445.

(31) ROXIN, Claus. Op. cit. Pág. 970.

me a tratados internacionales". Esto plantea pues la necesidad de integrar normativamente lo aquí dispuesto con los tratados existentes que establezcan obligaciones estatales de criminalización y -en cierto modo- con los relacionados a cooperación judicial internacional.

Esta fórmula -bien recuerdan Kai AMBOS con la colaboración de Carlos CARO CORIA- comprende no solo los comúnmente conocidos crímenes internacionales, sino también otros delitos sumamente graves, como el tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, etc., si existe tratado internacional que establezca un imperativo de criminalización(32).

Cabe señalar que dentro de los tratados internacionales suscritos por el Perú, por los cuales se asumen obligaciones estatales de criminalización, se pueden citar como los más importantes: la Convención sobre el Genocidio (vigente en nuestro país desde el 24 de mayo de 1960), las Convenciones de la Organización de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura (la primera en vigencia desde el 6 de agosto de 1988 y la segunda desde el 28 de abril de 1991) Y la Convención contra el Apartheid (en vigencia desde el 1 de diciembre de 1978)(33).

Todas estas disposiciones de índole supranacional, al haber sido aprobadas por el Congreso de la República y ratificadas por el Presidente de la República, forman parte del Derecho interno nacional conforme al mandato contenido en el artículo 55 constitucional que precisa: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

Pues bien, aunque en sede constitucional se integran los tratados celebrados por el Estado al Derecho nacional, ello no significa de modo alguno que los tratados internacionales tengan rango constitucional, como erradamente parece sostener AMBOS con la colaboración de CARO CORIA(34). Forman parte del Derecho interno pero no con rango constitucional(35). A favor de lo que sostengo abona la redacción del artículo 101 de la Constitución Política de 1979 que -sin concederle rango constitucional- otorgaba a los tratados internacionales un estatus superior al de la ley: "En caso de conflicto entre el tratado y la ley -decía el anterior texto constitucional-, prevalece el primero".

Por ello es que el legislador penal nacional ha debido -en estricta observancia del principio de legalidad penal reconocido en el inciso d) del artículo 2.24 de la Constitución Política- acatar las obligaciones internacionales de criminalización asumidas mediante los mencionados tratados internacionales, trasladando sus contenidos al Estatuto penal(36). Así se han ido tipificando sucesivamente los delitos de genocidio (actualmente artículo 319 del Código Penal), tortura (actualmente artículos 32 y 322 del Código Penal) y discriminación (artículo 323 del Código Penal).

(32) AMBOS, Kai et al. "Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina", En: Revista Penal. N° 10. La Ley. Madrid, 2002. Pág. 141.

(33) AMBOS, Kai. Op. Cil. Pág. 146. (34) AMBOS, Kai. Op. Cil. Pág. 147.

(35) En este sentido, CHIRINOS SOTO, Enrique. "La nueva Constitución al alcance de todos". 4ª edición actualizada. Ala Editores. Lima, 1986. Pág. 114.

2. Según opinión de Kai AMBOS el principio de justicia universal tiene para la doctrina penal un carácter subsidiario, en tanto opera únicamente ante el fracaso en la aplicación de los otros diversos principios de aplicación espacial de la ley penal(37). Pues bien, partiendo de la idea central de que la aplicación espacial de la ley penal peruana en cada caso concreto se encuentra sujeta a la conjunción de una serie de reglas o principios de carácter, más que supletorio, complementario(38) -con cierta supremacía del principio de territorialidad-, no debe causar alarma la opinión de autores como HURTADO POZO Y PEÑA CABRERA, citados por AMBOS como defensores de la subsidiariedad del principio de justicia universal, a la que habría que proponerle ciertos correctivos en la medida en que la idea de subsidiariedad del principio de justicia universal plantea verdaderas dificultades.

y plantea dificultades -en mi opinión- porque conceder carácter subsidiario al aludido principio supone ubicarlo en una situación de subordinación respecto a los restantes principios de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana, posición subordinada que además no se condice con el texto expreso del artículo 2 del Código Penal peruano. Más apropiada en este contexto es la noción de complementariedad del principio de justicia universal. La aplicación extraterritorial de la ley penal funciona como un sistema de engranajes en el que los diversos principios tienen el mismo nivel de importancia, teniendo por función atemperar el principio de territorialidad de la ley penal(39).

3. El conocido mayoritariamente como principio de justicia universal, en sus orígenes tuvo fundamento de corte iusnaturalista. Es que existen delitos que por

(36) Esta cuestión adquirió singular interés en nuestra doctrina a partir del debate sobre la posibilidad de admitir instantáneamente los postulados de la Convención Interamericana contra la Corrupción en cuanto al concepto de funcionario público; al respecto REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Comentarios a la Legislación Anticorrupción.

Jurista Editores. Lima, 2002. Págs. 76 y 78; a favor de un concepto anticipado de funcionario público conforme a la Convención Interamericana contra la Corrupción, principalmente REAÑO PESCHIERA, José Leandro.

"Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos". En: Revista Jurídica del Perú, N° 28. Normas Legales. Trujillo, 2001. Págs. 116 y 118.

(37) AMBOS, Kai. Op. Cil. Pág. 139.

(38) HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 206.

(39) De allí que MANTOVANI afirme certeramente que el Estado moderno acepta el principio de territorialidad temperada, al respecto MANTOVANI, Ferrando. Op. Cil. Pág. 439.

su naturaleza y origen en el Derecho natural afectan sentimientos que son comunes a toda sociedad, por lo que su prosecución es de interés de la humanidad en pleno(40) .

Este principio, denominado de muy variadas formas: "principio de justicia universal", "principio de universalidad", "principio de justicia universal", etc., ha adquirido en nuestros días una gran importancia a propósito del interés mundial por develar los sucesos relacionados con violaciones a los derechos humanos, agrupados en los denominados delitos de lesa humanidad.

No obstante a que históricamente las más importantes expresiones del principio de justicia universal se pueden encontrar en las etapas posteriores a la Segunda Guerra Mundial que desencadenaron en la creación de tribunales penales internacionales ad hoc, en la instauración de los ya paradigmáticos procesos de Nuremberg, Tokio y, más recientemente, para la antigua Yugoslavia, para Ruanda(41) y la creación de la Corte Penal Internacional(42), en épocas más recientes han suscitado gran atención los diversos intentos de castigar las violaciones de derechos humanos producidas por los regímenes dictatoriales de Chile y Argentina(43), cuyos presuntos autores vienen siendo reclamados por la justicia penal española, justamente valiéndose del contenido esencial de *weltrechtsprinzip* o principio de justicia universal(44).

(40) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 184.

(41) Sobre los mismos, BONETTO, Luis María. "Corte Penal internacional". En: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lascano (h), Carlos JuOo (director). Lerner. Córdoba, 2001.

Págs. 686 y 689; NOVAK TALAVERA, Fabián. "Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: La posibilidad de juzgar individuos en el Derecho Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Págs. 19 y sgtes.; sobre el proceso de Nuremberg en concreto, LABATUT GLENA, Gustavo. "Derecho Penal". Tomo 1. 9ª edición actualizada por Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile.

Santiago de Chile, 1990. Págs. 64 y sgte.

(42) Sobre la Corte Penal Internacional, CUERDA RIEZU, Antonio y RUIZ COLOMÉ, María Ángeles. "Observaciones sobre el estatuto del Tribunal Penal Internacional". En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López. Cerezo Mir et al. (editores). Comares. Granada, 1999. Págs. 121 y sgtes.; JESCHECK, Hans-Heinrich. "El Tribunal Penal Internacional". Traducción de Mafía José Pifarré de Moner, en Revista Penal. N° 8. La Ley. Madrid, 2001. Págs. 53 y sgtes.; NOVAK TALAVERA, Fabián. Op. Cil. Págs. 52 y sgtes.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis. "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal internacional". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. N° 3. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 2001. Págs. 34 y sgtes.; SAN MARTÍN CASTRO, César. "Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional".

En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. Págs. 108 Y 113.

(43) Hay que reconocer sin embargo que las violaciones a los derechos humanos son imputables a todos los regímenes dictatoriales de la región (Bolivia, Paraguay, Perú, etc.), no obstante destacan por su excesiva crueldad y mayor proporción, los casos de Argentina y Chile.

(44) Crítica mente parece mostrarse el profesor madrileño Manuel JAÉN VALLEJO quien expresa sus dudas respecto a la utilización indiscriminada del principio de justicia universal y propone en cambio que la defensa universal de los derechos humanos se efectivice a través del Tribunal Penal Internacional; al respecto, JAÉN VALLEJO, Manuel. "La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2001. Págs. 17 y sgte.

Conviene -según estimo- hacer algunas referencias al "Caso Pinochet" por las cercanas vinculaciones e implicancias que el mismo tiene para el principio penal que ahora nos ocupa.

Al dictador chileno Augusto Pinochet se le hace responsable de las innumerables violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno militar que tuvo a su cargo de 1973 a 1990, consecuencia de una política estatal de violación a los derechos humanos.

La existencia de una política estatal de violación a los derechos humanos durante el régimen del dictador Augusto Pinochet queda ciertamente evidenciada desde el 11 de septiembre de 1973, día en que el dictador chileno bombardeó el Palacio de la Moneda y provocó la muerte del entonces Presidente constitucional Salvador Allende.

Otro dato que abona a favor de la afirmación de que durante el régimen dictatorial de Augusto Pinochet existía una política estatal de violación a los derechos humanos, es que de las cinco mil reclamaciones de amparo (Habeas Corpus) formuladas ante la justicia chilena, solo cincuenta fueron acogidas y solo una de esas cincuenta -la del ex canciller chileno Orlando Letelier y su secretaria Ronnie Moffit, asesinados en Washington por orden de régimen de facto; y debido a las presiones ejercidas por el gobierno de los Estados Unidos de América- fue excluida de la Ley de Amnistía (Decreto Ley 2191) (45),

Frente a esta inocultable realidad y la existencia de un sistema de "impunidad" (46) enquistado en los referidos países latinoamericanos (47), es que la Unión Progresista de Fiscales (España) presentó el cuatro de julio de 1996 un recurso ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional de España denunciando a Augusto Pinochet Ugarte, la Junta Militar chilena y todos quienes resulten responsables por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, cometidos en agravio de ciudadanos españoles y todas las víctimas sin distinción de nacionalidad y lugar de residencia.

(45) GONZÁLEZ-VERA DE SORIA, Laura. Prólogo de "Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet". Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 16.

(46) Sobre la noción de impunidad, en especial referencia a las formas normativas de impunidad, AMBOS, Kai. "Impunidad y Derecho Penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina". Traducción de Marcela Anzola Gil. 1ª edición. Diké. Medellín, 1997. Págs. 29 y sgtes.

(47) Conviene recordar que ha sido práctica usual en nuestras naciones recurrir a leyes de "impunidad directa"; La Ley de Amnistía Chilena de 1978, la Ley de Punto Final y Obediencia Debida (Argentina), la Ley de Amnistía de 1995 (Perú); véase LÓPEZ GARRIDO, Diego. "La impunidad nacional de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en Chile y Argentina". En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet.

Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Págs. 58 y sgte.; REYNA ALFARO, Luis Miguel. Op. Cit. Pág. 30, SANCINETTI, Marcelo. "Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial". Lerner. Buenos Aires, 1998. Págs. 4 y sgtes y 61 y sgtes.

El juez de la Audiencia Nacional Española, Baltasar Garzón, dio trámite al proceso, al que se le acumuló el proceso instaurado -en virtud de un pedido similar planteado por la mencionada Unión Progresista de Fiscales- contra los miembros de la Junta Militar argentina, pues existían evidencias de relación en los actos violatorios a los derechos humanos producidos en Chile y Argentina, e incluso otros países de Latinoamérica, a través del denominado "Plan Cóndor".

En el marco de dicho proceso judicial es que el juez Garzón solicita a las respectivas autoridades británicas se proceda a detener provisionalmente a ex dictador chileno (14 de octubre de 1998), siendo efectivamente detenido en Londres (16 de octubre de 1998). La detención del ex dictador provocó en toda Europa una senda de denuncias contra Augusto Pinochet Ugarte, tanto por nacionales de cada país como ciudadanos chilenos exiliados(48).

No obstante, luego de un largo proceso de extradición solicitado por el gobierno español, y más por razones políticas(49), la Home Office Secretary del Reino Unido optó por suspender el procedimiento de extradición instaurado contra el ex dictador Augusto Pinochet Ugarte, utilizando como argumento que el ex dictador chileno no se encontraba físicamente apto para enfrentar un proceso de extradición como el que se le seguía, ni seguir un proceso en el Reino Unido. Por fortuna, subsiste la esperanza de lograr la punición de los delitos de lesa humanidad cometidos por el dictador Pinochet en virtud de la causa instaurada -actualmente en trámite- por el juez Guzmán Tapia en Chile.

Hay que tener presente que aunque el principio de justicia universal es de naturaleza material, en la medida en que sirve para determinar la posibilidad de aplicación de la ley penal nacional en el extranjero, se relaciona cercanamente con una noción de naturaleza formal: la jurisdicción, también conocida como potestad jurisdiccional y que tiene su origen en el principio de separación de poderes(50).

Es que la jurisdicción, entendida como "la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y las cortes, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el ca~o

(48) AMBOS, Kai. "El caso Pinochet y el Derecho aplicable". Traducción de Enrique Anarte Borrallo. En: Revista Penal. W 4. Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 3; existe una versión algo más actual y extensa en Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 10. Lima, 2001. Págs. 407 y sgte. (la cita se hará conforme a la publicación peruana).

(49) BERGALLI, Roberto. "Principio de justicia universal y modernidad jurídica: papel de la jurisdicción penal". En: Jueces para la Democracia. N° 42. Madrid, 2001. Pág. 29.

(50) HEYDE, Wolfgang et al. "Capítulo XV: La Jurisdicción". En: Manual de Derecho Constitucional. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 720.

concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado"(51), al igual que el propio Derecho Penal, constituye también una manifestación de la soberanía estatal(52).

La jurisdicción, o potestad jurisdiccional, debe tener como uno de sus presupuestos intrínsecos la aplicabilidad de la ley penal nacional. En tal virtud resulta claro que no será posible recurrir válidamente a la jurisdicción de un Estado en donde no sea aplicable al caso concreto la ley penal nacional.

Esta precedente afirmación se relaciona con el, casi unánime, entendimiento de que el Derecho Procesal Penal es una disciplina destinada a concretar, a materializar, a realizar, los objetivos del Derecho Penal material(53). Ambos, a su vez, se engarzan vislumbrando la orientación político-criminal del Estado que les sirve -parafraseando a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES- de "manto común"(54).

Derecho Penal material y Derecho Penal formal, entonces, reproducen la orientación político-criminal del Estado(55).

(51) MONTERO AROCA, Juan et al. "Capítulo 1: La Jurisdicción". En: Derecho Jurisdiccional. Parte General. Tomo 1.

1.ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 40; MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano". Enmarce. Lima, 1999. Pág. 49.

(52) En este sentido, ASECIO MELLADO, José María. "Introducción al Derecho procesal". Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Págs. 45 y sgte.; HEYDE, Wolfgang. Op. Cit. Pág. 720; MONTERO AROCA, Juan et al. "Capítulo 1: La jurisdicción". En: Derecho jurisdiccional. Parte General. Pág. 40; MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano". Pág. 49; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Instituciones de Derecho Procesal Penal". Akal/lure. Madrid, 1999. Pág. 143; ORJÍ:PUARDIA, Arsenio. "Manual de Derecho Procesal penal". 2.ª edición. Alternativas. Lima, 1999. Pág. 148; SÁN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen 1. Reimpresión de la 1.ª edición. Grijlé-a 1999. Pág. 91.

(53) ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25.ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág. 1; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2000. Pág. 48; FLETCHER, George. "Conceptos básicos de Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág. 19, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 47; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Ediciones Jurídicas.

Lima, 1998. Pág. 131; JAÉN VALLEJO, Manuel. "Justicia penal contemporánea". 1.ª edición. Portocarrero. Lima, 2002. Pág. 67; JAÉN VALLEJO. "La Justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad". Pág. 57; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. "Aspectos para una reforma del Derecho procesal penal español". En: Revista Canaria de Ciencias Penales. N.º 4. Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal comparado. Canarias, 1997. Págs. 118 y 120; SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit. Págs. 7 y 9; GARCÍA RADA, Domingo. "Manual de Derecho Procesal Penal". 8.ª edición. Eddili. Lima, 1984. Pág. 9.

(54) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. Cit. Pág. 119; a favor de considerar al Derecho Penal y Procesal Penal como manifestaciones de la política criminal; además, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit.

Pág. 116; BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993. Págs. 38 y sgtes; BOVINO. Alberto. "La participación de la víctima en el procedimiento penal". En: Victimología Y Victimodogmática: Una aproximación al estudio de la víctima Derecho Penal. Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador). Ara Editores. Lima, 2003. Pág. 586 (existe edición argentina: "Derecho, Proceso Penal y victimología".

Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador). Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. Págs. 409 y sgtes. La cita es conforme a la edición peruana).

(55) JESHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. Pág. 24.

4. Conviene en este acápite hacer algunas breves precisiones respecto a la incidencia que la creación de la Corte Penal Internacional puede propiciar dentro del Derecho interno.

Si partimos de la idea de que el objetivo del artículo 2.5 del Código Penal es lograr que la ley penal peruana sea de aplicación extraterritorial respecto a delitos creados a partir de obligaciones de criminalización de Derecho Internacional asumidas por el Estado peruano y la misma idea se relaciona con el hecho que el Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 27517 (13 de septiembre de 2001), ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con lo que esta adquiere carácter normativo nacional, tendremos en un futuro(56) inevitables -y quizás irremediables- colisiones entre ambos (Código Penal- Estatuto de la Corte Penal Internacional).

En ello resulta emblemática la referencia hecha por Günther JAKOBS en relación, por ejemplo, con los problemas que en el ámbito de la punibilidad temporal y espacial puede provocar un Tribunal Penal Internacional a partir del principio de legalidad, problemas que se constatan -refiere el catedrático alemán- con solo tirar un hilo de la madeja de problemas(57).

DOCTRINA

AMBOS, Kai et al. "Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina". En: Revista Penal. W 10. La Ley. Madrid, 2002. AMBOS, Kai. "Impunidad y Derecho Penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, 'Bolivia, Perú, Chile y Argentina". Traducción de Marcela Anzola Gil. 1 ~ edición. Diké, Medellín, 1997.

AMBOS, Kai. "El caso Pinochet y el Derecho aplicable". Traducción de Enrique Anarte Borralló. En: Revista Penal. W 4. Praxis. Barcelona, 1999; y en Revista peruana de Ciencias Penales. W 10. Lima, 2001. ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal.

Parte General". Traducción de la 8~ edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Temis. Bogotá, 1988. ASENCIO MELLADO, José María. "Introducción al Derecho Procesal". Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2~ edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Praxis. Barcelona, 1996.

(56) Y se plantea como un problema a futuro porque en virtud de lo señalado en el artículo 126 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la entrada en vigencia del mismo se producirá "el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión".

(57) JAKOBS, Günther. "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente". Traducción de Teresa Manso Porto. En: Revista peruana de Ciencias Penales, N° 12. Idemsa, Lima, 2002. Págs, 319 y sgte.

BERGALLI, Roberto. "Principio de justicia universal y modernidad jurídica: Papel de la jurisdicción penal". En: Jueces para la Democracia. W 42. Madrid, 2001. BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993. BONETTO Luis María. "Corte Penal Internacional". En: Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Carlos Julio Lascano (director). Lerner. Córdoba, 2001. BOVINO, Alberto. "La participación de la víctima en el procedimiento penal". En: Victimología y Victimodogmática: Una aproximación al estudio de la víctima en Derecho Penal. Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador). Ara Editores. Lima, 2003; y en Derecho, proceso penal y victimología. Luis Miguel Reyna Alfaro (coordinador). Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003. BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". Lima, 1950. BRAMONT ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1966. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". 4ª edición. San Marcos. Lima, 1998. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI PIJOÁN, Elena. "Victimología: Presente y Futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)". PPU. Barcelona, 1993. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y VALENZUELA BEJAS, Manuel. "Derecho Penal Latinoamericano comparado. Parte General". Tomo 1. Depalma. Buenos Aires, 1981. COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. "Delitos contra el orden público (V). Delitos de Terrorismo". En: Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial). Manuel Cobo del Rosal (director). Marcial Pons. Madrid, 2000. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3ª edición. Dykinson. Madrid, 2002. CUERDA RIEZU, Antonio y RUIZ COLOMÉ, María Ángeles. "Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal internacional". En: El nuevo Código penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López. Cerezo Mir et al. (editores). Comares. Granada, 1999. CHIRINOS SOTO, Enrique. "La nueva Constitución al alcance de todos". 4ª edición actualizada. Afa Editores. Lima, 1986. CHIRINOS SOTO, Francisco. "Comentarios al nuevo Código Penal del Perú". Tomo 1. Lima, 1993. DEL POZO PÉREZ, Marta. "La extradición: La más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos". En: Hacia un Derecho Penal sin fronteras. María Rosario Diego Díaz-Santos y Cristina Sánchez López (coordinadoras). Colex. Madrid, 2000. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Tipicidad e Imputación Objetiva". Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Volumen 1. 3ª reimpresión de la 2ª edición. Temis. Bogotá, 1998. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "La Extradición". En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. FLETCHER, George. "Conceptos básicos de Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2000. GARCÍA RADA, Domingo. "Manual de Derecho Procesal Penal". 8ª edición. Eddili. Lima, 1984. GONZÁLEZ-VERA DE SORIA, Laura. Prólogo de "Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet". Mercedes

García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. HEYDE, Wolfgang et al. "Capítulo XV: La Jurisdicción". En: Manual de Derecho Constitucional. Traducción de Antonio López Pina. Marcial Pons. Madrid, 1996. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Reimpresión de la 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. JAÉN VALLEJO, Manuel. "La justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2001. JAEN VALLEJO, Manuel. "Justicia penal contemporánea". 1ª edición. Portocarrero. Lima, 2002. JAKOBS, Günther. "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente". Traducción de Teresa Manso Porto. En: Revista peruana de Ciencias Penales.

Nº 12.

Idemsa. Lima, 2002. JESCHECK, Hans- Heinrich. "El Tribunal penal internacional". Traducción de María José Pifarré de Moner. En: Revista Penal. Nº 8. La Ley. Madrid, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. LABATUT GLENA, Gustavo. "Derecho Penal". Tomo 1. 9ª edición actualizada por Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Instituciones de Derecho procesal penal". Akal. Madrid, 1999.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. "La impunidad nacional de los delitos de Genocidio, Terrorismo y Tortura cometidos en Chile y Argentina". En: Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coordinadores). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Reimpresión de la 1ª edición. Universitas. Madrid, 1999.

MANTOVANI, Ferrando. "principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002. MAZUELOS COELLO, Julio. "Sistema de Justicia Penal y Asistencia Judicial internacional". En: Control Social y Dogmática Penal. Sociedad y Delito. San Marcos. Lima, 1995. MAZUELOS COELLO, Julio. "Extradición activa: requisitos, recaudos y trámite. Aplicación del D.S. W 044-93-JUS". En: Control Social y Dogmática Penal. Sociedad y Delito. San Marcos.

Lima, 1995. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos.

Lima, 2003. MONTERO AROCA, Juan et al. "Capítulo 1: La jurisdicción". En: Derecho Jurisdiccional. Parte General. Tomo 1. 1ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano". Enmarce.

Lima, 1999. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte Especial". 12ª edición.

Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. NOVAK TALAVERA, Fabián. "Antecedentes históricos del Estatuto de Roma: La posibilidad de juzgar individuos en el Derecho Internacional".

En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú.

Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. ORE GUARDIA, Arsenio. "Manual de Derecho procesal penal". 2ª edición. Alternativas. Lima, 1999. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal.

Estudio Programático de la Parte General". 1ª reimpresión actualizada de la 3ª edición.

Editorial Grijley. Lima, 1999. PEÑA CABRERA, Raúl, en colaboración con ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y DE LA CRUZ GAMARRA, Víctor. "Terrorismo y Ley penal". Afa Editores. Lima, 1990. PRATS CANUT, José Miguel. "De los delitos de terrorismo". En:

Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Gonzalo Quintero Olivares (director). 2ª edición. Aranzadi. Pamplona, 1999. QUINTERO OLIVAR ES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, J. Miguel. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. "Algunos aspectos dogmáticos de los delitos de corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos". En: Revista Jurídica del Perú, W 28. Normas Legales. Trujillo, 2001. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Parte Especial". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Comentarios a la Legislación Anticorrupción". Jurista. Lima, 20e2.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis. "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal internacional". En: Revista Brasileira de Ciencias Criminales. W 3. Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 2001. ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En: Dogmática Penal y Política Criminal. Traducción de Abanto Vásquez. Idemsa. Lima, 1998. ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. SANCINETTI, Marcelo. "Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial". Lerner. Buenos Aires, 1998. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. "Aspectos para una reforma del Derecho procesal penal español". En: Revista Canaria de Ciencias Penales. N° 4. Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal comparado. Canarias, 1997. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Los principios de legalidad penal y complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón (coordinadora). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. SAN MARTÍN CASTRO, César.

"Derecho procesal penal". Volumen 1. Reimpresión de la 1ª edición. Grijley. Lima, 1999. URQUIZO OLAECHEA, José. "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 12. Idemsa. Lima, 2002. VALLE RIESTRA, Javier. "La Extradición, principios legislativos y jurisprudencia". Ata Editores. Lima, 1989. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Ediciones Jurídicas. Lima, 1998.

PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN

La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero.

CONCORDANCIAS:

C. arto 37
C.J.M. arto 538
LEY N° 24710 (27/06/187)
D.S. N° 044-93-JU5 (14/12/93)

Comentario

Luis Miguel Reyna Alfaro

Este artículo detalla otra posibilidad de aplicación territorial de la ley penal peruana. Este principio, como destacan diversos autores (BACIGALUPO ZAPATER, JAKOBS, JESCHECK y WEIGEND, MAURACH y ZIPF, VILLA STEIN) es de carácter subsidiario(1) o supletorio(2) en la medida en que se articula únicamente cuando solicitada la extradición del agente por parte de un Estado extranjero, esta no sea admitida y no se le realice la entrega a la autoridad competente del Estado extranjero.

En cuanto a su fundamento, no obstante las discrepancias existentes en doctrina, se puede considerar como dominante la posición teórica que ubica como su fundamento la solidaridad entre los Estados(3). En el Derecho peruano esta posición se encuentra corroborada a partir de la exigencia de que "solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero".

A través de este principio se pretende salvar además las posibles lagunas que pudieran existir en el Derecho Penal y evitar de ese modo la posible impunidad

(1) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. Pág.

184; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Pág. 147; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Boill Geinzch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo Donna. Astrea. Buenos Aires. Pág. 186.

(2) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 141; JESCHECK, HansHeinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. Pág. 182.

(3) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cil. Pág. 184; MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. Pág. 106; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 147.

de hechos delictivos. Su presencia -conforme postula CUELLO CONTRERAS- puede servir adicionalmente para afianzar la cooperación entre los países en pos de una justicia universal(4).

Ahora bien, cabe destacar que -aunque como sostienen JESCHECK y WEIGEND- la intervención del juez nacional tiene como objetivo, en cierto modo, suplir al juez extranjero, quien no puede intervenir por no habersele entregado el agente mediante extradición, ello de ningún modo supone que sea la ley extranjera la que se aplique(5), será siempre la ley penal peruana la que se aplique, aunque evidentemente será necesario que existe cierta identidad normativa entre la ley penal extranjera y la ley penal peruana.

DOCTRINA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 21 edición, Hammurabi. Buenos Aires, 1999. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 31 edición, Dykinson. Madrid, 2002. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1997. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 71 edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo Donna. Astrea. Buenos Aires. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General", San Marcos. Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

"La extradición se solicita por vía diplomática, por el gobierno del Estado donde la acusación o condena haya tenido lugar; pero es inadmisble la extradición si no se acompaña juntamente con la solicitud la documentación que señala el artículo 18 de la Ley 24710".

(Ejecutoria Suprema 22103192. Exp. 03-92. Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada", Pág. 60).

(4) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3ª edición. Dykinson. Madrid, 2002. Pág. 271.

(5) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit. Pág. 182.

"Habiéndose procedido conforme a lo norma do por los artículos 16, 17 Y 35 de la Ley 24710 y en aplicación del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, ya lo dispuesto por el artículo 36 de la ley acotada, es procedente amparar el pedido de extradición".
(Ejecutoria Suprema 04/03/98. Exp. 04-97. Lima).

"Habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en la Ley 24710 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 044-93-JUS, invocando el principio de reciprocidad y con la facultad conferida por el inciso quinto del artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara procedente la extradición solicitada".

(Ejecutoria Suprema 18/03/98. Exp. 09-97. Lima).

"El extraditatus reconoce los hechos materia de la presente solicitud de extradición. El país solicitante ha cumplido con formalizar su petición, la misma que reúne los requisitos legales pertinentes; fundamentos por los cuales en aplicación del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, ya lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 24710, y estando a lo norma do por el inciso quinto del artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declararon procedente el pedido de extradición formulado por la República de Argentina contra el ciudadano peruano en la instrucción que se le sigue por el delito de tenencia simple de estupefacientes".
(Ejecutoria Suprema 09/09/98. Exp. 4778-97. Lima).

"Al existir implicancia entre una Ejecutoria que declara la procedencia de la extradición con otra que declaró prescrita la acción penal respecto del extraditatus, frente a este aparente conflicto de resoluciones, prima la que más favorece al reo; siendo por lo mismo inejecutable la que declare la procedencia de la extradición".

(Ejecutoria Suprema 06/07/98. Exp. 3-84. Lima).

"No existiendo tratado de extradición celebrado, debe observarse el principio de reciprocidad a que hace referencia el artículo 37 de la Constitución Política del Estado, así como las normas contenidas en la ley peruana de extradición; que, en el caso de autos, si bien se ha solicitado la extradición, también es evidente que la misma ha sido petitionada de manera irregular, no habiéndose cumplido con los requisitos establecidos en la Ley número veinticuatro mil setecientos diez, ni acompañado los actuados sustentatorios del hecho inculcado y menos las pruebas de la participación del reclamado; en consecuencia, la extradición solicitada resulta improcedente".
(Ejecutoria Suprema 26712/97. Exp. 05-97. Lima).

"En la legislación nacional los procedimientos en materia de extradición se rigen por la Ley número veinticuatro mil setecientos diez, referidos al comportamiento judicial gubernamental en materia de extradición pasiva; que de la revisión del presente proceso se advierte que el pedido formal de extradición se ha producido después de haberse vencido con exceso el término señalado en el artículo veinte de la citada Ley, por lo tanto no se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el artículo treinticinco de la citada, el cual es un requisito esencial para la admisión de la solicitud de extradición".
(Ejecutoria Suprema 25/09/98. Exp. 7055-97-03.
Lima).

"Que, si bien es cierto de los recaudos acompañados se han cumplido con los requisitos señalados en el artículo diecisiete de la ley 24710, lo que amerita amparar la solicitud de extradición, también lo es que el indicado extraditatus se encuentra incurso en un proceso penal por el mismo delito en el Perú, sufriendo detención; que, ante ello, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo noveno de la Ley aludida, que preceptúa que la extradición puede ser aplazada cuando el extraditado estuviere procesado o cumpliendo una pena, caso en que la entrega solo se hará luego de cumplido el proceso o extinguida la pena".

(Ejecutoria Suprema 15/08/96. Exp. 07-96).

"Encontrándose la encausada debidamente identificada, así como sancionados los hechos tanto en el artículo 297 del Código Penal venezolano como en los artículos 2 y 4 del Decreto Ley 25475 del Perú, y no obstante no existir tratados de extradición entre los gobiernos de Perú y Venezuela, la solicitud de extradición se halla regulada por el Convenio Multilateral de Extradición derivado de la Convención sobre Derecho Internacional Privado - Código Bustamante, resultando procedente la extradición solicitada por la Sala Corporativa Nacional para delitos de terrorismo, al cumplirse los requisitos formales exigibles al respecto".

(Ejecutoria Suprema 25/03/98. Exp. 02-98. Lima).

"La extradición como institución de Derecho Internacional que tiene como fuentes los tratados y el principio de reciprocidad internacional, determina los delitos que dan lugar a ella, según el criterio adoptado en el tratado aplicable, ya sea el de duración de la pena junto con la llamada 'doble incriminación' o 'el sistema de listas' que estipulan los delitos que ameritan extradición, recurriéndose excepcionalmente al 'principio de la reciprocidad internacional' en el caso que no existiera tratado aplicable entre el país requiriente y el país requerido o cuando exista un tratado aplicable, este contempla un listado enunciativo y no taxativo de los delitos que ameritan extradición", (Ejecutoria Suprema 30/04/98. Exp. 01-98. Lima).

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD

Las disposiciones contenidas en el artículo 29, incisos 2, 3, 4 Y 5, no se aplican:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;
2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y, 3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

CONCORDANCIAS:

C.E.P. arto VII
C. arts. 139.13
C.P. art47
C. DE P.P. art.8
LEY N° 24710 (27/06187)
D. S. N~044-93-JUS (14/12/93)

Comentario

Luis Miguel Reyna Alfaro

El artículo 4 del Código Penal establece una serie de excepciones de aplicación de los incisos 2 a 5 (principios de protección de intereses y de personalidad) del artículo 2 del Código Penal referido a las causales de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana.

En el primer supuesto se plantea la imposibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal peruana por haberse extinguido la acción penal en el Perú o en el Estado competente territorialmente.

Si la acción penal se ha extinguido conforme a la legislación peruana (artículos 78(1) y 79 del Código Penal: muerte, prescripción, amnistía, cosa juzgada, desistimiento, transacción y por sentencia civil ejecutoriada) carece de todo sentido que

(1) Según modificatoria operada mediante Ley N° 26993.

se invoque la aplicación extraterritorial de la ley peruana, pues en el caso de considerarse ello posible, sería absolutamente fútil tal declaración pues a partir justamente de esa aplicación extraterritorial debería procederse inmediatamente a declararse extinguida la acción penal por el hecho cometido en el extranjero.

Si, por el contrario, la acción penal se ha extinguido conforme a la legislación extranjera territorialmente aplicable, sería también absurdo pretender aplicar la ley penal peruana. Uno de los principios jurídicos propios de la extradición - instrumento a través del cual se efectivizará la posibilidad de aplicar extraterritorialmente la ley penal peruana- exige la vigencia de la acción penal o de la pena; en consecuencia, si la acción penal según la ley extranjera ha extinguido, no será posible obtener la extradición del agente, y cualquier intento de materializar la extraterritorialidad de la ley penal peruana sería pueril en el caso concreto.

El segundo supuesto planteado por el artículo 4 del Código Penal limita cualquier posibilidad de invocar la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana frente a delitos políticos o hechos conexos con ellos. Nuevamente vemos que son cuestiones pragmáticas relacionadas con la operatividad de la extradición las que condicionan la extraterritorialidad de la ley penal.

Si la extradición es improcedente respecto a los denominados delitos políticos, no tiene mayor sentido invocar la ley penal peruana si esta no podrá ser aplicada mediante la referida institución.

El artículo 4 del Código Penal, prevé una tercera causal de inaplicabilidad de las circunstancias de aplicación extraterritorial de los incisos 2 a 5 del artículo 2 del Código Penal que opera cuando "el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida", que se relaciona también con otro principio jurídico de la extradición vinculado a la imposibilidad de extraditar a quien haya sido absuelto o haya cumplido su condena, pues ello supondría una violación al principio non bis in idem que tiene reconocimiento supranacional y nacional (artículo 139.13 constitucional).

Finalmente, la parte final del articulado posibilita la renovación del proceso penal, por delito respecto del cual cabe aplicar la ley penal nacional, siempre que el agente no haya cumplido totalmente la pena impuesta en el extranjero. La pena cumplida en territorio extranjero será computada, lo que quiere decir que se cumplirá solo lo que reste de la misma.

El legislador nacional al utilizar la expresión "pena", sin duda comprende, en el ámbito de aplicación del precepto en comento, tanto a las penas privativas de libertad temporales, como a las penas pecuniarias, las penas restrictivas de libertad y las penas limitativas de derecho.

Distinta en cambio se plantea la cuestión si nos referimos a las penas privativas de libertad de duración indeterminada (cadena perpetua). Es que si partimos

de la idea de que uno de los principios de la extradición -instrumento a través del cual deberá siempre operarse la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana en casos como este- es el de "conmutación de la pena de muerte o las consistentes en penas degradantes", tendremos la imposibilidad de plantear la extraterritorialidad de la ley peruana respecto a conductas sancionadas en nuestra legislación con cadena perpetua, pues a pesar de la declaración de constitucionalidad hecha por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Tineo Silva (Exp. 01 0-2002-AlfTC), a nuestro entender subsiste en la pena de cadena perpetua un elemento deteriorante y degradante de la condición del ser humano que la incapacita para ser objeto de extradición.

DOCTRINA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2~ edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3~ edición. Dykinson. Madrid, 2002. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1997. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002. MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 7~ edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, supervisada por Edgardo Donna. Astrea. Buenos Aires. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. "Código Penal exegético". San Marcos. Lima, 2003. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998.

LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO: PRINCIPIO DE UBICUIDAD

El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arls. 326, 327, 329, 330, 331 C. arlo 54 C.P. arls. 1, 2, 4 C. DE P.P. arls. 6, 19

Comentario

Luis Miguel Reyna Alfaro

1. El artículo cinco del Código Penal reconoce normativamente lo que la doctrina denomina "teoría de la ubicuidad" (ubiquitatstheorie) que aparece como un intento de dar solución a los problemas que plantean aquellos delitos en los que la acción u omisión punible se ejecuta en un lugar (territorio nacional - territorio extranjero) y el resultado desvalioso o sus efectos se producen en lugar distinto (inversamente)(1), conocidos comúnmente en doctrina como delitos a distancia.

La aparición de un dispositivo como el contenido en el artículo 5 del Código Penal, (reconocido por el legislador penal de 1991 en su exposición de motivos), constituye una de las novedades más relevantes de la Parte General de nuestro texto penal. Su presencia tiene importantes repercusiones en la práctica en la medida en que la determinación del lugar en que se cometió el delito permite determinar el ámbito de aplicación espacial de la ley penal, a la par que incide en el ámbito del procedimiento penal.

2. La teoría de la ubicuidad, conocida también como teoría mixta o ecléctica, formulada por BINDING, aparece como una solución frente a las insuficiencias que mostraban principalmente la teoría de la actividad, teoría de la acción o teoría de la residencia propuesta por FRANK y la teoría del resultado de Franz VON LIZST.

(1) VILLAVICENCIO TERREROS. Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima. 2001. Pág. 50.

La teoría de la actividad o teoría de la acción responde a una concepción subjetiva del delito(2) y plantea como lugar de comisión del delito aquel en donde se dio inicio a la ejecución de la conducta típica, que era también -por lo general- el lugar de residencia del agente, de allí que se le denominase también como teoría de la residencia. Esto quería decir que si la conducta se realizaba en un país y su resultado se materializaba en otro, el lugar de comisión del delito era aquel en donde se producía la actividad y era -por regla general- la ley penal de dicho país la que debía aplicarse.

Por otra parte, la teoría del resultado es reconocida, por ejemplo, por el conocido Código Bustamante de Derecho Internacional Privado (artículo 302) y responde a un entendimiento objetivista del delito(3). Según sus planteamientos, se considera como lugar de comisión del hecho punible donde se produce el resultado penalmente reprochable, sin importar el lugar en donde se realizó la acción en sentido general- típica.

Entre las principales objeciones que se planteaban contra la teoría del resultado -fundamentalmente por los defensores de la teoría de la actividad o teoría de la acción- se pueden mencionar las diversas insuficiencias que esta teoría tenía para solucionar el caso de los denominados delitos de pura actividad, pues la referencia al resultado no permitía, en Derecho Penal, una solución de carácter general aplicable a esta tipología delictiva. Otro de los cuestionamientos que realizaba contra la teoría del resultado es que planteaba problemas en los casos en que durante el momento de realizarse la acción el sujeto aparecía como inimputable, pero que al momento de producirse el resultado ya era imputable. Igualmente se le cuestionaba los problemas que producía en sede de aplicación temporal de la ley penal, en la medida en que entre el momento que se produjo la actividad y el momento en que se produjo el resultado podían producirse cambios legislativos(4).

Debe recordarse que en su momento se propugnaron diversas teorías destinadas a resolver el problema de determinación del lugar de comisión del delito:

teoría de la intención, teoría del efecto intermedio o del efecto más próximo, teoría de la acción a distancia, etc.(5). Sin embargo, por estar privados del más mínimo sustento carecieron de mayor eco en la doctrina.

Las insuficiencias presentadas tanto por la teoría de la actividad o teoría de la acción como por la teoría del resultado - que resultaron ser en su momento las

(2) MANTOVANI, Ferrando. "Principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002. Pág. 441.

(3) Ibíd.

(4) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. Págs.177 y sgte.

(5) Sobre las mismas, véase BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". Lima, 1950. Págs. 146 y 148.

teorías dominantes- impidieron que alguna de ellas tuviese el apoyo dominante de la doctrina; por el contrario, fue la teoría de la ubicuidad, desarrollada inicialmente por BINDING, la que terminó imponiéndose y ha sido la que mayor reconocimiento ha obtenido legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente.

A modo ejemplificativo citamos su reconocimiento en los códigos penales de Alemania (artículo 9 StGB: "1. Un hecho será cometido en todo lugar en el que el autor haya actuado o, en los casos de comisión por omisión, en el que hubiese debido actuar o en el que se produzca el resultado del tipo o que debía producirse conforme a la representación mental del autor. 11. La participación será realizada tanto en el lugar en que se cometa el hecho como en todo lugar en que haya actuado el partícipe o, en los casos de comisión por omisión, en el que hubiera debido actuar o en el que, de acuerdo a sus planes, debía cometerse el hecho. El Derecho Penal alemán regirá para el partícipe que aún siendo extranjero haya actuado en el territorio alemán, aunque el hecho no sea penalizado por el Derecho del lugar de la comisión"(6)), Italia(7), Colombia (artículo 14 del Código Penal: "La conducta punible se considera realizada: 1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción. 2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida. 3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado"), Ecuador (artículo 5 del Código Penal: "...La infracción se entiende cometida en el territorio del Estado cuando los efectos de la acción u omisión que la constituyen deban producirse en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción..."), Paraguay (artículo 11 del Código Penal: "1 Q El hecho se tendrá por realizado en todos los lugares en los que el autor o el partícipe haya ejecutado la acción o, en caso de omisión, hubiera debido ejecutarla; o en los que se haya producido el resultado previsto en la ley o en los que hubiera debido producirse conforme a la representación del autor. 22 Se considera que el partícipe ha realizado el hecho también en el lugar donde lo hubiera realizado el autor. 3° La ley paraguaya será aplicable al partícipe de un hecho realizado en el extranjero, cuando este haya actuado en el territorio nacional, aun si el hecho careciera de sanción penal según el derecho vigente en el lugar en que fue realizado"), etc.

En otros países el reconocimiento ha sido a nivel jurisprudencia!. Ocurre así por ejemplo- en España, en donde ante la ausencia de una regulación legal que permita establecer a nivel normativo el lugar de comisión del delito(8), los tribunales han debido dar solución a esta problemática en sede jurisprudencial (por ejemplo la STS del 13 de noviembre de 1992).

(6) Conforme a la traducción contenida en "CÓDIGO PENAL ALEMÁN STGB. CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN STPO". Emilio Eiranova Encinas (coordinador). Marcial Pons. Madrid, 2000. Págs. 23 y sgte.

(7) MANTOVANI, Ferrando. Op. Cil. Pág. 441.

(8) Críticamente, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cil. Pág. 180; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3ª edición. Dykinson. Madrid, 2002. Pág. 275.

El fundamento teórico de la teoría de la ubicuidad tiene que ver con el entendimiento -desde la perspectiva típica- de la acción y el resultado como un todo, como unidad indisoluble en la que la acción y el resultados no pueden ser disgregados ni aisladamente considerados.

DOCTRINA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Delito y Punibilidad". 2ª edición. Hammurabi. Buenos Aires, 1999. BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica".

Lima, 1950. CÓDIGO PENAL ALEMÁN STGB. CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN STPO. Emilio Eiranova Encinas (coordinador). Marcial Pons. Madrid, 2000. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". 3ª edición. Dykinson.

Madrid, 2002. MANTOVANI, Ferrando. "Principi di Diritto Penale". Cedam. Milán, 2002.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

"El principio de ubicuidad establece como lugar de comisión de un delito aquel en el cual se producen sus efectos".

(Ejecutoria Suprema 18/03/99. Exp. 4124-98. Callao.

"Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 31).

CAPÍTULO II

APLICACIÓN TEMPORAL

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL VIGENTE - RETROACTIVIDAD FAVORABLE DE LA LEY PENAL

La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

CONCORDANCIAS:

C.A.O.H.	art.9
C.E.P.	arto VIII
C.	arts. 103 párrafo 2, 109, 139. 11
C.J.M.	arts. 742, 743
C.P.	arts. 7, 8
D.V.O.H.	art.11.2
P.I.O.C.P.	arto 15.1
C.A. O. H.	art.9

Comentario

Luis Alberto Bramont-Arias Torres

I. Introducción

En relación con la validez temporal de la ley penal se han desarrollado diversos principios: el principio fundamental de la irretroactividad de la ley penal; excepciones del principio fundamental: retroactividad de la ley mas favorable; y excepciones a la retroactividad de la ley mas favorable: ultractividad de las leyes penales temporales y excepcionales.

II . Principio de irretroactividad de la ley penal El principio de irretroactividad de la ley penal constituye uno de los pilares fundamentales del principio de determinabilidad de la ley penal, y por ello del principio fundamental de garantía del Derecho Penal: el principio de legalidad. Conforme al principio de irretroactividad, al hecho se aplica la ley que rige al tiempo de su comisión - tempus regit actum-. Desde que es puesta en vigor, cumplidos los actos de sanción, promulgación y publicación y vencido el plazo para su entrada en vigencia, la ley penal pasa a regir todos los actos que caen dentro de su dominio y así prosigue hasta que deja de existir, por su derogación o

abrogación. Entre esos dos límites, su entrada en vigor y su extinción, se extiende su validez en el tiempo. No alcanza los hechos que le son anteriores o posteriores: no retrotrae ni tiene ultractividad. De esta suerte, las leyes se suceden, dentro del orden jurídico del Estado, sin colisión en los límites temporales de su vigencia.

El principio de la irretroactividad de la ley penal aparece consignado constitucionalmente en el artículo 103 Y legislativamente en el artículo 6 CP. Conforme a este principio, en el Perú, en materia penal (delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, Derecho Penal complementario y, por extensión, también el Derecho Administrativo sancionador o punitivo), "la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible" (*tempus regit actum*), puesto que en ese momento debió obrar la intimidación disuasora sobre la voluntad. En esta misma línea, ROXIN señala que, de no respetarse este principio, se puede caer en la tentación por parte del legislador de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. El hecho de impedir que se produzcan leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de derecho(1).

Se debe entender por comisión del hecho punible aquel en el cual el autor o partícipe realizó su conducta activa u omisiva dolosa o culposa expresamente prevista en la ley penal-artículo 11 CP-, sin tener mayor importancia el momento en que se produce el resultado para efectos de determinar la ley penal aplicable.

En el caso de delitos permanentes, el tiempo de la comisión del hecho punible será la ley vigente al momento en que cesó la permanencia; por ejemplo, en un secuestro, donde se priva de libertad a una persona, cometido estando vigente una ley, pero manteniéndose dicho estado durante un año, lapso en el cual se modificó la ley, estableciéndose otra sanción, la ley penal aplicable en este caso es la vigente cuando el sujeto recupera su libertad. Esto está en concordancia con lo que señala el artículo 82 CP en referencia a la prescripción de la acción penal, en donde se establece que esta comienza a correr desde el momento del cese de la permanencia(2).

Por tanto, el principio de irretroactividad establece que no se aplica la ley anterior ni la posterior, sino la concomitante con la ejecución del hecho punible; y si la ley penal tiene que estar vigente en el momento de la comisión, significa

(1) ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 2ª edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. Pág.161; en el mismo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. Sª edición. Granada, 2002. Pág. 147.

que tuvo que ser expedida y publicada con anterioridad (artículos del 107 al 109 de la Constitución).

III. Fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal

El principio de irretroactividad de la ley penal tiene un doble fundamento: penal y constitucional.

El fundamento penal consiste en que la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles, imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena, esto es, quiere motivar al autor y esto solo se consigue con una ley preexistente a la decisión del autor⁽³⁾. Esta función de prevención general del Derecho Penal está recogida en el artículo I del Título Preliminar del Código Penal, por lo que no se podrá atribuir a una persona responsabilidad penal si, cuando realizó su conducta, la ley no la definía como delito.

El fundamento constitucional reside en que la seguridad jurídica y, por lo tanto, la libertad, requieren la posibilidad de conocer las acciones prohibidas y las acciones permitidas y esto solo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción⁽⁴⁾.

IV. Excepción al principio de irretroactividad de la ley penal

1. Retroactividad de la ley penal

El principio de la irretroactividad de la Ley penal sufre una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo, o sea, el principio de la retroactividad de la ley más favorable al reo, inscrito en el artículo 103 de la Constitución y en la segunda y tercera partes del artículo 6 que comentamos.

El establecer la retroactividad de la ley más favorable, según lo cual se aplica la ley posterior cuando es más benigna que aquella vigente al tiempo de la comi-

(2) En este mismo sentido, ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 162.

(3) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2002. Págs. 136 y sgte, señalan al respecto que la exigencia que el Derecho Penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social. Tal sustitución de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como sucesión de leyes penales. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de Morales Prats y Prats Canul. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 160.

(4) BACIGALUPO, Enrique. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis-Ilanud. Bogotá. 1984. Pág. 57; URQUIZO OLAECHEA, José. "El principio de legalidad". Horizonte. Lima, 2000. Pág. 48.

sión del hecho, nos lleva a que el juez en el momento de emitir su resolución -sentencia o auto- se encuentre ante un conflicto de leyes penales en el tiempo, existente entre la ley vigente en el momento de la comisión del hecho punible y la ley vigente en el momento de su aplicación judicial; en estos casos debe aplicar esta última si es más favorable. El fundamento de esta disposición de rango constitucional es que si político-criminalmente resulta que para el legislador la conducta delictiva ya no es merecedora de una sanción tan elevada, no tendría sentido castigar a una persona tan drásticamente(5).

El principio de la retroactividad de la ley más favorable encuentra su excepción en el principio de la ultractividad de las leyes temporales y excepcionales. Leyes temporales son aquellas que, a causa de circunstancias especiales, son dictadas expresamente para regir por un lapso determinado, por lo que rigen para los hechos cometidos durante su vigencia aun vencido el plazo para el cual fueron dictadas. La doctrina discute si igual principio es aplicable a las leyes excepcionales o extraordinarias, que, si bien han entrado en vigor en razón de circunstancias especiales, no han prefijado en su texto el tiempo de su vigencia.

En referencia a la ley penal intermedia -aquella que no estaba vigente en el momento de la comisión del hecho punible ni tampoco en el momento de la aplicación judicial- también es aplicable, si es más favorable, sobre la base del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. En este tema hay unidad de criterio entre la doctrina, incluso se establece que si la ley penal intermedia no sanciona el ilícito penal, entonces el sujeto debe quedar exento de pena.

El principio de retroactividad de la ley más favorable incluso se aplica en la fase de ejecución de la sanción -esto es, cuando incluso ya existe una sentencia firme y luego se modifica el dispositivo legal-. Este tema en doctrina es discutido, pero en nuestro ordenamiento jurídico está expresamente previsto en el artículo 6 segundo párrafo al indicarse: "Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley".

2. Retroactividad en materia procesal

Uno de los problemas de interpretación reside en saber si esta disposición del Código Penal referente a la tipificación del hecho punible, a la amenaza de la pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito, también se refiere a las reglas de tipo procesal, ya que justamente respecto de ellas la tendencia es aplicarla in actum. Así, por ejemplo, MAURACH(6) señala que

(5) Así también, ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 166 y sgte.; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN. Op Cil. Pág. 139.

(6) MAURACH, Reinhart "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Córdoba Roda. Tomo 1. Ariel. Barcelona, 1962. Pág. 6.

"la prohibición de retroactividad rige exclusivamente para las normas que determinan las consecuencias jurídico penales de un hecho, esto es: para el Derecho Penal material. La prohibición de retroactividad no afecta a las normas que regulan el proceso, el propio proceso penal o la ejecución. Para estos preceptos -sin perjuicio de las disposiciones transitorias promulgadas por el legislador- no rige el derecho vigente al tiempo de cometerse el hecho, sino el de la época del enjuiciamiento o de la ejecución"(7).

Pero también existen opiniones contrarias. Así, por ejemplo, para BUSTOS RAMÍREZ(8) "la irretroactividad en relación con el hecho delictivo cometido (no solo respecto a los actos anteriores del proceso) debe regir plenamente, conforme al precepto constitucional, respecto a las leyes procesales penales; solo aquellas que se refieren al mero transcurso formal del proceso y a la organización de los tribunales, que de por sí en general no restringirán derechos individuales, seguirán rigiéndose por el principio *tempus regit actum*, en el sentido procesal estricto"(9).

Esta solución parece la más adecuada, pues por principio no parece posible hacer una separación entre normas materiales y formales, ya que ambas están indisolublemente unidas por el sentido de la pena y sus fines. No se trata, pues, de dos estratos diferentes, sino más bien de dos aspectos de una misma realidad, dentro de la cual las normas formales sirven para la realización o efectividad de las normas materiales. Por otra parte, si se considera la finalidad de la prohibición de retroactividad, ella también alcanza evidentemente a las normas formales, puesto que de lo que se trata es de impedir la arbitrariedad estatal.

Reconocemos, como principio general, que las nuevas formas de enjuiciamiento deben aplicarse retroactivamente; pero cuando la nueva ley procesal contiene disposiciones que influyan en la penalidad o en la defensa del imputado, y que son para el acusado menos ventajosas que las de la ley precedente, no se les podrá reconocer efecto retroactivo, porque no es posible someter al acusado a condiciones más graves que las previstas por la ley vigente en el momento en que el delito se perpetró(10).

El Código Penal nada dice sobre el problema, al igual que el anterior de 1924. Pero el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, elaborado por la Comisión Revisora instituida por Ley NQ 25281, dice: "La ley procesal penal es

(7) En el mismo sentido, ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 164 y sgte.; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. Op.

Cil. Pág. 149.

(8) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel, 3ª edición. Barcelona, 1989. Pág. 385.

(9) En este mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Temis. 3ª edición. Bogotá, 1997. Págs. 147-149; CASTILLO ALVA, José Luis. "La aplicación favorable de la Ley en materia penal". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123, Febrero 2004. Págs. 28-31.

(10) JÍMENEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Lazada. Tomo 11. 2ª edición. Buenos Aires, 1950. Pág.

675; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Págs. 141-143.

orden público y se aplica en el territorio nacional desde su vigencia, inclusive para lo que resta del proceso por un delito cometido con anterioridad y cuya sentencia no ha quedado firme, siempre que se trate de disposiciones mas favorables al imputado. Las disposiciones que restringen la libertad del imputado, limiten el ejercicio de sus facultades o de un poder conferido a los sujetos procesales, serán interpretadas restrictivamente. En caso de duda sobre la responsabilidad penal la ley aplicable, debe estarse a lo más favorable al reo". O sea, el Proyecto estima preferible una aplicación discriminatoria de la regla de la retroactividad de las leyes procesales: distinguir entre los casos en los que debe o no aplicarse inmediatamente la ley procesal. Como anota HURTADO POZO(11), la retroactividad de las leyes procesales "no es de admitirla en los casos en que comporte una agravación de la situación del procesado, quien no es necesariamente el delincuente".

3. Retroactividad en materia penitenciaria

La responsabilidad penal acarrea una sanción penal, luego de la cual se entra a la fase de ejecución de la pena. En dicha fase, el condenado puede acogerse a una serie de beneficios penitenciarios(12) que establece el Código de Ejecución Penal -Decreto Legislativo W 654- y el reglamento del referido código.

El tema es determinar si en materia penitenciaria se aplica el principio de la ley más favorable, o si este principio es solo aplicable al Derecho Penal sustantivo. En la doctrina nacional se han dado los dos planteamientos.

La doctrina mayoritaria(13J, con la que coincidimos, considera que se debe aplicar la disposición más favorable en materia penitenciaria. Si bien, dentro de esta postura existen a su vez dos posiciones respecto a establecer a partir de qué momento se toman en cuentas las leyes penitenciarias, con el fin de precisar cuál es la más favorable. Por un lado, se sostiene que debe tomarse en cuenta el momento de la comisión del delito, y de otro lado, la solicitud del interno del beneficio penitenciario. Consideramos más adecuado el primer momento, por razones básicamente del respeto al principio de legalidad, fines preventivos y de seguridad

(11) HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. Pág. 300.

(12) Los beneficios penitenciarios que se contemplan son: permiso de salida, visita íntima, redención de pena por el trabajo y estudio, semi libertad y libertad condicional. Un punto que se discute al respecto es si estamos ante un beneficio o un derecho que tiene todo interno. A nuestro entender, si el interno cumple con todos los requisitos que le establecen las disposiciones legales para la obtención del beneficio, tendría el derecho que le otorguen el mismo.

(13) En este sentido, véanse los artículos publicados en Actualidad Jurídica, publicación mensual de Gaceta Jurídica. Tomo 123, Febrero 2004, de VALLE-RIESTRA, Javier. "Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias". Págs. 9-13; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Págs. 23-33; NAKASAKI SERVIGÓN, César. "Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semi libertad". Págs. 35-44;

CARO CaRIA, Carlos. "Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado". Págs. 45-56.

jurídica que cumplen las normas penitenciarias, dado que en dicho momento la persona sabe cuáles son las reglas de juego.

El sostener la segunda posición podría llevar, en algunos casos, a arbitrariedad estatal, puesto que pueden cambiar las reglas antes de que concluya el proceso penal con el fin de perjudicar a determinadas personas.

A. La Constitución en el artículo 103 hace referencia a que en la materia penal siempre hay que estar a la ley más favorable. La materia penal comprende no solo la parte sustantiva, sino también la procesal y la penitenciaria. Lo que está en consonancia con el dictamen que expidió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el caso 11.688. Perú, en los considerandos 46 y 47.

En la misma línea, el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, señala que la retroactividad y la interpretación de la ley penitenciaria se resuelve en lo más favorable al interno.

B. El fin preventivo que tienen las leyes penitenciarias, lo que está recogido en el artículo I del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, en concordancia con el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, donde se establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En esta línea, no es admisible que después de que el sujeto cometiera el delito, bajo determinadas reglas (no solo sustantivas y penitenciarias), se le cambien las disposiciones legales, lo que llevaría a posibles arbitrariedades estatales; así, por ejemplo, sucedería si el Estado, por razones políticas, quisiera sancionar más drásticamente a una persona, por lo que en pleno proceso judicial le modifica las normas penitenciarias.

La posición contraria, es decir, que en materia penitenciaria no se aplica el principio de la ley penitenciaria más favorable, gira en torno básicamente a que la Constitución en su artículo 103 solo se refiere al derecho sustantivo y no penitenciario(14) .

4. Problemas de la retroactividad de la ley más favorable

Diversos son los problemas de la retroactividad de la ley más favorable al reo: el fundamento y determinación de la favorabilidad; la ley intermedia; y la jex tertía.

A. Fundamento y determinación de la favorabilidad

El principio de la necesidad de la pena, vinculado al principio del bien jurídico y de la dignidad de la persona (los límites materiales del Derecho Penal subjetivo), sirve de fundamento al principio de la ley más favorable, dado que carece de

(14) En este sentido, con otros argumentos adicionales, MEINI MÉNDEZ, Iván. "Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Febrero 2004. Págs. 15-21.

sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delito o cuando la gravedad de las penas es desproporcionada; y también porque la irretroactividad de la ley penal más severa solo se propone, como todo derecho constitucional, proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se le beneficie con una situación legal más favorable.

En cuanto a la determinación de la ley más favorable, consideramos como ley más favorable aquella cuya aplicación, en el caso concreto, produce para el reo un efecto más benigno. A este respecto, es preciso tener en cuenta, no solo la parte de la ley que contiene la sanción, sino también la parte que contiene la conducta típica y, por lo tanto, los elementos constitutivos de cada una de las figuras criminales, así como las condiciones a que está subordinada la punibilidad del hecho, la procedibilidad, las circunstancias, las causas de exclusión y de extinción del delito y de la pena, etc.

El tratamiento dado por este precepto alcanza a los procesados y a los condenados en los casos relacionados en segundo y tercer lugar, es decir, en aquellos en los que la ley penal, posterior al hecho punible, se aplica en la sentencia, en cuanto fuere más favorable que la ley derogada, lo que supone que el cambio legislativo se haya producido antes de la condena; o bien cuando se legisla sobre el efecto que la nueva ley tiene respecto de los hechos ya juzgados, que somete a su imperio, limitando la condena ya pronunciada. El precepto constituye un acierto al extender el beneficio de la nueva ley, mediante su retroactividad, a los procesados y a los condenados indistintamente, consagrando una excepción respecto a los condenados sobre la soberanía de la cosa juzgada. La ley que de cualquier modo es más favorable es retroactiva para beneficiar al reo en cualquier fase del proceso o de la ejecución de la pena⁽¹⁵⁾.

B. La ley penal intermedia

Si entre las leyes que se suceden, surge una intermedia más favorable que no estuvo vigente en el momento en que se cometió el hecho ni tampoco en el momento de la resolución del juzgador -auto o sentencia-, esa ley intermedia, si es más benévola debe ser aplicada, pues abroga a la primera y se impone por su favorabilidad a la tercera.

C. La lex tertia

La lex tertia se plantea en los casos en que la ley más favorable resulte de la combinación o mezcla de disposiciones de diferentes leyes, como lo sería de la existente al momento de la comisión del hecho y de una posterior.

(15) Vease al respecto, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cil. Págs. 160-164; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1996. Págs.186 y sgte.

La opinión dominante sostiene que, una vez que se ha determinado cuál es la ley más favorable, esta debe aplicarse en su totalidad, sin tener en cuenta ningún elemento de la otra ley, porque si no se procede así, se aplicará no la

ley más favorable entre la anterior y la posterior, sino una tercera ley, que será una mezcla de la una y de la otra, lo que no le está permitido, pues la combinación de dos sistemas legislativos es inadmisibles⁽¹⁶⁾,

No obstante, no faltan quienes piensan de manera diversa. Se afirma que el juez que hace combinaciones de leyes, obedece al principio constitucional inscrito en el artículo 103 de la Constitución y juega con elementos previstos por la propia ley. Si se le permite, en aplicación del mandato constitucional, escoger entre dos leyes la que es más favorable, es inexplicable que no se le admita que las combine para cumplir de esta manera con la Constitución. Si puede escoger el "todo" para favorecer al reo, podrá también tomar parte de ese todo para combinar con la parte del otro todo, en obediencia al mandato constitucional. En este sentido, existen reiterados fallos de la Corte Suprema de la República.

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis-Ilanud. Bogotá, 1984. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel, 3ª edición. Barcelona, 1989. CARO CaRiA, Carlos. "Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Febrero 2004. CASTILLO ALVA, José Luis. "La aplicación favorable de la ley en materia penal". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123, Febrero 2004. Pág. 2831. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Eddili. Lima, 1987. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. 5ª edición. Granada, 2002. JÍMENEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Lazada. Tomo 11. 2ª edición. Buenos Aires, 1950. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1996. MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Córdoba Roda. Tomo 1. Ariel. Barcelona, 1962. MEINI MÉNDEZ, Iván. "Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Febrero 2004. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2002. NAKASAKI SERVIGÓN, César. "Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semilibertad". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Febrero 2004. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de Morales Prats y Prats Canuto 2da edición.

(16) En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit. Pág. 144; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. Págs. 164 y sgte., quien señala que el admitir la combinación de leyes es ir contra el principio de legalidad, es aplicar una ley que nunca ha existido como tal y que el intérprete compone tomando lo que le parece mejor de cada ley en presencia, pues la competencia para crear leyes penales no pertenece al juez.

Aranzadi. Navarra, 2000. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 2da edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. URQUIZO OLAECHEA, José. "El principio de legalidad". Horizonte S.A. Lima, 2000. VALLE-RIESTRA, Javier. "Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias". En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Febrero 2004. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Temis. 3ra edición. Bogotá, 1997.

JURISPRUDENCIA

"No corresponde integrar la sentencia recurrida con un dispositivo legal que no estaba vigente al momento que ocurrieron los hechos imputados, y que excluía a los acusados de los beneficios penitenciarios".
(Ejecutoria Suprema 15/10/02. Exp. 35-2000. Lima. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Que, conforme lo dispone el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 6, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, se aplicará la más favorable al reo".

(Ejecutoria Suprema 02/09/02. Sala Penal Permanente. Exp. 3136-2001. Huancavelica. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Que, conforme a lo preceptuado por el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 6 del Código Penal, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, se aplicará lo más favorable al reo, por lo que en el caso submateria de autos debe tenerse en cuenta el artículo 171 del Código Penal vigente por ser el más favorable, a efectos de prescripción de la acción".

(Ejecutoria Suprema 07/01/03. Sala Penal Permanente. Exp. 404-2002. Cajamarca. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Que el nuevo ordenamiento penal, al contemplar las figuras delictivas de violación a la libertad sexual no ha comprendido entre sus normas el pago de la dote a que se contraía el artículo 204 del anterior Código Penal, por lo que en atención al principio de retroactividad benigna de la ley penal, debe declararse la insubsistencia de este extremo".
(Ejecutoria Suprema 13/07/92. Exp. 751-92-A. Lima. Págs. 211-212).

"El delito de extorsión que se le imputa al encausado se encontraba previsto en el artículo 249 del CP de 1924, con penas alternativas de penitenciería no mayor de 6 años o prisión no menor de 1 ni mayor de seis. Esta norma es la aplicable al caso por ser más favorable, en atención al principio de

retroactividad benigna consagrado en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo sexto del Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 27/01/99. Exp. 4361-98. Lima.
Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 270).

"Encontrándonos frente a un concurso real de delitos debe imponerse en el presente caso la pena que corresponde al delito de robo agravado, por ser el más grave; ilícito que al momento de los hechos se hallaba regulado con una penalidad que oscilaba entre los 5 y 15 años de pena privativa de libertad; no obstante ello el Colegiado ha impuesto una pena por encima del máximo fijado, la que corresponde a una ulterior modificación del tipo legal, habiéndose aplicado retroactivamente una ley penal más grave".
(Ejecutoria Suprema 19/09/97. Exp. 3348-97. Cajamarca).

"Que el inciso primero del artículo 297 del Código Penal establecía como una de las agravantes que el hecho haya sido cometido por dos o más personas o que el agente integre una organización destinada al tráfico ilícito de drogas, también lo es que, al promulgarse la Ley NQ 26223 publicada el 21 de agosto del año en curso, esta ha modificado el numeral referido, y en ninguno de los incisos que contiene ha contemplado dicha circunstancia como agravante; que el artículo 6 del Código Penal vigente señala que en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales se aplicará lo más favorable al reo; que siendo esto así, el hecho imputado a los acusados se encuentra previsto en el artículo 296 del Código sustantivo aludido".

(Ejecutoria Suprema 29/09/93. Exp. 1297-93. Arequipa).

"En caso de conflicto de la ley penal en el tiempo, se aplicará la ley posterior si es más benigna que la ley vigente al momento de la comisión del evento, en virtud del principio de retroactividad benigna".

(Ejecutoria Suprema 17/10/1995. Exp. 306-92-A. Callao. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 63).

"La retroactividad de la ley nace como finalidad delius puniendi para la aplicación de la ley más benigna, a mérito de ello se estará a lo más favorable al reo".

(Ejecutoria Suprema 19/01/82. Exp. 962-81. San Martín. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada". Pág. 63).

"A pesar de que el delito se ha cometido durante la vigencia de una norma penal, es de aplicación retroactiva otra posterior que resulta más favorable al inculpado, respecto al monto de la pena".

(Sentencia 20/10/97.3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2638-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 63).

"Si bien en cuanto a la aplicación de la ley en materia penal es posible la retroactividad favorable, inspirada no solo en razones humanitarias sino también en el principio de necesidad de la pena, debe tenerse en cuenta que esta solo es posible cuando existe un conflicto temporal entre dos leyes que reclaman su aplicación a un mismo hecho, de allí que deben valorarse los marcos penales que se comparan, así como las circunstancias y condiciones". (Ejecutoria Suprema 20/08/99. Exp. 2522-99. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 63).

"Si bien los delitos imputados de ejercicio ilegal de abogacía y contra la administración de justicia fueron cometidos en los años 1987 y 1988, les resulta aplicables a los acusados la normatividad del actual Código Penal, de conformidad con el artículo 6 del Código acotado y de acuerdo al principio de combinación".

(Ejecutoria Suprema 21/01/98. Exp. 1178-97. La Libertad).

"Para la determinación de la ley más favorable se debe realizar una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho, esto es, debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de la comisión del hecho, con la que resultaría como consecuencia de la reforma que, en esta comparación, debe tomarse en cuenta las penas principales y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general)".

(Ejecutoria Suprema 10/06/98. Exp. 1697-98. lea.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 63).

"El artículo sexto del Código Penal permite la aplicación del principio de combinación de leyes tomando la más favorable de las leyes aplicables al caso".

(Ejecutoria Suprema 20/01/98. Exp. 6459-97. lea).

"Haciendo una interpretación integrativa de los artículos 119 inciso 5 y 121 última parte del Código Penal de 1924, se debe combinar el aspecto favorable de la ley vigente al momento en que se cometieron los hechos con el aspecto favorable de la ley que se promulga con posterioridad".

(Ejecutoria Suprema 26104199. Exp. 4882-98. Ancash. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 63-64).

"Habiendo ocurrido los hechos delictivos en 1981, resulta aplicable al presente caso de homicidio simple el artículo 119 del Código Penal de 1924 que fijaba en 10 años el tiempo para que opere la prescripción, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del artículo 83 del Código Penal vigente, desde la realización del evento delictivo a la actualidad ha transcurrido el plazo previsto para que opere la prescripción".

(Ejecutoria Suprema 18/09/97. Exp. 4117-97. Puno).

"En cuanto a las penas accesorias que lleva consigo el delito de tráfico ilícito de drogas, se deben aplicar las previstas en el artículo 297 del Código Penal, por ser más benignas que las contempladas por los artículos 61 ó 61-A del D.L. NQ 22095, en atención a lo normado por el artículo sexto del nuevo Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 18/12/91. Exp. 369-91. Huánuco. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 64).

"El delito de usurpación previsto en el artículo 257 del Código Penal derogado fue sancionado con prisión no mayor de dos años; que el delito de usurpación es de carácter instantáneo con efectos permanentes, por lo que el término de prescripción se computa a partir de la fecha de comisión del ilícito penal; y teniendo en cuenta que estos ocurrieron entre enero y el cinco de marzo de 1991, en aplicación del principio de combinación de leyes, preceptuado en el artículo sexto del Código Penal y la garantía de administración de justicia contemplada en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, respecto a la aplicación de lo más favorable al reo, el término de prescripción aplicable al caso es al que se refiere el artículo 83 del Código Penal vigente".

(Ejecutoria Suprema 09/12/94. Exp. 3218-93-8. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 64).

"Debe tomarse en cuenta para el caso materia de autos la norma vigente al momento de ocurridos los hechos por ser más favorable para los acusados que la normativa penal actual, en atención a lo preceptuado por el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 6 del Código Penal. Asimismo, es de aplicación el inciso 4 del artículo 119 del Código Penal de 1924 que fijaba en 5 años el tiempo requerido por la Ley para que opere la extinción de la acción penal por prescripción".

(Ejecutoria Suprema 21/01/98. Exp. 1915-96. Ancash).

"Del análisis comparativo entre las normas de prescripción reguladas por el Código Penal derogado vigente a la fecha de los hechos con el que actualmente nos rige, aplicable al delito de receptación imputado al acusado, resulta que la prescripción de la acción penal para los delitos merecedores de pena de prisión se halla establecida en cinco años, mientras que en el actual Código Penal se resume en la fórmula del máximo de pena incrementado en una mitad; estando a que la pena del delito de receptación según el Código derogado era no mayor de dos años, mientras que en el actual es no mayor de tres años; en virtud de los principios de combinación de leyes y favorabilidad

consagrados en el artículo 6 del Código Penal, el plazo ordinario de prescripción es de dos años, al que debe adicionársele la mitad de la pena, por cuya razón el término requerido por la leyes de tres años".

(Ejecutoria Suprema 05/04/94. Exp. 3437-93. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 64-65).

"Por la fecha en que se cometió el delito son aplicables al caso las disposiciones del Código Penal de mil novecientos veinticuatro y también las disposiciones del actual Código Penal, en virtud del principio de combinación de leyes penales que consagra el artículo sexto de este último":

(Ejecutoria Suprema 09/12/94. Exp. 520-93-8. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 65).

"En la determinación de la ley penal más benigna no está permitido tomar de cada una de las leyes concurrentes lo que parece más favorable al reo. Solo debe aplicarse una de las leyes concurrentes en su conjunto". .

(Ejecutoria Suprema 04/11/85. Exp. 729-85. Cusco.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 65).

"Si bien este supremo tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al artículo sexto del Código Penal vigente; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es del caso precisar que dicho principio no se puede aplicar irrestrictamente, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su denaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro sistema constitucional".

(Ejecutoria Suprema 20/11/98. Exp. 2476-98. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 65).

"En la concesión de beneficios penitenciarios, el juzgador debe observar también lo dispuesto en el artículo sexto del Código Penal: la ley penal aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales".

(Resolución 28/08/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Exp. 223-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 65).

"La concesión de beneficios penitenciarios no está excluida de los efectos de irretroactividad de la ley penal posterior ni resulta desfavorable al sentenciado".

(Resolución Superior 28/08/98. ,g Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Exp. 196-98.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 65).

"En aplicación de los principios de norma más favorable y de ultractividad de la ley penal, procede otorgar el beneficio penitenciario solicitado, al haberse cometido el delito en un momento en el cual estaba permitido otorgarse dicho beneficio, a pesar de que posteriormente una ley lo prohibió".

(Resolución Superior 28/08/98. ,g Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Exp. 2635-980-1701.JPE. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 66).

"Es procedente la excepción de naturaleza de acción si entre la fecha de comisión de un delito y la de una emisión de sentencia aparece una norma que no comprende la modalidad por la cual se está instruyendo, pues resulta atípica la conducta del reo".

(Ejecutoria Suprema 10/10/93. Exp. 319-93. Loreto).

"En el caso de autos se tiene que se ha sentenciado a la acusada por delito contra los derechos intelectuales, derechos de autor y conexos, con pena privativa de libertad y con pena de multa, pese a que al momento de cometerse, el delito estaba conminado únicamente con pena privativa de libertad, habiéndose introducido dicha pena pecuniaria por una modificación posterior; que siendo esto así, la pena de multa es inaplicable, siendo el caso declarar la nulidad en este extremo de la sentencia".

(Resolución Superior 25/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.3336-98).

"Al haber ocurrido los hechos en 1989 es de aplicación por ser más favorable el Código Penal de 1924, toda vez que la acción penal prescribe a los cinco años para los delitos que merezcan prisión o en todo caso cuando la duración del plazo ordinario sobrepasa en una mitad, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal abrogado, y habiendo transcurrido con exceso el plazo de prescripción, la acción penal se ha extinguido".

(Ejecutoria Suprema 28/05/98. Exp. 1228-98. Lima).

"Teniendo en cuenta que el delito que se imputa al acusado se encontraba sancionado con penitenciaría no mayor de 15 años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 223 - inciso 3 del Código Penal de 1924 vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, y que resulta más benigno en relación con la legislación vigente; es del caso modificarle la pena impuesta, aumentándola de 12 a 15 años de pena privativa de libertad".

(Ejecutoria Suprema 21/11/97. Exp. 4369-97. Lima)

"En caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, para el cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal, se aplica la más favorable al reo".

(Ejecutoria Suprema. Exp. 1237-92. Lima. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 120).

"El cómputo del plazo prescriptorio se realizará en atención a la ley que favorezca al agente en aplicación del artículo 6 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema. Exp. 2013-93. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 120).

"En caso de existir conflicto de leyes penales, la norma que favorece al reo es la que resulta aplicable, aunque el hecho se hubiere perpetrado durante la vigencia de una norma más severa".

(Exp. 209-95. Ucayali. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 120).

"A pesar de que el delito se ha cometido durante la vigencia de una norma penal, es de aplicación retroactiva otra posterior que resulta más favorable al inculcado respecto al monto de la pena".

(Exp. 2638-97. Lima).

"En aplicación de la retroactividad benigna, al haberse convertido el delito de daños en falta contra el patrimonio, en razón al monto de los daños, debe considerarse el plazo de esta última para la prescripción de la acción penal".

(Exp. 11-97. Ancash. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 121).

"En el presente caso el delito imputado a los acusados ocurrió en 1971, encontrándose previsto en el artículo 150 del Código Penal de 1924 con pena de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de veinte años; que siendo esto así, es de aplicación al caso materia de autos la primera norma legal invocada por ser más favorable al reo en atención al principio de ultractividad benigna".

(Ejecutoria Suprema 17/08/98. Exp. 1207-97. La Libertad).

"Conforme al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con el numeral sexto del Código Penal, en caso de conflicto de leyes en el tiempo, se aplicará lo más favorable al reo. Es de aplicación la norma más favorable al reo, en atención al principio de ultraactividad benigna".

(Ejecutoria Suprema 28/01/99. Exp. 1793-98. Huánuco. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo ,. Pág. 272).

"De acuerdo al principio de retroactividad benigna de la ley, resulta de aplicación a los hechos imputados la normatividad pertinente del actual y vigente Código Penal, a los efectos de prescripción de la acción penal; habiendo a la fecha transcurrido el término ordinario de prescripción para el delito instruido".

(Resolución Superior 07/09/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3453-98).

"En los delitos que merezcan penas alternativas regidas por el Código Penal abrogado, y existiendo acusación fiscal con solicitud de pena de prisión, debe aplicarse esta pena para los efectos prescriptivos de la acción penal, si comparativamente con el Código Penal vigente resulta más favorable al procesado".

(Resolución Superior 27/05/98. Exp. 7881-97).

"Los hechos delictivos ocurrieron el 14 de setiembre de 1991, es decir durante la vigencia del texto original del artículo 297 del Código Penal que sancionaba como forma agravada de tráfico ilícito de drogas la intervención de dos o más personas. Habiéndose eliminado posteriormente dicha agravante, por Ley NQ 26223 de fecha 21 de agosto de 1993, quedó subsumido el hecho dentro de los alcances del artículo 296, hasta la promulgación de la Ley NQ 26619 del 9 de junio de 1996 que restituyó la referida agravante cuando hay intervención de tres o más personas. Ante tal situación, conforme a lo dispuesto por el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 6 del Código Penal, debe de aplicarse la ley más favorable al reo en caso de conflicto de leyes, debiendo en el presente caso sancionarse el ilícito penal investigado de acuerdo al artículo 296 del Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 15/04/98. Exp. 8743-97. Lima).

"Estando acreditada la responsabilidad penal de la acusada, en esta actividad ilícita, así como su condición de consumidora de drogas, esta última circunstancia no le libera de culpabilidad, salvo que la adición la convierta en inimputable, que no es el caso, como se advierte de la pericia psiquiátrica".
(Ejecutoria Suprema 04103/98. Exp. 177-98. La Libertad).

"Habiendo ocurrido el delito contra la fe pública en el mes de enero de 1987, encontrándose previsto en el artículo 364 del Código Penal de 1924 vigente a la realización de los hechos y sancionando con penas alternativas de prisión o penitenciaría; estando que, a las condiciones personales, a la forma y circunstancias de comisión de evento delictivo le hubiera correspondido al procesado la pena de prisión, la acción penal se halla prescrita en aplicación del artículo 119, inciso 4, y parte final del artículo 121 del Código Penal de 1924 y en atención a lo dispuesto por el artículo sexto del actual y vigente Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 22/10/96. Exp. 2025-95-8. Arequipa).

"En virtud de lo dispuesto por el artículo 6 del Código Penal vigente, la acción penal contra el procesado por delito de tráfico ilícito de drogas ha prescrito, al resultar aplicables, por más benignas, la legislación penal anterior, es decir el artículo 57-C del Decreto Ley NQ 22095 sin la modificatoria ulterior, y los artículos 119 (inciso tercero) y 121 (último párrafo) del Código Penal de 1924 vigentes a la fecha en que ocurrieron los hechos".
(Ejecutoria Suprema 15/10/96. Exp. 1608-95-8. Lambayeque).

"Habiendo transcurrido hasta la fecha más de 16 años desde la ocurrencia del hecho investigado acontecido el 17 de febrero de 1982, siendo aplicables

tanto el Decreto Ley NQ 22095 (artículo 558) como el Código Penal de 1924 que establecía (en su artículo 119 inc. 3) diez años de término ordinario de prescripción más su mitad en caso de interrupción del término prescriptorio para los delitos que merecían penitenciaría; en consecuencia ha prescrito la pretensión punitiva del Estado".

(Ejecutoria Suprema 01/10/98. Exp. 7657-97. Puno).

"Al tener los procesados, a la fecha de comisión de los hechos ilícitos, menos de 21 años, les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 148 del Código Penal de 1924 que disminuía a la mitad los términos máximos de prescripción; así como no les es aplicable la prescripción agravada regulada en el segundo párrafo del artículo 119 del mismo código, por cuanto ello no ha sido contemplado en el Código Penal vigente".

(Ejecutoria Suprema 28/05/98. Exp. 148-97. Junín).

"Que en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 del Código Penal, resulta más benigna la legislación anterior, esto es, el artículo 57, inciso c), del Decreto Ley NQ 22095, vigente cuando ocurrieron los hechos, sin la modificación introducida por el Decreto Legislativo NQ 122, ya que el actual Código Penal prevé este ilícito en el inciso 6 del artículo 297, por tratarse del empleo de menores de edad en la comisión de los hechos criminosos. Que, siendo esto así, la prescripción de la acción penal ha operado, de acuerdo a los artículos 119 inciso 3 y 121 último párrafo del Código Penal abrogado, el 25 de mayo de 1996, al transcurrir los 15 años requeridos para tal fin".

(Ejecutoria Suprema 15/10/96. Exp. 1608-95-8. Lambayeque).

"El delito materia del proceso se produjo cuando se hallaba vigente el texto original del artículo 207 inciso 1 del Código Penal, que sancionaba el delito de tráfico ilícito de drogas en forma agravada cuando intervenían en su comisión dos o más personas, con una pena privativa de libertad no menor de 15 años; sin embargo con fecha 21.08.93, según Ley NQ 26223 se eliminó como agravante de dicho delito la intervención de dos o más personas, quedando subsumido el hecho dentro del artículo 296, hasta la promulgación de la Ley NQ 26519 del 09.06.96 que restituye la agravante pero cuando hay intervención de tres o más personas. Sin embargo, de acuerdo al artículo 139 inciso 11 de la Constitución, concordante con el artículo 6 del Código Penal, debe aplicarse la ley más favorable al reo en caso de conflictos de leyes, como sucede en el presente caso, donde debe sancionarse el ilícito penal investigado de acuerdo al artículo 296 del Código Penal".

(Resolución Superior 15/04/98. Exp. NII 8743-97.Lima).

RETROACTIVIDAD DESCRIMINALIZADORA DE LA LEY PENAL

Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

CONCORDANCIAS:

C. C. arts. /, 111 C.E.P. arto VIII C. arts. 103 párrafo 2, 139.11 C.J.M. arts. 742, 743 C.P. arts. 6, 8 P./D.C.P. arto 15.1 C.A.D.H. arto 9

Comentario

Luis Alberto Bramont-Arias Torres

El precepto se refiere a la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, en el caso de los delitos suprimidos o ley abolutiva, cuando una ley suprime del catálogo de delitos, los que se consideraban como tales en la ley anterior. Si un hecho no es delito por la ley posterior, no puede ser castigado en base a la ley antecedente, porque ésta no es ultractiva.

Se plantean dos hipótesis: a) Puede estar pendiente el proceso; b) Puede haber sido pronunciada sentencia condenatoria firme.

En la primera hipótesis, cuando nace la ley suprimiendo el delito previsto por la ley anterior, estando pendiente el proceso, tiene aplicación la nueva ley, rigiendo el principio de la retroactividad. .

Respecto a la segunda hipótesis, o sea, cuando se ha pronunciado sentencia condenatoria firme, la doctrina y la ley sostienen la procedencia igualmente de la retroactividad, consagrándose así una excepción sobre la soberanía de la cosa juzgada.

En estos casos debe ponerse en libertad inmediata al reo, pues de no ser así, se violarían las garantías que establece el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado, manteniéndolo preso por un hecho determinado que ha dejado de ser delito y que, por lo tanto, no merece pena alguna.

JURISPRUDENCIA

"No puede condenarse a los procesados como autores del delito de receptación agravada, ya que el artículo 195 del Código Penal se encuentra derogado".

(Ejecutoria Suprema 10/06/98. Exp. 4210-97. Puna.
Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 66).

"En aplicación de la retroactividad benigna, al haberse convertido el delito de daños en faltas contra el patrimonio, en razón del monto de los daños, debe considerarse el plazo de esta última para la prescripción de la acción penal".

(Sentencia. Sala Penal. Corte Superior de Justicia. Ancash. Exp. 11-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 66).

"La desincriminación de un delito por la nueva ley da lugar al sonbeseimiento del juicio, es decir, la acción penal no puede proseguir por cuanto la acción cometida ha dejado de ser delito".

(Ejecutoria Suprema 28/01/83. Exp. 690-82. Loreto.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 66).

"Nadie puede ser penado por un hecho que según la Ley posterior no constituya delito. Las penas impuestas en aplicación de una ley anterior se extinguen en tanto que no han sido ejecutadas, si la ley posterior no reprime el acto en razón del cual la condena se hubiere pronunciado".

(Ejecutoria Suprema 29/09/87. Exp. 353-87. Lima).

"Si según la nueva ley el hecho sancionado en forma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho".

(Resolución Superior 2!! Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Puna. Exp. 321-91).

"La modificación introducida al artículo 297 del Código Penal por Ley N° 26223 no descriminaliza los hechos imputados, ya que tal modalidad como ilícito penal está prevista por el artículo 296 del acotado código".

(Exp. 227-91. Arequipa. Caro Caria, Dino Carlos.

"Código Penal". Pág.201).

VIGENCIA DE LAS LEYES PENALES TEMPORALES

Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 103, 139. 11 C.P. arts. X. 6, 7

Comentario

María del Carmen García Cantizano

Dentro del importante tema relativo a la aplicación de la ley penal en el tiempo, resulta esencial tener en cuenta que en el marco de nuestra legislación penal constituyen pilares esenciales en este tema, por un lado, el principio de irretroactividad de la ley penal, en cuanto regla general que impide la aplicación de una norma a hechos cometidos con anterioridad de su entrada en vigor, dispuesta expresamente en la primera parte del artículo 6 del Código Penal; y, por otro lado, la retroactividad de la ley más favorable para el reo que, a modo de excepción de la regla general, implica la posibilidad de aplicar la norma penal a hechos anteriores a su entrada en vigor, pero solo cuando ello represente un beneficio para el reo, dispuesta en la segunda parte del artículo 6 del Código Penal.

Resulta evidente, en consecuencia, que los problemas de irretroactividad y retroactividad de la ley penal encuentran su razón de ser ante situaciones de sucesión temporal de leyes, ofreciendo de esta forma una solución legal al conflicto que representa la modificación o derogación de normas penales que se siguen en el tiempo, especialmente cuando dicha sucesión implica una diferente valoración de las conductas sancionadas; supuesto que es para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Penal.

Pero el supuesto de hecho sobre el que se sustenta el contenido del artículo 8 del Código Penal es materialmente diferente al de los preceptos que le anteceden, por cuanto, si bien, desde un punto de vista sistemático, se ubica dentro del capítulo relativo a la aplicación temporal de la ley penal, en realidad, en el artículo 8 del Código Penal, se consagra la irretroactividad como regla de obligatoria aplicación, obviando incluso la excepción de la retroactividad más beneficiosa, todo ello cuando se trate de leyes temporales. De ahí que, la disposición de la retroactividad más beneficiosa no goza de aplicación con relación a las normas que recobren su vigencia una vez venza el plazo de aplicación de la ley temporal, atm cuando resulten ser más ventajosas para el reo, siendo la temporal la única norma aplicable a los hechos cometidos bajo el término de su vigencia.

Sin embargo, y con independencia de que más adelante se analicen con mayor detenimiento los efectos del artículo 8 del Código Penal, queda claro que solo tiene sentido su aplicación en lo que respecta a las leyes temporales.

Las leyes temporales, tal y como puede deducirse por su simple nomenclatura, son aquellas que tienen prefijado su plazo de vigencia, ya sea a través de su propio texto, donde se señala de manera taxativa el comienzo y el fin de la vigencia⁽¹⁾ de la ley, lo que la doctrina denomina leyes temporales "en sentido estricto"⁽²⁾, ya sea en función de las circunstancias excepcionales que han motivado precisamente la dación de la ley, de tal forma que, desaparecidas estas, pierde todo sentido la vigencia del texto legal; en este último caso la doctrina suele hablar de leyes "excepcionales" o "de excepción"⁽³⁾.

Ejemplos de las primeras, en realidad, no existen en el ámbito de nuestra legislación penal, quizás por cuanto la finalidad preventiva de la misma norma penal hace muy difícil imaginar una ley penal que ya, desde el mismo momento de su entrada en vigor, tenga predeterminado el periodo de tiempo en el que será aplicable, sino es motivado por ciertas condiciones que son las que sustentan la necesidad de acentuar el marco incriminatorio de cierto tipo de comportamientos.

De ahí, que las llamadas leyes excepcionales sean las que verdaderamente encuentren sentido en el ámbito de la práctica legislativa penal.

y así, resulta sumamente frecuente el recurrir a normas penales excepcionales ante situaciones de calamidad pública, de catástrofes naturales o en el marco de conflictos bélicos, sean o no formalmente declarados; haciendo uso de esta forma del poder de disuasión, propia de la sanción penal, bien con la finalidad de evitar la comisión de ciertos actos delictivos, bien con la intención de criminalizar ciertas conductas que se consideran peligrosas o lesivas para aquellos bienes jurídicos que resultan afectados particularmente ante este tipo de situaciones.

Sería temporal, por ejemplo, una ley que en época de extrema sequía, eleve la pena para el delito de usurpación de aguas, previsto en el artículo 203 del Código Penal; o la que dispone la sanción penal para quienes violen el toque de queda en época de conflicto bélico. En todos estos casos, resulta evidente que la ley temporal implica un endurecimiento del tratamiento penal de aquellas conductas sometidas a su vigencia, motivado no por un cambio en la concepción jurídica de dichas conductas, sino, más concretamente, por el

(1) BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 41 edición. Madrid, 1997. Pág. 125.

(2) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 167.

(3) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tiran! lo Blanch. 51 edición. Valencia, 2002. Pág. 145; habla de "leyes de excepción"; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 167.

surgimiento de circunstancias excepcionales que la hacen necesaria; de ahí que se haya afirmado que la derogación de la ley temporal obedece, en realidad, a la desaparición de tales situaciones excepcionales(4)

Delimitado en estos términos el concepto de ley temporal, lo destacable del artículo en comentario es que establece de manera expresa la aplicación obligatoria de esta ley para todos los supuestos delictivos cometidos bajo su vigencia, incluso una vez que esta -su vigencia- haya concluido, es decir, una vez que hayan desaparecido las circunstancias que determinaron su entrada en vigor; es así que, a priori y en términos generales, el artículo 8 del Código Penal se convierte en una excepción a la regla general de la retroactividad de la ley penal más favorable, en la medida en que, como suele ser lo habitual, la ley temporal determina un endurecimiento de la intervención criminal del ius puniendi, que retorna a su contenido habitual menos grave superada la situación excepcional.

Resalta en este artículo su carácter novedoso puesto que no se registra en la legislación penal anterior ningún otro precedente de contenido similar; el Código Penal de 1924, siguiendo la misma tradición jurídica que otros códigos penales, establecía la retroactividad benigna como excepción lógica a la irretroactividad de la norma penal, en cuanto principio general en materia de aplicación de la ley penal en el tiempo; de esta forma, aun en caso de leyes penales temporales, en virtud del principio de legalidad, la retroactividad a favor del reo era también aplicable, si bien esta solución no era unánime si tenemos en cuenta los diferentes argumentos doctrinales que se venían sosteniendo sobre la base de otros ordenamientos jurídicos que, al igual que el peruano, se limitaban a regular la retroactividad benigna, tal y como sucedía, por ejemplo, en el anterior Código Penal español(5),

Esta situación cambia radicalmente con la entrada en vigor del Código Penal peruano de 1991, el mismo que, al disponer expresamente la aplicación de las leyes temporales, incluso una vez perdida su vigencia, ratifica la posición de quienes sostenían la imposibilidad de sostener en estos casos la retroactividad benigna, y por otro lado, se suma así a la tendencia que en este sentido se imponían en otros textos legislativos, como el alemán o el italiano(6), y más recientemente el español.

(4) En este sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Sama niego. Comares. 4ª edición. Granada, 1993. Pág. 126.

(5) A este respecto, en el ámbito de la anterior legislación penal española, un sector de la doctrina negaba cualquier excepción a la regla de la retroactividad, dado que el anterior artículo 24 del derogado Código Penal no contemplaba excepción alguna; no obstante, otro sector doctrinal, en la medida en que la irretroactividad es el principio general, teniendo en cuenta que las leyes temporales no violan esta regla general, y sobre la base de la necesidad de pena que inspira este tipo de leyes, admite su carácter ultraactivo. Resume esta discusión, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel. 3ª edición. Barcelona, 1989. Págs. 87 y sgte.

La principal consecuencia derivada del artículo 8 del Código Penal implica que la ley temporal se aplica a los hechos cometidos bajo su vigencia, incluso una vez que haya cesado esta o desaparecido las circunstancias que determinaban la necesidad de su aplicación, efecto que algunos autores han denominado con el término de "ultraactividad", por cuanto la ley temporal rige incluso más allá del término real de su vigencia y a pesar de que, por lo general, se caracterizan por un mayor contenido incriminatorio que las leyes que la suceden, determinando de esta forma lo que se ha considerado una excepción a la retroactividad benigna(7),

Desde este punto de vista, la posible lentitud en la administración de justicia no puede suponer un privilegio para aquellos que, bajo el ámbito de aplicación de una ley temporal, cometieron una conducta delictiva y no pudieron ser sancionados mientras esta aún estaba en vigor; por otro lado, de esta forma se asegura que el mayor efecto preventivo perseguido a través de este tipo de leyes, motivadas no por un cambio en la valoración de conductas, sino por una necesidad de sobreprotección de bienes jurídicos ante situaciones excepcionales, alcance verdadero sentido, dado que, en caso contrario, el contenido más benigno de las leyes posteriores determinarían una total pérdida de la eficacia preventiva que se busca obtener con este tipo de leyes.

Por otro lado, cabe también interpretar esta regla no desde la perspectiva que implica ser una excepción a la retroactividad benigna, sino desde la óptica que impone una aplicación a ultranza de la regla general de la irretroactividad al condicionar esta la determinación de la ley penal a aplicar en función de la vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, en este caso, la ley temporal, con independencia de su efectiva vigencia, y sin que a estos efectos tampoco interese el contenido de la norma penal que la sustituya; de ahí que hablar en estos términos de ultraactividad no resultaría muy exacto, si se interpreta el artículo 8 del Código Penal en estos términos, por cuanto simplemente se estaría aplicando la regla general del tempus regit actum(8). No nos olvidemos que en los casos comunes la ley penal vigente al momento de la comisión del delito es la que se aplica, incluso aun cuando haya sido derogada o sustituida en el tiempo por otra -siempre que no pueda aquí recurrirse a la retroactividad benigna- sin que para

(6) El párrafo 2, IV del Código Penal alemán (StGB), dispone que: "Una ley que deba regir solo para un tiempo determinado se aplicará a hechos cometidos durante su vigencia, salvo que una ley determine otra cosa"; en el mismo sentido, el artículo 2.4 del Código Penal italiano establece que: "Si se trata de leyes excepcionales o temporales, no serán de aplicación las disposiciones anteriores" referidas a la aplicación retroactiva de la ley favorable.

(7) En este sentido, BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 126; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 145; QUINTERO OLIVAR ES, Gonzalo. Op. Cit. Págs. 168 y sgte.

(8) Véase a este respecto, también, CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General".

Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 126 y sgte.

justificar la aplicación de la norma penal haya que admitir su carácter ultraactivo; esta misma regla, sin excepción, es la que rige para las leyes temporales.

Solo tendría sentido hablar de ultraactividad en el caso de que este concepto se quiera contrastar con el de retroactividad benigna, analizando el fenómeno de la temporalidad de la ley desde la perspectiva que ofrece esta excepción y la imposibilidad de aplicarla en estos casos, por razones de necesidad de pena y eficacia preventivo-general de la norma penal.

No obstante, y en cualquier caso, lo importante es considerar que esta regla solo es aplicable para los casos de leyes temporales entendidas tal y como ya han sido definidas con anterioridad, presupuesto que se ha tener en cuenta a la vista de la -a veces- excesiva volatilidad de algunas leyes penales a las que nos tiene acostumbrado nuestro legislador.

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Ariel. 31 edición.

Barcelona, 1989. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. JESCHECK, Hans-Heinrich.

"Tratado de Derecho Penal. Parte General"- Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 4ª edición Granada, 1993. MUNOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 2002. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Aranzadi.

Navarra, 2000. .

JURISPRUDENCIA

"Que cuando ha transcurrido el plazo previsto por ley para sancionar, en atención a este criterio, por temporalidad debe aplicarse lo más favorable al procesado, por lo que en tal virtud, la causa ha prescrito".

(Ejecutoria Suprema 30/12/96. Exp. 3171-95-8. Lima.

Gómez Mendoza. Pág. 152).

MOMENTO DE COMISIÓN DEL DELITO

El momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca.

CONCORDANCIAS:

C.P. arts. 11, 78.1, 80, 82

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Planteamiento

1. Tres son los criterios que se utilizan en la doctrina penal para determinar el momento de comisión del delito: el de la acción o de la actividad (que toma en cuenta el momento en que esta se realiza), el del resultado (que toma en cuenta el momento en que éste se produce) y el mixto o unitario (el tiempo del delito se extiende desde el inicio de la acción hasta la producción del resultado)(1). El artículo 9 CP, que establece la regla para determinar el tiempo en que se ha cometido un delito en nuestro DP, se decanta por la teoría de la actividad, pues lo fija en el momento en que el agente ha actuado (u omitido la obligación de actuar), al margen del momento en que se produzca el resultado(2). Toma en cuenta, por tanto, el momento en que la voluntad contraria a la norma se manifiesta objetivamente en una conducta ex ante peligrosa para el bien jurídico, lo cual se explica desde un DP orientado a proteger preventivamente bienes jurídicos y prevenir delitos(3).

Por tanto, si alguien ha actuado en un momento en que su conducta era impune, pero antes que produzca el resultado tal conducta se hace punible (por entrar

(1) Vide LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Universitas. Madrid, 1996. Pág. 195, distingue también la teoría de la valoración jurídica o diferenciadora, que "propone no seguir un criterio uniforme, sino distinguir conforme al sentido, fin y función de cada institución".

(2) Vide BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1994. Pág. 167: "El momento de la acción parece adecuado desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial que determina la oposición contra el Derecho (contra la norma prohibitiva) y da lugar a la tipicidad, punto de origen para el delito y todas sus consecuencias (materiales y procesales)".

(3) Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. Pág. 140; BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Trola. Madrid, 1997. Pág. 110.

en vigor una ley penal que la tipifica como delito), debe quedar siempre impune.

En caso contrario, se vulneraría el principio de legalidad (artículo 11 TP CP), que obliga a no castigar actos que no estaban penalmente prohibidos antes de su comisión (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia: en el momento del hecho tanto el comportamiento típico como la conminación penal tienen que estar legalmente determinados)(4). Por lo mismo, si entra en vigor una nueva ley que agrava la pena de un delito cuando una persona ya ha ejecutado la conducta prohibida, no puede ser castigado conforme a ella, así el delito se consume o el resultado se produzca con posterioridad a su vigencia(5).

2. La determinación del momento en que se cometió un delito sirve fundamentalmente para establecer el marco legal que rige su tratamiento y, dentro de él, especialmente la ley penal material aplicable (por vigente). Así, los principios rectores a que todo hecho punible debe sujetarse, los elementos que una conducta debe cumplir para ser penalmente típica, las consecuencias jurídicas que se pueden imponer, la existencia de agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad penal, de excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, etc., que rigen o son aplicables son los vigentes al momento en que la conducta se realiza, dependen de lo previsto en la legislación penal en ese momento (v.gr. si determinado comportamiento constituye o no delito, a qué supuesto de hecho corresponde subsumir una conducta, qué pena imponer, etc.), pues, conforme al artículo 6 CP, la ley penal aplicable es la vigente al momento en que se cometió el delito (o tempus commissi delicti). Ello quiere decir que previamente a determinar la ley penal aplicable a un delito (artículo 6 CP), se debe determinar cuándo se cometió ese delito (artículo 9 CP). Este es pues el modo de determinar la vigencia temporal de la ley penal en el DP peruano, v.gr. si mañana se tipificara un nuevo delito contra el patrimonio, señalar a qué conductas les alcanzaría la nueva ley penal dependería necesariamente de la determinación de en qué momento se cometieron (antes o después de su vigencia).

3. En todos los casos resulta imprescindible establecer cuándo se cometió el delito, más todavía en supuestos que entrañan una problemática específica; v.gr.

la determinación de la mayoría de edad del autor, su imputabilidad restringida, la minoría de edad de la víctima (v.gr. en casos de violación sexual), la prescripción de la acción, el momento de comisión del aborto y homicidio, algunas agravantes (como la nocturnidad en el hurto), etc. Incluso, la aplicación del principio de re-

(4) Artículo 11 TP CP: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella" (resaltado propio).

(5) Repárese que la misma exigencia de la lex praevia solo puede ser viable estableciendo el tiempo de ejecución del delito o el momento en que debía realizarse la acción omitida.

troactividad de la ley penal beneficiosa(6), que constituye su excepción (y puede o no presentarse), presupone la determinación del tempus eomissi delicti; solo conociendo este momento se puede afirmar cuándo una ley penal es o no retroactiva(7). Sin embargo, la determinación de la ley penal aplicable no es problema específico del artículo 9 CP, sino más bien de la interpretación y desarrollo dogmático del artículo 6 CP, por lo que, pese a su importancia, tal cuestión será tocada aquí solo tangencialmente. La interpretación del artículo 9 CP -si quiere dotársele de cierta autonomía- debe restringirse, en lo fundamental, a precisar cuándo se considera cometido determinado hecho punible.

4. Correctamente, el artículo 9 CP prevé la respuesta de cuándo se cometió el delito tanto para el caso de los delitos comisivos como para el de los delitos omisivos, y tanto para el caso en el que cometa u omita sea un autor o un partícipe. Sin embargo, la regla del artículo 9 CP (que se restringe solo al tiempo del delito), debe extenderse también, vía interpretación, al momento de comisión de una falta(8), aunque esta imprecisión podría superarse incorporando la expresión "infracción penal" (como la que se usa en el artículo 12 CP, por ejemplo), que es más adecuada por comprender ambos conceptos. En cambio, no hay problema alguno en entender la alusión a delitos (y faltas) comisivos y omisivos como englobante de infracciones penales tanto dolosas (conocimiento y voluntad al obrar) como culposas (infracción al deber objetivo de cuidado debido). Por su parte, el momento en que se puede decir que un autor o un partícipe ha cometido un delito entraña problemas de concreción de la actividad, sobre todo en supuestos de coautoría y autoría mediata e inducción y complicidad.

Quizás el uso de la expresión "momento de comisión del delito" en los delitos omisivos pueda resultar confusa por la carga dogmática que entrañan los conceptos de acción o comisión y omisión(9). Sin embargo, debe repararse en las particularidades estructurales que diferencian ambas modalidades delictivas. Mientras en los delitos comisivos lo que se comete es un delito, en los delitos omisivos

(6) Vide el artículo 103 de la Constitución Política del Estado: "(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)"; y el artículo 6 CP: "La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (...)".

(7) Cfr. PEÑA CABRERA. Raúl. "Tratado de Derecho Penal". Grijley. 5ª edición. Lima, 1994. Pág. 239: "La determinación del momento de comisión del delito es el presupuesto conceptual del principio de irretroactividad de las leyes penales, pues, solo una vez que se fije cuándo se infringió la ley penal, podrá apreciarse el verdadero alcance de aplicación de la ley penal en el tiempo".

(8) Cfr. Libro Tercero del CP (artículos del 440 al 452 CP).

(9) El legislador pudo haber sido más preciso en cuanto a los términos utilizados. La idea de acción, por ejemplo, podría comprender mejor las ideas de comisión (hacer) y omisión (no hacer). Al contrario, se podría alegar que, en puridad terminológica, resulta inexacto señalar como el momento de comisión del delito (también) aquel en el cual se ha omitido la obligación de actuar, pues del mismo modo que quien comete un delito es responsable precisamente por no omitirlo, quien omite una conducta (que jurídicamente estaba obligado a realizar) es responsable precisamente por no efectuarla (cometerla). Según esto, quien omite en ningún momento cometería un delito, sino todo lo contrario, no realizaría una conducta debida.

lo que se omite no es un delito, sino una conducta que jurídicamente se está obligada a realizar, por lo que mal podría hablarse del momento de la "omisión de un delito". Considerar como "momento de comisión del delito" (también) aquel en el que se ha omitido la obligación de actuar no resulta contradictorio si se lo entiende solo como una fórmula equivalente, interpretando el momento de "comisión" a que se refiere el artículo 9 CP en sentido amplio (v.gr. como realización o cumplimiento del tipo penal), de modo que comprenda tanto acciones comisivas como omisiones de conductas.

5. Según el artículo 9 CP, un delito (y una falta) se considera cometido en el momento en que se ha realizado la conducta, es decir, en el momento en que el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar (cuando el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar), independientemente del momento en que el resultado se produzca (o del de la consumación del delito). Como el precepto distingue entre momento de la acción y momento del resultado, cabe distinguir previamente entre acción y resultado en el delito. La posibilidad de efectuar tal distinción trae consigo la problemática de supuestos especiales, como la de delitos instantáneos, permanentes, continuados, de estado, tentativas delictivas, etc.

II. Momento de la acción y momento del resultado

1. Acción y resultado pueden acaecer en un espacio y tiempo diferentes. La distinción entre el momento de la acción y el momento del resultado tiene importancia sobre todo en los delitos de resultado, que, a diferencia de los delitos de mera actividad, requieren típicamente (estructural mente) que la acción vaya seguida de la producción de un resultado espacio-temporalmente separable. Como los delitos de mera actividad se satisfacen con la pura ejecución de la conducta típica (v.gr. la violación de domicilio del artículo 159 CP), no hay mayor problema en determinar el momento en que se han cometido: conforme al artículo 9 CP, será el momento en que el agente ejecuta la conducta prohibida (u omite la conducta debida en los delitos de omisión propia, vide infra).

2. La problemática que podrían generar los delitos de resultado, que, como se ha anotado, exigen un efecto diferenciado y separado en el tiempo y en el espacio de la acción (v.gr. en el homicidio, la muerte de la víctima), está también resuelta en gran parte por el artículo 9 CP: también en estos supuestos interesa solo el momento en el que el agente ha actuado u omitido la conducta debida (en los delitos de omisión impropia), y no el momento en que se produce el resultado. Así, por ejemplo, conforme al artículo 9 CP, un homicidio se considerará cometido en el momento en que se realiza la conducta homicida, es decir, la acción ejecutiva de matar a otro (v.gr. efectuar el disparo, atropellar con un vehículo a un peatón), independientemente del momento en que efectivamente se produzca la muerte de la víctima.

3. Cuestión distinta, pero vinculada a la determinación del momento de la comisión del delito, aunque más directamente al artículo 6 CP, es la relativa a la ley penal aplicable en caso de leyes que se suceden en el tiempo durante la ejecución del delito. Así, por ejemplo, en el supuesto que entre la acción (v.gr.

instalar una bomba) y el resultado (v.gr. la muerte de la víctima producto de la explosión) medie un lapso de tiempo durante el cual entre en vigor una nueva ley penal que regule el homicidio, la ley penal aplicable será la vigente al momento en que se ha actuado (salvo supuestos de retroactividad benigna).

4. El criterio del momento en que el agente ha actuado u omitido rige también para las subespecies de delitos de resultado: los delitos de resultado instantáneo (el efecto espacio-temporal se produce inmediatamente a la realización de la acción, v.gr. el homicidio producido por un disparo en la sien), los delitos permanentes (el resultado es una situación antijurídica, la cual se prolonga en el tiempo y renueva constantemente por el autor, v.gr. el secuestro del artículo 152 CP) y los delitos de estado (el resultado es una situación antijurídica, pero el delito termina ya jurídicamente con su producción, v.gr. la bigamia del artículo 139 CP).

En especial, se debe reparar que en los delitos permanentes -a diferencia de los criterios que rigen para computar la prescripción de la acción penal(10) no se debe tomar en cuenta el momento en que cesó la permanencia, sino, ante todo, el momento en que se realizó la acción creadora del estado antijurídico constitutivo de delito(11), cuya renovación en el tiempo hace que el tiempo de comisión se extienda linealmente hasta la terminación del hecho(12). Tal renovación constante de la situación de permanencia origina que, por ejemplo, en caso entrara en vigor una ley penal que tipificara un nuevo delito permanente tras la iniciación de la permanencia (durante el estado de permanencia de una conducta), el momento de comisión del delito sería el de la entrada en vigor de la ley, resultando punible únicamente la parte de la permanencia posterior a ella(13).

(10) La prescripción de la acción penal se rige por reglas distintas; en los delitos de resultado, toma en cuenta el momento de la consumación, a menos que se trate de delitos de resultado permanente (inciso 4 del artículo 82 CP: a partir del día que cesó la permanencia) o de estado.

(11) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Pág. 122.

(12) JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 124.

(13) Los delitos permanentes tienen una problemática específica en cuanto a la ley penal aplicable. Si, por ejemplo, una ley penal era la vigente cuando se inició la conducta ilícita (v.gr. cuando se aprehendió a la víctima en el secuestro) y una nueva entra en vigor antes de que acabe la permanencia (durante la situación antijurídica, v.gr. durante el cautiverio de la víctima), se puede buscar la respuesta entre varias opciones. Por un lado, se puede aplicar la ley penal vigente al comienzo de la conducta ilícita, comprendiendo los actos realizados desde el comienzo de la acción hasta la entrada en vigencia de la nueva ley penal. Por otro, se puede aplicar la nueva ley penal que entró en vigencia durante la situación antijurídica de permanencia, comprendiendo los actos realizados desde ese momento. En cambio, parece erróneo sancionar la primera parte de la conducta con una ley y la segunda con otra. Por su parte, cabe la posibilidad de sancionar solo una de las partes del hecho ilícito (v.gr. solo los actos realizados durante la vigencia de una de las leyes), pues ambas partes de la conducta constituyen

;

5. Los delitos continuados y las tentativas delictivas en general pueden o no configurarse como delitos de resultado (lógicamente, de resultado de peligro, en el caso de las tentativas). Conforme a las reglas señaladas anteriormente, en todos los supuestos que se cometa un delito continuado, el delito se considerará cometido al momento de realizar cualquiera de las diversas conductas delictivas, pues la acción en estos casos se realiza desde el primer hasta el último hecho. El delito continuado es jurídicamente una sola acción, por lo que resultan determinantes los momentos de comisión tanto del primer acto parcial como del último, extendiéndose linealmente su momento de comisión hasta la terminación del hecho⁽¹⁴⁾. Conforme a ello, en el supuesto que entrara en vigor una ley que tipificara un nuevo delito pasible de ser apreciado en una relación de continuidad, el momento de su comisión sería el de la entrada en vigor de la ley, resultando subsumibles dentro de la relación de continuidad ilícita únicamente los actos consecutivos posteriores a su vigencia. Si una conducta se convierte en punible por un cambio legal, únicamente cabe tomar en consideración como delito continuado los actos parciales realizados tras aquella reforma, porque antes no había delito alguno⁽¹⁵⁾.

Por su parte, en todos los supuestos de tentativa delictiva el delito (sea que produzcan o no un resultado de peligro) se considerará cometido, conforme al artículo 16 CP, cuando el agente da comienzo a la ejecución del delito, es decir, al momento en que realiza la primera conducta fundante de tentativa, satisfaciendo el principio de ejecución.

III. El momento de comisión del delito en los delitos comisivos y omisivos

1. Delitos comisivos y omisivos se diferencian esencialmente por la clase de norma penal que trasgreden: prohibitiva y preceptiva, respectivamente. En los primeros se infringe una prohibición de hacer (el agente realiza un comportamiento prohibido), en los segundos se desobedece un mandato de acción (el agente no realiza un comportamiento jurídicamente debido).

Según el artículo 9 CP, un delito comisivo se considera cometido en el momento en que el agente ha actuado, es decir, en el momento en que realiza el comportamiento prohibido, sin consideración del

por sí mismas delitos completos. Así, podrían evaluarse las dos partes separadamente, sancionando la que está conminada con mayor pena según la ley vigente al momento de su realización, que subsumirá la gravedad de la parte más leve; o se podría sancionar la conducta globalmente considerada aplicando la ley más favorable a la persona. La solución de estos casos y otros similares [casos en que una ley penal entra en vigor después del inicio de la conducta ilícita [v.gr. después de haber aprehendido a la víctima en el secuestro, durante su cautiverio], pero antes de que acabe la permanencia (v.gr. antes de su liberación o rescate)] sin embargo, dependen de la interpretación y desarrollo del artículo 6 CP más que del artículo 9 CP. Sobre ello véase ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 162.

(14) JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 124, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 194: el delito continuado está formado como un solo delito a partir de sucesivas acciones delictivas idénticas o similares.

(15) *Ibidem*.

momento en que se produzca el resultado. Por tanto, lo determinante es el momento de su ejecución (la actuación en la fase ejecutiva del delito), al margen del momento de su consumación, regla que es válida tanto para los delitos de mera actividad como para los delitos de resultado (vide supra).

2. La problemática de los delitos de mera actividad y de resultado se puede trasladar a los delitos de omisión, pues, por lo general, un delito de omisión propia coincidirá estructuralmente con un delito de mera actividad, y un delito de omisión impropia, con un delito de resultado. En ambos casos, debe atenderse a la omisión de la obligación de actuar, es decir, a la acción omisiva, al margen de la producción del eventual resultado no evitado. Sin embargo, con señalar que los delitos omisivos se consideran cometidos con la no realización de la conducta jurídicamente debida, es decir, con el incumplimiento del deber de actuar no se ha aclarado suficientemente la cuestión. En las omisiones lo decisivo es el espacio de tiempo que medie entre el momento en el que ya ha surgido el deber de actuar y el momento en que el deber ya no se puede cumplir: el tiempo del delito es el del primer momento en que la acción hubiera sido posible⁽¹⁶⁾ (en el que el agente tendría que haber actuado y hubiera podido actuar), cuando ya no se puede cumplir eficazmente el deber, v.gr. el delito del artículo 127 CP se comete en el período de tiempo que media entre el momento en que el obligado puede y debe prestar ayuda y el momento a partir del cual este ya no puede ser prestado; el delito se considera cometido en el momento en que no se realizó la primera e imprescindible asistencia⁽¹⁷⁾.

IV. El momento en que el autor y el partícipe cometen el delito .

1. Determinar el momento en que un autor comete un delito u omite una conducta debida comprende los supuestos de autoría directa, coautoría y autoría mediata.

A. En la autoría directa o individual no hay mayores problemas: el autor directo comete el delito cuando ejecuta la conducta prohibida personalmente y por sí mismo (v.gr. el agente inflige un golpe a la víctima); y en los delitos omisivos, cuando no realiza la conducta jurídicamente debida (v.gr. la enfermera no administra oportunamente el medicamento al paciente).

(16) Pero, especialmente en los delitos de omisión impropia (de resultado) la realización posterior de la conducta jurídicamente debida puede conducir a la impunidad en virtud del desistimiento de la tentativa (artículo 18 CP).

(17) CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte General". Civitas. 2ª edición. Madrid, 1996. Pág. 190. Cfr. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 114: "En los delitos de omisión rige el momento en que se tuvo que actuar. Dado que el deber de actuar solo existe si se da la capacidad de acción, no hay que atenerse a todo el espacio temporal en el que quien no hubiera omitido habría intervenido para salvar, sino solo aquel en el que existió capacidad de evitar el resultado, es decir, el espacio de negativa real de la demanda del Derecho".

B. En la coautoría si todos los coautores inician simultáneamente la ejecución de la acción prohibida, será este el tiempo de comisión del delito. Si ello no fuera así, el momento de comisión del delito de todos los coautores será el de la primera contribución típica que hace un coautor en el marco de la decisión común(18).

Basta aquí que un solo coautor inicie la realización del tipo y ejecute la conducta prohibida (v.gr. el coautor de robo, según el plan, reduce al vigilante de la puerta, antes que obren sus compinches). En los casos de coautoría en los delitos omisivos el momento de su realización será el momento en que se incumple el deber común que únicamente puede ser cumplido de modo conjunto.

C. La determinación del tiempo del delito en casos de autoría mediata no puede tomar en consideración la ejecución de la conducta por parte del intermediario, sino ya la actividad de la persona de atrás. Lo decisivo es pues el momento de la actuación de la persona de atrás sobre el instrumento, aquel en el que el autor mediato comienza la utilización del instrumento(19). Como en la autoría mediata caben supuestos en que el intermediario también resulte punible como autor directo del delito, el momento de comisión de su delito debe tomar en cuenta su propia actuación (v.gr. supuestos de autoría mediata en estructuras organizadas de poder). En cambio, la posibilidad de autoría mediata por omisión debe descartarse.

2. Determinar el momento en que un partícipe comete u omite un delito comprende tanto los supuestos de inducción (artículo 24 CP) como de complicidad (artículo 25 CP). En ambos casos, conforme al artículo 9 CP, hay que atender también el instante de la realización de la acción por parte del partícipe y no el momento en que el autor principal actúa(20). El artículo 9 CP demuestra así que el principio de accesoriedad limitada de la participación con respecto a la autoría no constituye una regla rígida e inquebrantable, sino que está sujeta a ciertas flexibilizaciones(21).

En efecto, desde una aplicación inamovible del principio de accesoriedad limitada de la participación, el tiempo del delito de un partícipe debería coincidir siempre con el tiempo del delito del autor principal, sin importar el momento en que el propio partícipe actúa, sino solo aquel en que el autor realiza el hecho principal:

(18) JESCHECK, Hans. Op. Cil. Págs. 124, 621.

(19) BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 122; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 124.

(20) Con relación a ello, debe distinguirse la participación en grado de tentativa de la participación en un delito que ha quedado en grado de tentativa delictiva. Solo esta última forma de intervención es punible en nuestro DP:

una persona puede ser partícipe (inductor o cómplice) en un delito de tentativa (realizado por un autor), pero una "tentativa de participación" todavía no es una participación (quien intenta inducir sin lograrlo, no ha determinado a otro a cometer un delito).

(21) Otra prueba de ello es, por ejemplo, la comunicabilidad de circunstancias y cualidades especiales entre autores y partícipes a que se refiere el artículo 26 CP.

Determinante sería así el momento en que la conducta del partícipe se hace ilícita (que es cuando el autor actúa). Pero sustentar una postura como esta originaría, por ejemplo, que si el inductor y cómplice han realizado todos sus actos de participación (influencia y determinación o colaboración y ayuda) antes de la vigencia de una nueva ley (que tipifica como delito la conducta), y el autor realiza la conducta ya estando esta vigente, la nueva ley podría aplicarse tanto a este como a aquellos (pese a que los partícipes obraron cuando el hecho era impune).

En cambio, conforme al artículo 9 CP, el tiempo del delito de un partícipe no coincide con el tiempo del delito del autor principal, pues lo decisivo es el momento en que el partícipe actúa y no el momento en que el autor realiza el hecho principal. El artículo 9 CP toma en cuenta pues que el momento de comisión del delito por un partícipe no debe identificarse con el momento en que su conducta se hace ilícita (cuando el autor actúa), flexibilizando el principio de accesoriedad limitada de la participación. De este modo, si el inductor y cómplice han realizado todos sus actos de participación (influencia y determinación o colaboración y ayuda) antes de la vigencia de una nueva ley (que tipifica como delito la conducta), y el autor realiza la conducta ya estando esta vigente, la nueva ley podrá aplicarse solo al comportamiento de este pero no al de aquellos.

3. Conforme a lo anotado, el momento de comisión del delito de un inductor es aquel en el que realiza actos de determinación o influjo sobre el autor principal, y no el momento en que este ejecuta la conducta prohibida u omite la conducta debida; v.gr. si la conducta del inductor consiste en persuadir al ejecutor a realizar el hecho punible, hay que atender el momento de la instigación. Lo mismo sucede en el caso del cómplice: el momento de comisión del delito es aquel en el que realiza actos de cooperación, auxilio o asistencia al autor principal, y no el momento en que este ejecuta la conducta prohibida u omite la conducta debida; v.gr. si el comportamiento del cómplice consiste en la entrega de un arma al ejecutor, hay que atender el momento de la entrega. Asimismo, "si una ley entra en vigor después de que algunos de los intervinientes hayan realizado ya completamente su aportación al hecho, estos quedarán impunes - si está descartada la responsabilidad por omisión- aun cuando los otros partícipes realicen su parte ya bajo la vigencia de la ley"(22),

v. Cuestiones conexas

1. La imputabilidad penal (la mayoría de edad a que se refiere el artículo 20 inciso 2 CP) debe determinarse también en el momento de la comisión del delito.

Concordando el artículo 9 CP con el inciso 2 del artículo 20 CP se concluye que una persona no puede ser responsable penalmente si en el momento de ejecutar la conducta prohibida u omitir la conducta debida no había cumplido los 18 años

(22) JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 114, cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. Cil. Pág. 167.

de edad cronológica, sin que importe la edad que posea en el momento de producirse el resultado o al consumarse el delito. Así, por ejemplo, si una persona en el momento de ejecutar la conducta prohibida tenía 17 años de edad y antes de producirse el resultado alcanzara los 18 años, no podrá ser criminalmente responsable.

2. La misma regla se aplica para los casos de capacidad de culpabilidad restringida a que se refiere el artículo 22 CP. La imputabilidad disminuida se afirma solo si el agente tenía más de 18 y menos de 21 años o más de 65 años de edad cronológica en el momento de ejecutar la conducta prohibida u omitir la conducta debida, al margen de la edad que tuviera en el momento de producirse el resultado o al consumarse el delito. Así, por ejemplo, si una persona en el momento de ejecutar la conducta prohibida tenía 21 años de edad y antes de producirse el resultado alcanzara los 22 años, le es aplicable el artículo 22 CP. En cambio, no se aplica este precepto si, por ejemplo, en el momento de la ejecución de la conducta el agente tenía 64 años y recién cuando se produjo el resultado o consumó el delito alcanzó los 65 años requeridos.

3. La minoría de 18 años de edad (de la víctima, sujeto pasivo u objeto de la acción) en general, o en determinados intervalos (v.gr. de 14 a menos de 18 en la seducción del artículo 175 CP), pero también la edad más avanzada (ancianos), constituye un agravante de no pocos delitos (v.gr. artículos 121-A, 122-A, 125, 147, 148, 148-A, 152 inciso 6, 153, 153-A, 173, 173-A, 175, 176-A, 179 inciso 1, 180 párrafo segundo, 181 inciso 1, 182 in fine, 183 incisos 1, 2 Y 3, 183-A, 189 inciso 7, 200 inciso 1, 297 inciso 5, 319 inciso 5, 403, 450 inciso 2 CP, etc.). La aplicación de esta agravante, conforme al artículo 9 CP, sigue los criterios anotados más arriba: la minoría de edad exigida como elemento objetivo del tipo penal debe determinarse en el momento de la ejecución de la conducta prohibida o de la omisión del comportamiento debido (al margen de la edad del momento de la producción del resultado o de la consumación del delito). Así, por ejemplo, para que se configure el delito de lesiones al menor de edad (artículos 121-A ó 122-A CP), será necesario que en el momento de inferirlas la víctima tenga menos de 18 años; hay delito de seducción sexual (artículo 175 CP) si en el momento en que el agente realiza el engaño posibilitado del delito, la víctima tenía menos de 18 años, aun cuando en el momento de la práctica del acto sexual ya haya alcanzado la mayoría de edad(23), etc.

(23) Los casos en que los delitos se agravan por la avanzada edad de la víctima (v.gr. el secuestro agravado del artículo 152 inciso 6 ó el robo agravado del artículo 189 inciso 7 CP) no establecen expresamente la edad de referencia (aluden solo al "anciano"). A falta de un criterio cierto de limitación se podría adoptar como tal la referencia del artículo 22 CP ("mayor de 65 años de edad") o dejar en manos del juzgador su apreciación en cada situación específica. Pero sea cual fuere el criterio acogido resulta evidente que, conforme al artículo 9 CP, la ancianidad de la víctima como agravante debe apreciarse también en el momento de la acción y no del resultado.

4. El problema de la diferenciación del momento de comisión de un aborto o un homicidio (o infanticidio) depende de la determinación del inicio de protección de la vida independiente. Con la doctrina dominante, se debe señalar que la frontera entre uno y otro delito es la marcada por los primeros dolores provocados por las contracciones musculares del útero y por el ensanchamiento del cuello uterino que anuncian la inminencia del parto; un atentado contra la vida en este momento generará un delito de homicidio y no de aborto⁽²⁴⁾.

5. Los problemas relativos al inicio y cómputo de la prescripción con relación al momento de comisión del delito no son competencia directa del artículo 9 CP como de los artículos del 80 al 88 CP. Por su parte, la determinación de la nocturnidad como agravante del hurto (inciso 2 del artículo CP) y del robo (inciso 2 del artículo 189 CP) dependerá, en principio, de si el delito se comete durante la objetiva concurrencia de la noche (pero esta no es solo una cuestión del tiempo o de la hora del día en que se comete el delito, sino de si al incurrir en esa circunstancia el agente procuró la facilitación de la comisión y la impunidad del delito).

Las reglas anotadas más arriba rigen para supuestos conexos que contienen referencias similares, como el del artículo 451 inciso 5 CP (falta que consiste en confiar la conducción de un vehículo o animal a excesiva velocidad a un menor de edad).

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4~ edición. Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4~ edición. Barcelona, 1994. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Trotta. Madrid, 1997. CASTILLO ALVA, José Luis. "Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales". Gaceta Jurídica. Lima, 2000. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte General". Civitas. 2~ edición. Madrid, 1996. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Homicida y aborto". Sesator. Tomo 1. Lima, 1982.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Universitas. Madrid, 1996. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ta edición. Barcelona, 1998. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal". Grijley. 5ta edición. Lima, 1994. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997.

(24) Vide HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Homicida y aborto". Sesator. Tomo 1. Lima, 1982. Pág. 23; CASTILLO ALVA, José Luis. "Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales". Gaceta Jurídica. Lima, 2000. Pág. 34.

JURISPRUDENCIA

"El delito materia de juzgamiento se encuentra previsto y sancionado por el artículo 369 del Código Penal derogado, vigente cuando ocurrieron los hechos y de aplicación por ser más favorable a los procesados, pues el quantum del extremo mínimo de la pena es menor que el previsto en el artículo 252 del actual Código Penal que reprime el mismo ilícito".

(Ejecutoria Suprema 13/08191. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 67).

"El ilícito juzgado es el previsto en el artículo 257 del Código Penal derogado, aplicable por ser más benigno que el artículo 204 del Código Penal vigente, en virtud del principio constitucional de lo más favorable al reo".

(Ejecutoria Suprema 26/11/91. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 67).

"En el presente caso, el delito imputado a los referidos acusados, ocurrió en 1971, encontrándose previsto en el artículo 150 del Código Penal de 1924, con pena de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de veinte; que siendo esto así, es de aplicación al caso materia de autos, la primera norma legal invocada por ser más favorable al reo, en atención al principio de ultractividad benigna".

(Ejecutoria Suprema 17/08198. Exp. 1207-97. La Libertad).

"Teniendo en cuenta que el delito de secuestro que se imputa al acusado se encontraba sancionado con penitenciaría no mayor de quince años, a tenor de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 223 del Código Penal de 1924, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, que resulta ser más benigno en relación a la legislación vigente, es del caso modificarle la pena".

(Ejecutoria Suprema 25/11/97. Exp. 4369-97. Lima).

CAPITULO III

APLICACIÓN PERSONAL

PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales.

CONCORDANCIAS:

C.A.O.H. arts. 24, 70 C.E.P. arto V párrafo 2 C. arts. 2.2, 93, 99,100, 103 párrafo 1,117 O.U.O.H. arts. 1,7 L.O.M.P. arto 66.2 P.O.C.P. arto 14 C.P.C. arto VI LEY Ne27399 (13101/01) P.I.O.C.P. arts. 14, 26

Comentario

José Luis Castillo Alva

1. Generalidades

El artículo 10 del Código Penal es el único artículo del Capítulo 111 del Título I referido a la aplicación personal de la ley penal. Esta aplicación *ratio personae* de la ley resulta imprescindible para colmar los criterios de aplicación de la norma penal, una vez expuestos los criterios *ratio loci* del Capítulo I y *ratio temporis* del Capítulo 11 de este Título 1, "De la ley penal".

En función del membrete del capítulo que lo contiene, "Aplicación personal" (de la ley penal), este artículo puede referirse al llamado por nosotros "principio de responsabilidad por el hecho propio". En este sentido, resulta relevante el nombrado principio debido a que la "aplicación personal de la ley penal", en sentido amplio, implica atribuirle a una exteriorización de la voluntad humana, es decir, a una conducta objetiva, la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico previsto por el ordenamiento penal, de tal forma que se impute a dicha "voluntad objetivada", atribuida a una persona, un ilícito penal(1). Visto así, en primer orden la responsabilidad por el hecho propio, que buscamos emparentar con la aplicación personal de la ley, se refiere a la culpabilidad del agente, es decir, al reproche jurídico-penal que cabe contra el autor respecto de la formación de la voluntad conducente a la decisión del hecho delictivo(2).

Sin embargo, existe otro aspecto de la culpabilidad o, mejor aun, de la responsabilidad por el hecho propio: su función como garantía del ciudadano

frente al poder del Estado. Se exige así, para atribuir a determinado acto u omisión relevancia penal, la presencia real de una conducta humana lesiva, y no únicamente verificar algún ánimo o alegar peligrosidad social para determinar la presencia de responsabilidad penal, como corresponde en un Estado democrático y constitucional que limita la arbitrariedad del Estado en beneficio de la libertad y dignidad fundamentales inherentes a las personas. De otra parte, este principio exige, además, conforme al Estado constitucional de Derecho y al principio de legalidad que lo fundamentó, la subsunción de la conducta en una norma penal que indique las acciones y omisiones relevantes ante el Derecho Penal, es decir, que merezcan persecución y la imposición de una pena; exigencia que, al igual que la anterior, es una garantía para los ciudadanos.

Empero lo anotado, el único artículo que hace referencia en nuestro Código Penal a la aplicación de la ley penal por razón de las personas, el artículo 10 del código, no versa sobre las consideraciones referidas, quizá por entenderlas exclusivas de los principios del Derecho Penal general. En todo caso, lo que hace son referencias a la igualdad en la aplicación de la ley penal ya los privilegios que existen en torno de su aplicación personal, contraponiéndose - en cierta medida esta última referencia a la primera, como tendremos ocasión de precisar.

11. La igualdad como concepto jurídicamente relevante

Acercarse al tema de la igualdad es una cuestión que merece el mayor de los cuidados, máxime si nos referimos a la igualdad en el mundo jurídico. La igualdad, así, no solo es una noción de difícil determinación a causa de las variables que habrían de definirla⁽³⁾, sino por que en la realidad se advierte que ella representa una situación de excepción, incluso inexistente, en las relaciones humanas⁽⁴⁾.

De esta forma, no es ningún misterio que lo que prima entre los seres humanos es la desigualdad, situación que, objetivamente observada, no debiera causar ningún escozor ético. Es más, un Estado democrático basado en el pluralismo⁽⁵⁾ y la libertad individual, y un Estado constitucional que encuentra

(1) CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pág.456.

(2) JESHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Comares. Granada, 1993. Pág. 366 Y 372; cfr.

CEREZO MIR, José. "Problemas fundamentales del Derecho Penal". Tecnos, Madrid. Pág. 195; BACIGALUPO, Enrique. "Principios constitucionales de Derecho Penal". Hammurabi. Buenos Aires, 1999. Pág. 140.

(3) ROSENFELD, Michel. "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional". En: Miguel Carbonell (compilador).

El Principio de igualdad constitucional. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. Pág. 69.

en la dignidad de la persona su piedra angular⁽⁶⁾, no pueden menos que reconocer la singularidad de los seres humanos, la diferencia de sus valoraciones y deseos, y hasta tutelar la autonomía de los particulares y el libre desenvolvimiento de sus personalidades.

Dicho esto, debe entenderse a la igualdad como una aspiración normativa de gran valía por ser un estándar respecto del contenido de la dignidad de la persona⁽⁷⁾. En este sentido, la igualdad jurídicamente relevante no se referirá a una pretendida identidad real entre todos los seres humanos, sino a una igual dignidad atribuible a todas las personas, sin que quepan distinciones respecto de este minimum de humanidades) que a todos corresponde y que merece una especial protección frente al resto de objetos y entes existentes en la realidad. Esta igual dignidad de las personas impulsa al Estado a proscribir tratos diferenciados respecto a sus ciudadanos, contrario sensu, aquel deberá asegurar condiciones dignas para estos, sea a través de acciones que mejoren las condiciones de vida de los sectores sociales desfavorecidos, de forma tal que no sean menoscabados en su dignidad; sea mediante la expedición y aplicación de las normas de manera igualitaria, sin dar preferencias o reconocer privilegios injustificados a un grupo frente al resto de la sociedad, situación que también resiente al estándar de dignidad con el que el Estado contemporáneo se compromete.

III. Constitución e igualdad: la igualdad ante la ley y la no discriminación

La concepción de igualdad antes expuesta, en cuanto concepto de trascendencia jurídica, fundamenta los alcances universales de la dignidad de la persona humana (y del reconocimiento de los derechos fundamentales) y encuentra como correlato organizativo al sistema democrático de gobierno en el Estado constitucional de derecho. Supone, además, la igualdad ante la ley, entendida más como una interdicción del Estado para discriminar ciudadanos en el reconocimiento, tutela o promoción de sus derechos, que como una equiparación material de individuos naturalmente diferentes.

(4) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional". Normas Legales. W 264. Trujillo, 1998. Págs. A-67 y sgtes.

(5) ROSENFELD, Michel. Op. Cil. Pág. 69; DAHL, Robert. "Los dilemas del pluralismo democrático". Alianza editorial. México, 1991. Págsim; LANDA ARROYO, César. "Apuntes para un teoría democrática en América Latina". Fondo Editorial PUCP. Lima, 1994. Págs. 49 y sgtes.; HÁBERLE, Peter. "El Estado constitucional". UNAM Fondo Editorial PUCP. Lima, 2003. Págs. 28, 197 y sgtes.

(6) HÁBERLE, Peter. Op. cil. Págs. 196 y 172; HÁBERLE, Peter. "La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional". Fondo Editorial PUCP. Lima, 2001. Pág. 65.

(7) PETZOLD-PERNÍA, Hermann. "La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana". Anuario de filosofía jurídica social. N° 10. Argentina. 1990. Pág. 206 (8) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Op. Cil. Págs. A-67 y sgtes.

Conocida la importancia de la igualdad en el ordenamiento jurídico, valga analizar lo que nuestra norma fundamental sobre ella dice. Son dos los artículos que tienen una especial importancia, por su enunciación genérica, para conocer el contenido constitucional de la igualdad jurídica: el artículo 2 inciso 2}(9) y el artículo 103, ab initio (10).

De la lectura de ambos artículos podemos decir que la igualdad constitucional adquiere hasta tres significados destacables: de una parte, la igualdad ante la ley, que comprende tanto a la igualdad en el contenido de la ley, como igualdad en la aplicación de la ley, así como el derecho a no ser discriminado.

Sobre los dos primeros derechos que se encuentran comprendidos en la enunciación del "derecho a la igualdad ante la ley", debemos destacar la impronta marcadamente liberal -cuño atribuible a gran parte de los derechos fundamentales- de dicho postulado. Efectivamente, el derecho a la igualdad ante la ley presupone una caracterización de la ley como general, abstracta y atemporal, por consiguiente justa, emanada de un Parlamento que se dice representante de toda la nación y que busca someter a la administración y la judicatura a la voluntad soberana de los pueblos, según el discurso de los tiempos iniciales del constitucionalismo y del Estado liberal de derecho. Se buscaba, pues, hacer tabla rasa de los privilegios y las arbitrariedades de origen particular, oponiéndose a ello la voluntad general, encarnada en las leyes del parlamento.

Sin embargo, con el paso de los tiempos y la evolución del Estado hacia formas estatales de contenido social, democrático y garantista, es decir, superado el estadio liberal del Estado moderno, le compete a este participar de la igualdad no únicamente como reconocimiento formal vinculante para el Congreso o Parlamento, sino para toda la estructura estatal, mediante la prohibición de la aplicación desproporcionada e irrazonable de normas que generen una situación de desigualdad injusta. Es más, el contenido social del Estado implica que las normas deben aplicarse de manera desigual si la diferencia de las personas, tras un análisis de la proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad de la medida, así lo justifica; situación conocida en nuestro medio con diversos nombres, entre los cuales preferimos el de "discriminación inversa". Es más, la discriminación inversa no tiene implicancias exclusivas en la aplicación de las normas de manera diferenciada cuando ello es conveniente, sino que abarca incluso aquellas acciones positivas del Estado para aliviar las desigualdades entre los individuos, en beneficio de los sectores de menor fortaleza social y económica.

La no discriminación tiene directa relación con las últimas ideas desarrolladas.

(9) Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(10) Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas (...).

El Estado, dijimos, no queda únicamente controlado en cuanto a su producción normativa o su accionar gubernativo, administrativo o jurisdiccional, tiene además una tarea directa para disminuir las desigualdades injustas, mediante la discriminación positiva. Es decir, existe un margen de acción estatal valorado positivamente en el que cabe la aplicación desigual de la ley, tratándose de desiguales; sin embargo, debe tratarse con cuidado esta diferenciación con la finalidad de no caer en una discriminación de consecuencias negativas, como aquellas expresamente repugnantes a la Constitución, verbigracia, los casos de las discriminaciones motivadas por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica.

Esta prohibición de discriminar pone énfasis, por considerarlos especialmente injustos, en los aspectos que se encuentran ajenos al control de los individuos⁽¹¹⁾ (origen, raza, sexo, condición económica), o que, siendo actividades o posturas libremente adoptadas, solo competen al fuero interno de las personas o definen y constituyen su personalidad. Toda vulneración en esta dirección, atentaría indefectiblemente contra lo establecido por el orden constitucional.

Como puede apreciarse, la no discriminación, a diferencia de la igualdad ante la ley, trasciende la sola observancia por parte de los agentes del Estado. Como derecho fundamental que es, vincula -sin lugar a dudas- a los particulares, con la singular fortaleza que detenta la Constitución y el privilegiado lugar que ocupan en ella los derechos fundamentales. Visto así, el derecho a la no discriminación representa un importante avance respecto de la clásica concepción de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado, lo que dice de su actual fuerza expansiva.

No estaría completa una explicación de este derecho o principio fundamental⁽¹²⁾ sino dejáramos de remitirnos a lo que el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, desarrolla sobre el tema.

El Derecho Constitucional entiende que los derechos fundamentales detentan una doble naturaleza. De una parte se han de comportar como derechos

(11) CARBONELL, Miguel. "Estudio Preliminar. La igualdad de los derechos humanos". En: El Principio de igualdad constitucional. Miguel Carbonell (compilador). Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. Págs. 12-24.

(12) Como se precisará luego, la igualdad y no discriminación "constituyen a la vez derechos y principios (...) Siendo un derecho es por ende un principio, y su utilización o denominación como derecho o como principio depende del intérprete, que es quien decide, dependiendo del caso concreto, si lo califica y describe como principio o como derecho, o indistintamente" (vide GARCÉS PERALTA, Carolina. "La discriminación indirecta o impacto adverso como forma de vulneración del principio de no discriminación". En: Cathedra, Espíritu del Derecho.

Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. N° 10. Año V. Lima, 2003. Pág. 174); baste por el momento esta nota.

subjetivos atribuibles a y exigibles por los individuos; de otra parte, deben considerarse principios jurídico-políticos de todo el ordenamiento: "Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias"(13).

Respecto al contenido del derecho fundamental a la igualdad, el Tribunal lo entiende constituido "a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres"(14).

Finalmente, cabe agregar que nuestro Tribunal hace mucho que ha fijado la idoneidad constitucional de la discriminación inversa. Así, el Tribunal Constitucional señaló que "el derecho a la igualdad consignado en la Constitución no significa, siempre y en todos los casos, un trato legal uniforme hacia los ciudadanos; el derecho a la igualdad supone tratar 'igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', lo cual parte de la premisa de que es posible constatar que, en los hechos, no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades"(15). En tal sentido, el Estado social no puede quedarse impávido contemplando dichas desigualdades, puesto que su deber trasciende al del Estado policía, mero custodio de las relaciones particulares, sino que debe hacer lo posible -en mérito de alcanzar la dignidad real de todas las personas- para que los obstáculos, ajenos a la determinación de las personas, sean removidos o, por lo menos, aminorados. El Tribunal considera, visto así, que la discriminación inversa, pese a implicar un trato desigual, "no es contraria a la Norma Fundamental, pues está amparada en la razonabilidad; estamos ante el supuesto de 'tratar distinto a los que son distintos', con la finalidad de reponer la condición de igualdad que en los hechos no se presenta"(16). Por ello, debe entenderse que "no todo trato desigual es inconstitucional, sino únicamente aquel que aparezca como decididamente irrazonable"(17).

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0261-2003-AAfTC. Fundamento jurídico 3.1.

(14) Ibidem.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente W 0016-2002-AI/TC. Fundamento jurídico 12.

IV. Deconstrucción del artículo 10 del Código Penal. El derecho fundamental de igualdad ante la ley como aplicación de la ley penal 1. Significado y contenido

A. Aplicación de la ley penal

No es muy complicado darse cuenta de que en la aplicación de la ley penal deben atenderse los principios generales del Derecho Penal. Sin embargo, no todos los principios conocidos de la Parte General resultan pertinentes en el momento de interpretar una norma penal y subsumir en ella determinada conducta⁽¹⁸⁾.

Ya habíamos adelantado que para efectos de la aplicación personal de la ley penal, resultaban relevantes tanto el principio de legalidad como el de responsabilidad por el hecho propio. Esto, sin embargo, no se hizo reparando en el tema de la aplicación de la ley por el juzgador, sino como supuesto abstracto referido a . criterios genéricos de subsunción.

Habiendo dejado constancia de esto, no creemos que sea la oportunidad para explayarnos sobre los principios del Derecho Penal pertinentes en la aplicación de la ley penal, considerando la extensión y finalidad de este estudio. Sin embargo, ello no significa en absoluto que rehuiremos a la difícil tarea de problematizar la aplicación de la norma penal por el juez. Solo nos eximimos del desarrollo de los principios, máxime cuando en otra parte hemos abordado el tema de los principios con merecida extensión⁽¹⁹⁾.

B. El Tribunal Constitucional y la aplicación igualitaria de la ley

El Tribunal, además de haberse pronunciado sobre la igualdad como derecho o principio constitucional y su múltiple contenido, ha tenido también ocasión para tratar, en forma reciente, el tema de la igualdad en la aplicación de la ley. La temática de la aplicación de la ley -que esbozamos en ideas antes apuntadas- se refiere al momento en que, tanto la administración pública como

(16) *Ibídem*.

(17) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 1399-2001-ANTC. Fundamento jurídico 5.

(18) Desde esta perspectiva, podemos decir que, si bien los principios tienen un ánimo omnicompreensivo respecto del Derecho Penal, es cierto también que determinados principios tienen un especial ámbito de incidencia; así, unos se refieren en prioridad a diferentes momentos de la creación de las normas penales, tales como a la valoración de los bienes jurídicos, fijación de las penas o la imputación del injusto; otros son de mayor utilidad en la interpretación o aplicación de las penas, como lo referido al principio de legalidad o el de prohibición de analogía perjudicial.

(19) CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Sobre el tema, véase en especial los principios de legalidad, prohibición de retroactividad perjudicial, prohibición de analogía in mala parte, prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, y principio de culpabilidad.

la jurisdicción, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables(20). Visto así, ella no está orientada al contenido de las normas públicas expedidas por cualesquiera de los organismos estatales, ni a actos discriminatorios entre particulares.

En concreto, la igualdad en la aplicación de la ley nos dice de la objetividad con la que se debe impartir justicia, administrar o decidir sobre derechos; en otras palabras, que, ante supuestos similares la aplicación de la ley para decidir dichos casos sean igualmente similares, prohibiéndose toda diferenciación injustificada e irracional en la utilización e interpretación de las normas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la aplicación de la ley con igualdad impone "una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar normas jurídicas"(21). Entonces, se reputa contrario a la aplicación igualitaria de la ley cuando, en un "proceso de formulación o interpretación-aplicación de la ley, esta genera consecuencias jurídicas diferentes entre una persona y otra (...). En síntesis, se consuma a través del establecimiento de derechos, facultades y atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones disímiles, a pesar de ser idénticas a las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso"(22).

La Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente NQ 12792002-AAffC fija cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en las decisiones administrativas que aplican la ley, aunque la doctrina hace mención a estos criterios como referidos a la aplicación judicial de las normas(23). Se exige, así: i) que la aplicación se produzca por un mismo órgano administrativo, en tal sentido, que un mismo órgano expida resoluciones o actúe de manera arbitraria, caprichosa y subjetiva, sin base objetiva y razonable que justifique su proceder; ii) que exista una identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano administrativo, identidad que no debe ser necesariamente plena, mas sí debe observarse suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de hecho

(20) Cabe agregar que el Congreso también realiza aplicación de la ley, por ejemplo, al decidir las destituciones, vacancias, inhabilitaciones, levantamiento del fuero que la Constitución les faculta, mediante las acusaciones constitucionales.

(21) Sentencia del Tribunal Constitucional recarda en el Expediente N° 1279-2002-AAITC. Fundamento jurídico 2.

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional recarda en el Expediente N° 0261-2003-AAITC. Fundamento jurídico 3.1.

(23) BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española". En: El Principio de igualdad constitucional. Miguel Carbonell (compilador). Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. Págs. 114, 120.

enjuiciados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían una aplicación igual de la norma; iii) que se oponga un *tertium comparationis* válido, en otras palabras, que se demuestre la existencia de una "línea constante", una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas; iv) finalmente, para acreditar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, no debe existir fundamentación adecuada que justifique el apartamiento de la línea constante de comprensión y aplicación de las normas, pues, como es sabido, no existe obligación por parte de quienes aplican las normas para entender y utilizar dichas normas en un mismo sentido ante supuestos similares, por tanto, no debemos encontrar ante un alejamiento legítimo y razonable de la tendencia de aplicación normativa anterior.

Conforme a lo expresado, el Tribunal Constitucional, en un caso de aplicación diferenciada de la norma en sede judicial⁽²⁴⁾, enfatizó que, si bien todo Colegiado "tiene la facultad para variar los criterios de su propia jurisprudencia (oo.) para optar por dicha alternativa se necesita (...) explicar las razones de hecho y de derecho en que se sustenta tal cambio de criterio". Visto así, el Tribunal sostuvo que "no obstante tramitar dos procesos en forma simultánea, donde el petitorio es el mismo, al igual que la naturaleza de las partes que en ellos participan, no ha debido adoptar fórmulas diferenciadas, pues tal proceder lesiona el principio de igualdad, el cual queda sometido a una discrecionalidad judicial donde los principios constitucionales no tienen ningún referente objetivo". De ahí la necesidad de fundamentar los cambios de criterio, pues lo contrario, el cambio infundado de tendencia en la comprensión y aplicación de las normas, hace de dicho proceso un irregular, por tanto, uno que "rompe la estructura de lo que constituye un proceso justo o debido".

Independencia de la función jurisdiccional y afectación del derecho a la igualdad

El juez, *prima facie*, es libre para resolver los casos que conoce, atendiendo no más criterio que el de su recta conciencia. En este sentido, el Estado constitucional de derecho busca la separación e independencia de ciertas funciones claves, especialmente de la función de administrar justicia, de forma tal que no exista intromisión en el libre desarrollo de las competencias encomendadas, estableciéndose garantías al máximo nivel-el nivel constitucional- que aseguren la autonomía mencionada. Sin embargo, no debe verse en esta autonomía facultades absolutas que permitan a los jueces actuar con arbitrariedad, pues el Estado de derecho implica la subordinación a las normas por parte de los poderes públicos; en este caso, queda el juez vinculado a la ley y a la Constitución.

2. La sumisión del juez a las leyes constitucionales y la propia Constitución, en el sentido antes mencionado, cumplirá una doble finalidad: de una parte, cubre de legitimidad democrática la labor de los jueces, pues sus decisiones no

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente NQ 1975-2002-AAfTC. Fundamento jurídico 3.

impondrán su voluntad, sino la de la voluntad general, a través de la aplicación de las normas discutidas y dadas por los representantes de dicha voluntad; de otra parte, la sumisión a la leyes también fundamento de la independencia judicial, así, puede decirse que el juez, al estar sometido únicamente a la ley, queda fuera de cualquier intento de sometimiento que distorsione la autonomía constitucionalmente consagrada para el cumplimiento de sus funciones. De ahí que pueda sostenerse que: "Dependencia de la ley e independencia del juez son las dos caras de la misma moneda(25)".

Cuestión que merece atención es si esta independencia constitucionalmente consagrada queda, dentro de los márgenes de la ley(26), en completa libertad en lo que a interpretación de las normas se refiere, o si, por el contrario, la Constitución exige que se establezcan mecanismos uniformadores de jurisprudencia, atendiendo a la seguridad jurídica y observando la igualdad en la aplicación de las leyes(27). En otras palabras, cabe cuestionarnos en qué medida el juez, bajo el manto de independencia funcional, puede dejar de observar decisiones suyas precedentes; además, cómo el ejercicio de esta independencia, que significa una garantía para la autonomía de las funciones judiciales y de la administración de justicia, podría afectar derechos fundamentales, en especial, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Luego de todo lo anotado, creemos conveniente comprender la independencia de la función jurisdiccional como una garantía institucional, que permite al juez decidir, sin interferencias, sobre los asuntos que está constitucional y legalmente facultado para conocer. Empero, esta facultad no es una atribución que pueda ejercerse con arbitrariedad, pues -como ya quedó dicho- la independencia judicial encuentra fundamento en la sumisión del juez a las leyes, lo que hace de esta garantía también una en beneficio de los administrados, pues asegura la imparcialidad en la administración de justicia. Por ello, el juez puede resolver casos similares cambiando los criterios que fundamentan su decisión -e incluso apartándose de decisiones de instancias superiores-, siempre que dicha decisión diferente no sea arbitraria, es decir, que se adecue al estándar de un proceso debido formal (por ejemplo, motivando el cambio de criterio) y sustantivo (verbigracia, que dicha decisión no sea contraria a preceptos constitucionales, en especial a derechos fundamentales). Lo contrario, queda ahora claro, no merece el nombre de independencia de la función jurisdiccional; más aun, afectará

(25) PÉREZ ROYO, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". Marcial Pons. Madrid, 2000. Pág. 883 (cursivas del texto original).

(26) DE ATTO, Ignacio. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes". Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 299, quien hace referencia, además de la nulidad de las resoluciones contrarias al Derecho, a la posibilidad de sanción al juzgador por la evidente mala aplicación de la norma (v.gr. el prevaricato).

(27) GASCÓN ABELLÁN, Marina. "El papel del juez en el Estado de derecho". En: La Argumentación en el Derecho.

Algunas cuestiones fundamentales. Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García. Palestra. Lima, 2003. Pág. 19.

gravemente los derechos fundamentales, resintiendo hasta al propio sistema constitucional.

V. (Continuación) Deconstrucción del artículo 10 del Código Penal. Prerrogativas por la razón de la función o cargo

1. ¿Implican las prerrogativas un trato diferenciado en la aplicación de la ley?

Empezamos puntualizando lo que por igualdad en la aplicación de la ley entendemos: un principio-derecho referido a la prohibición de arbitrariedad en la interpretación y empleo de normas para decidir sobre derechos; en tal sentido, la igualdad en la aplicación de la ley requiere que, ante circunstancias fácticas y jurídicamente iguales, se resuelva en un mismo sentido, necesitándose ante cualquier trato diferenciado una adecuada motivación que justifique dicha peculiaridad.

¿Afectan, según lo anotado, las prerrogativas por razón de función o cargo el principio de igualdad ante la ley? Para responder tal interrogante debemos atender si se trata de un caso arbitrario de aplicación de la ley.

Al respecto, empezaremos diciendo que no se trata de un problema de aplicación (aplicación desigual) de la ley. Así, las prerrogativas no significan comprensión o uso imparcial de las normas⁽²⁸⁾, de forma tal que ante supuestos iguales se manipule el sentido de una misma norma aplicable al caso concreto, con resultados disímiles. Por el contrario, estamos ante una situación en la que la propia ley establece diferencias en los supuestos de hecho, por tanto, la aplicación de dichos dispositivos no significará la arbitrariedad en la actuación de los jueces penales -violatoria de la igualdad en la aplicación de la ley- sino el mero sometimiento a ley, pues en todo caso, reiteramos, los jueces deben observancia a la Constitución y las leyes.

Nadie, verbigracia, podría cuestionar válidamente la aplicación de preceptos agravantes o atenuantes de las penas ante similares hechos delictivos, por ser un trato diferenciado. Visto así, ante supuestos similares, como en los casos de homicidio simple o aborto, no podría alegarse la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley si el juez penal detecta que el

(28) SANTAOLALLA, Fernando. "Derecho Parlamentario español". Espasa-Calpe. Madrid, 1990. Pág. 118, quien llega a sostener, respecto de la inmunidad e inviolabilidad parlamentaria -aunque bien puede extenderse a otros supuestos-, que al disponerse "la inmunidad e inviolabilidad de los parlamentarios no se pretenda proteger los intereses personales de estos, sino, muy al contrario y de modo exclusivo, la independencia y autonomía del Poder Legislativo del Estado. Por ello, toda utilización de estos privilegios parlamentarios que no corresponda a este común fundamento debe considerarse como una verdadera desviación del poder. En ese caso, los privilegios pierden su carácter institucional para convertirse en odiosas prerrogativas personales".

homicida es un menor de edad (causal eximente) o es el cónyuge de la víctima (circunstancia agravante), o si la abortista recurre a ese vedado método tratándose de un embarazo ocasionado por violación sexual (hecho atenuante). Se trata de diferenciaciones que provienen de la ley y no de diferenciaciones que realiza el juez penal en la aplicación de las mismas.

Igual sucede con las prerrogativas funcionales: la diferenciación es creada por el legislador (lo que habilita su aplicación judicial), no arbitrariamente impuesta por el juzgador. Por ello, estamos ante un asunto de igualdad en el contenido de las leyes, es decir, dentro del ámbito del derecho a la igualdad ante la ley, que impide al legislador la expedición de normas que creen diferencias -a favor o en contra- de algún grupo o sector de la sociedad, salvo que se acredite la necesidad, proporcionalidad y eficacia de dichas medidas diferenciadoras, o que la naturaleza de las circunstancias permita entender que estas supuestas diferenciaciones no son tales, sino que nos encontramos ante supuestos justificadamente diferentes(29) .

Debemos tener en cuenta que el juez puede evaluar, por el principio de supremacía constitucional, la constitucionalidad de dicha opción legislativa. La prohibición de arbitrariedad toma, pues, otro cariz. Ha quedado suficientemente demostrado que la magistratura no puede hacer uso o interpretación arbitraria de las normas; sin embargo, la aplicación de una ley que crea diferencias queda sustraída de este supuesto, ya que la vigencia de esta ley supondría su aplicación válida por la judicatura. Empero lo anotado, es importante recordar que el juez está siempre vinculado, por mandato constitucional, al respeto de la jerarquía normativa; por ello, cabe contrastar toda norma que contenga alguna prerrogativa o discriminación adversa con la norma jerárquicamente superior, la Norma Fundamental, con la finalidad de evaluar si aquella se encuentra de acuerdo a esta.

En este sentido, no basta la existencia formal de una norma diferenciadora para que la aplicación de la ley quede librada de vicios, sino que debe verificarse la constitucionalidad de dicha norma, pues solo se justifica un trato desigual en el contenido de la norma cuando el resultado benéfico es mayor que el perjudicial, lo que se obtiene de examinar la razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad de la medida legislativa(30). Esta evaluación, completando la idea, la debe realizar el juez penal ordinario, en la importante y delicada misión de

(29) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0261-2003-AAITC. Fundamento jurídico 3.2: "Como se ha señalado anteriormente, el Principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto esta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus 'calidades accidentales' y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente". Una crítica respecto a los términos acríticamente empleados por la doctrina véase en PEREZ ROYO, Javier. Op. Cit. Pág. 311.

(30) "A manera de colofón cabe señalar que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica; d)

ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas(31). Por ello, puede decirse que la prohibición de arbitrariedad en la aplicación de la ley demanda del juez penal más que la aplicación imparcial de la ley, sino exige además un análisis sobre la constitucionalidad de la ley que crea desigualdad, pues no parece ser menos arbitraria la aplicación injustificadamente desigual de la ley, que la aplicación de una ley injustificadamente desigual.

2. Visión clásica del contenido de las prerrogativas

Las prerrogativas que se establecen por motivo de función o cargo varían según lo dispuesto en las diferentes Constituciones nacionales. No creemos que se deba, en este orden de ideas, estudiar en abstracto las prerrogativas que existen en el plano teórico, si lo que se busca es desarrollar el contenido de la segunda parte del artículo 10 del Código Penal.

Discrepamos, por lo anotado, con los autores que abordan el tema reconociendo que son tres las prerrogativas funcionales que encontramos en el Derecho peruano, las de inviolabilidad, inmunidad y antejuicio(32).

Para ellos, sin que se encuentren necesariamente equivocados en el plano conceptual, estos serían privilegios de diferente contenido; sin embargo, no se diferencia la inviolabilidad de la inmunidad, ni se atiende a la unidad existente entre la inmunidad y el antejuicio. Así, después de hacer una referencia preliminar sobre los conceptos clásicamente vertidos por la doctrina nacional, intentaremos una clasificación realmente acorde con nuestro Derecho en el siguiente ítem.

Para nuestros autores, la inviolabilidad significa que la persona que goza de este derecho no puede penalmente ser perseguida ni pasible de sanción penal (en determinados casos). Este privilegio, reconocido para congresistas y altos funcionarios del Estado, encontraría justificación en la naturaleza de las funciones que tienen y en la necesidad de garantizar su libre ejercicio. Tal privilegio no sería, empero, ilimitado, sino circunscrito a la libertad de expresión en el ejercicio de sus

razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad". (Sentencia del Tribunal emitida en el Expediente N° 0261-2003-AAITC. Fundamento jurídico 3.2).

(31) GASCÓN ABELLÁN, Marina. "El papel del juez en el Estado de derecho". En: La Argumentación en el Derecho. Op. Cil. Págs. 24 y sgte.; FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés. Trotta. Madrid, 1995. Págs. 873 y sgtes.

(32) HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. Lima, 1987. Págs. 307 y sgte.; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". San Marcos. 2ª edición. Lima, 1998. Págs. 157 y sgtes.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. Lima, 2001. Pág. 87; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Págs. 166 y sgtes.

funciones, de suma importancia en la institución parlamentaria y extendido a otros funcionarios por mandato constitucional.

La inmunidad, por su parte, estaría referida a la imposibilidad de que una persona sea perseguida, apresada o sancionada penalmente mientras dure su cargo. Ello empero, encuentra excepción cuando existe previa autorización del Congreso, como la ley de leyes lo establece.

Finalmente, el antejuicio sería una prerrogativa procesal por la cual ciertos funcionarios son enjuiciados fuera de sede judicial o sometidos a jurisdicción o ley distinta a la que le correspondería si le juzgase como un ciudadano cualquiera.

3. Las prerrogativas funcionales: inviolabilidad e inmunidad. Crítica a las "prerrogativas clásicas"

Por nuestra parte, sostenemos que las únicas prerrogativas son dos: la de inviolabilidad e inmunidad funcionales. Pasemos a definir las, intentando superar las carencias de las definiciones precedentes⁽³³⁾.

La inviolabilidad impide la persecución y sanción penales de quienes gozan de dicha prerrogativa, únicamente cuando los hechos que generarían responsabilidad penal son cometidos en el ejercicio de las funciones. La inviolabilidad busca garantizar, en esa medida, el ejercicio libre de las funciones de los funcionarios estatales de mayor nivel, de forma tal que la independencia de su actuación quede protegida contra intromisiones de los poderes públicos o de Estado extranjeros. Tal prerrogativa es reconocida, a nivel interno, para los Congresistas de la República⁽³⁴⁾, estatus que se extiende a los magistrados del Tribunal Constitucional⁽³⁵⁾ y el Defensor del Pueblo⁽³⁶⁾. Esta prerrogativa nace en beneficio del Parlamento. Y solo por extensión es reconocida a otros funcionarios; en este sentido, la Constitución se refiere a la irresponsabilidad por los votos u opiniones en el ámbito parlamentario; extendible a los fundamentos y fallos contenidos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional y a los documentos oficiales (por ejemplo, los

(33) Cfr., principalmente, SANTAOLALLA, Fernando. Op. Cit. Págs. 118, 123; PLANAS SILVA, Pedro. "Derecho Parlamentario". Ediciones Forenses. Lima, 1997. Págs. 113 y 126.

(34) Artículo 93.- Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento".

(35) Artículo 201.- (...) Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata

(...).

(36) Artículo 161.- (...) El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas (...).

Informes Defensoriales) expedidos por la Defensoría de Pueblo, así como aquellas declaraciones oficiales que se realicen en el ejercicio del cargo público.

Existe, además, una inviolabilidad que se manifiesta en el Derecho Internacional, y es la reconocida a los Jefes de Estados extranjeros, así como a embajadores y ministros plenipotenciarios, principalmente contenida en el Código de Bustamante, en el Tratado de Montevideo de 1940 y la Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos (20 de febrero de 1928). Pese a reputarse Derecho vigente, dudamos de la constitucionalidad y del arreglo de esta a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por los países partes de las normas primero nombradas, pues se establece la irresponsabilidad absoluta de los mandatarios y diplomáticos, sin observarse si estos son cometidos en el ejercicio normal de las funciones internacionales que les corresponde. Si bien puede decirse que tales funcionarios se encuentran en otro país en ejercicio de sus funciones, eso no debe tener como consecuencia sustraerse de la jurisdicción del país en que se cometieron los hechos punibles, pues no puede concebirse que la función' de representante de un Estado extranjero pueda tener relación con la lesión o puesta de peligro de bienes jurídicos de suma importancia, esto es, con la comisión de actos criminales.

Situación diferente acontece con las Fuerzas Armadas extranjeras: el Código de Bustamante establece una verdadera prerrogativa funcional, en la medida en que un Estado que admite la presencia de fuerzas armadas extranjeras no puede perseguir ni aplicar leyes penales a los autores de los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, correspondiendo la sanción penal al Estado del que provienen las fuerzas extranjeras.

La inmunidad, por su parte, se refiere a la imposibilidad de que a los beneficiarios de esta prerrogativa se les procese o sancione sin que antes medie una evaluación por parte del Congreso, que permita la persecución penal de los hechos que se alegan punibles. A diferencia de la prerrogativa de inviolabilidad, que era de índole sustantiva en cuanto determina la no responsabilidad pena/de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad es una prerrogativa de naturaleza procesal, pues establece un requisito formal-el antejuicio-para la persecución de los hechos delictivos. La inmunidad, de esta forma, cubre al funcionario de la persecución directa por cualquier acto u omisión punible, aunque ella no se realice en el ejercicio de las funciones. Con esta prerrogativa, se pretende librar a determinados funcionarios de persecuciones políticas, que melle el desenvolvimiento autónomo de los poderes y órganos del Estado. Visto así, el privilegio de la inmunidad está referido principalmente a la persecución y sanción de los miembros del Congreso y otros funcionarios en los diferentes ámbitos de su vjda, mientras que el privilegio de la inviolabilidad permite el libre ejercicio de las actividades de dichos funcionarios, únicamente en el cumplimiento de su cargo.

El antejuicio, como se desprende de lo ya mencionado, no es más que una parte integrante de la prerrogativa de inmunidad funcional. No se trata de una prerrogativa diferente, pues, como dijimos, la inmunidad es el privilegio que

impone que para que exista procesamiento o castigo de altos funcionarios cubiertos por esta prerrogativa, debe existir un juicio previo de parte del Congreso que determine que se trata de un hecho que merece investigación penal y no de una simple persecución política, juicio previo que precisamente se denomina antejuicio.

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios constitucionales de Derecho Penal". Hammurabi.

Buenos Aires, 1999. BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando. "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española". En: El Principio de igualdad constitucional. Miguel Carbonell (compilador). Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". San Marcos. 2ª edición. Lima, 1998. CARBONELL, Miguel. "Estudio Preliminar. La igualdad de los derechos humanos". En: El Principio de igualdad constitucional. Miguel Carbonell (compilador). Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal.

Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. CEREZO MIR, José. "Problemas fundamentales del Derecho Penal". Tecnos, Madrid. DAHL, Robert. "Los dilemas del pluralismo democrático". Alianza editorial. México, 1991. DE OTTO, Ignacio. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes". Ariel. Barcelona, 1999. FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés. Trotta. Madrid, 1995. GARCÉS PERALTA, Carolina. "La discriminación indirecta o impacto adverso como forma de vulneración del principio de no discriminación".

En: Cathedra, Espíritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. W 10. Año V. Lima, 2003. GASCÓN ABELLÁN, Marina. "El papel del juez en el Estado de derecho". En: La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García.

Palestra. Lima, 2003. JESHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General".

Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. HÁBERLE, Peter.

"El Estado constitucional". UNAM - Fondo Editorial PUCP. Lima, 2003. HÁBERLE, Peter.

"La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional". Fondo Editorial puép.

Lima, 2001. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili.

Lima, 1987. LANDA ARROYO, César. "Apuntes para un teoría democrática en América Latina". Fondo Editorial PUCP. Lima, 1994. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional". Normas Legales. W 264. Trujillo, 1998. PÉREZ ROYO, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". Marcial Pons. Madrid, 2000. PETZOLD-PERNÍA,

Hermann. "La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana". Anuario de filosofía jurídico social. W 10. Argentina, 1990.

PLANAS SILVA, Pedro. "Derecho Parlamentario". Ediciones Forenses. Lima, 1997.

ROSENFELD, Michel. "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional". En: El Principio de igualdad constitucional. Miguel Carbonell (compilador). Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003. SANTAOLALLA, Fernando. "Derecho Parlamentario español". Espasa-Calpe. Madrid, 1990. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado".

Grijley. Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

"El principio de igualdad ante la ley se aplica también en igualdad de condiciones, existiendo numerosas situaciones previstas en el Código Penal que consideran agravante la calidad particular del agente".

(Ejecutoria Suprema 17/10/95. Exp. 3319-95. Arequipa. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 67-68).

"La calidad de miembro de la Policía Nacional constituye una circunstancia agravante si incurre en delito común. Dicha agravante no viola el principio de igualdad ante la ley, pues la calidad de miembro de la institución tutelar del orden impone deberes especiales que obligan frente a la sociedad, lo que no debe confundirse con una condición discriminatoria que se recusa".

(Ejecutoria Suprema 16/11/95. Exp. 3319-95. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 68).

"En caso al procesado se le haya abierto instrucción con anterioridad a su elección como Congresista de la República no procede el requisito del antejuicio; pero también es cierto que resulta indispensable se defina su situación jurídica en el proceso instaurado, debiendo el A-qua remitir copias de la causa a la Corte

Suprema de la República para que este máximo órgano jurisdiccional, si lo considera pertinente, solicite el levantamiento de su inmunidad parlamentaria".

(Resolución Superior 15/10/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2389-97-A. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 68).

"Para los efectos de la imposición de la pena debe tenerse en cuenta que los actores reaccionaron con indignación frente a la conducta delictuosa del occiso, a quien lo condujeron al local comunal con la finalidad de castigarlo y no para victimarlo. El principio de igualdad ante la ley se aplica también a la igualdad de

calidad del agente. Existen numerosas situaciones previas en el Código Penal que consideran agravante la calidad particular del agente". (Ejecutoria Suprema 08/07/96. Exp. 1433-96. Arequipa. Caro Coria, O/no Carlos. "Código Penal". Pág. 126).

"La doble pena a los policías establecida por el D.L. Nf.1 25662, es inaplicable por la Sala Penal de la Corte Superior en el caso sub-materia, por considerar dicha medida como violatoria del principio de igualdad ante la ley y del carácter general de las leyes establecida en la Constitución Política, así como del principio de proporcionalidad de las sanciones recogido en el Código Penal". (Resolución Superior 30/09/94. 7. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 412-94. Caro Corla, O/no Carlos. "Código Penal". Págs. 126-127).

"Considerado como un acto legítimo el levantamiento del fuero parlamentario a un diputado de la Nación, este no puede cuestionarse mediante la acción de hábeas corpus".

(Resolución Superior 2. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 818-91. Caro Corla, O/no Carlos. "Código Penal". Pág. 127).

CAPÍTULO I

BASES DE LA PUNIBILIDAD

CLASES DE INFRACCIONES PENALES: POR COMISIÓN U OMISIÓN, DOLOSAS O IMPRUDENTES

Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. .

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arto 2. 3. 5. 7. 40, 238, 725 C. DE P.P. arto 5 parrafo 3 C. arts. 2.24.a. 2.24.d. 139.9 C.P. arts. 11, 111. VII. 12 C. T. arto 164

Comentario

José Luis Castillo Alva

El Código Penal peruano consagra en el artículo 11 del Código Penal una regla político-criminal y dogmática de suma trascendencia en la medida en que establece de modo parco, pero esencial, tres principios jurídico-penales: a) El principio del hecho propio, b) El principio de responsabilidad subjetiva y c) El principio de legalidad. ..

En efecto, tras la referencia de que: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley", se esconde un valioso postulado político-criminal que establece los tres principios más importantes del Derecho Penal en cualquier país que se precie de civilizado y que marcan el derrotero de toda legislación penal, precisando una garantía al ciudadano respecto a las condiciones y a los presupuestos de toda legislación penal. Veamos.

1. El principio del hecho propio 1. Denominación y significado

A. El principio del hecho tiene consagración constitucional y se encuentra en diversos preceptos de la legislación penal ordinaria. La Constitución en el artículo 2 inciso 24 párrafo d) considera que: "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". La ley consagra de esta manera una disposición que no solo funda la responsabilidad penal en un hecho previsto en ella, sino que efectivamente exige que exista un acto (externo) en la realidad (social).

El principio del hecho tiene un correlato y expresión jurídica en el principio de legalidad. De esta manera, y apelando a un razonamiento a contrari sensu, se tiene que en nuestra legislación se abandona la responsabilidad por los pensamientos o los estados anímicos, excluyendo además cualquier otra clase de responsabilidad que no se ampare en el actuar externo. Igual regulación que el texto constitucional se encuentra en el artículo 11 del Título Preliminar del Código Penal(1).

Asimismo, puede verse que el Código Penal en su parte general realiza referencias directas a la necesidad de conducta humana. Así, en el capítulo de autoría y participación puede encontrarse: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente" (artículo 23), o en la regulación de la tentativa delictiva que exige con mayor precisión: "el comienzo de la ejecución del delito" como el momento donde nace la ulterior responsabilidad penal. Ello solo para citar los ejemplos más irrecusables al respecto.

B. Este principio, eje del Derecho Penal contemporáneo, recibe diversas denominaciones por parte de la doctrina. Algunos autores lo llaman principio de materialidad de la acción(2), otros lo denominan principio de la objetividad material del delito(3), principio de culpabilidad por el hecho aislado(4) o, de manera más sencilla, principio del acto(5) o principio del hecho(6). Nosotros, basados en los argumentos que luego se expondrán, hemos considerado pertinente denominar a este axioma penal como principio de responsabilidad por el hecho propio, buscando hacer hincapié en la necesidad de que la responsabilidad jurídico-penal se asiente sobre una determinada conducta externa que efectivamente haya sido realizada por la persona a quien se le imputa la comisión del injusto penal, y, en especial, el resultado; de tal manera que se excluya su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante, y que han podido ser causados por otros sujetos.

C. Ningún daño, ningún resultado, por más grave que sea, que perjudique a un individuo, a la sociedad o al Estado, puede estimarse penalmente relevante sino es como efecto de una conducta humana(7). Solo el hombre puede delinquir y solo sus acciones gozan de mérito o demérito. El ordenamiento

(1) Sin embargo, es de precisar que la regulación penal aludida solo hace referencia a un "acto", dejando de lado, a diferencia del texto constitucional, a la omisión. No obstante, creemos que esto no es problema para que el principio del hecho se entienda en su más amplia dimensión.

(2) Así FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Traducción de Andrés Ibáñez et al. Trola. Madrid. 1995. Pág. 480.

(3) Véase BETTIOL, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal". Traducción de Gutiérrez AlvizConradi. Bosch. Barcelona, 1977. Pág. 114.

(4) ZIPF, Heinz. "Introducción a la Polítita Criminal". Traducción de Izquierdo Macías-Picavea. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. Pág. 50.

jurídico repara en dichas conductas, ya sea para imponer una sanción negativa (pena o cualquier otra medida que elimine o restrinja derechos) o una sanción positiva (recompensa o beneficio por una acción valiosa)(8). Los eventos dañosos que causan grave perjuicio y que se corresponden o son causados por las fuerzas de la naturaleza o el puro azar, no pueden generar ninguna clase de responsabilidad penal. En estos casos el Estado está liberado de imponer cualquier sanción. Solo las conductas humanas tienen relevancia para el Derecho y solo en la medida en que existan pueden generar alguna clase de consecuencia jurídica. Aquello que no es dominado por el hombre ni provocado por su voluntad no puede hacer surgir una reacción jurídica ni menos generar una sanción jurídico-penal. Sin una conducta no solo no hay delito, sino que no puede imponerse una sanción jurídica. El Derecho mismo es inimaginable sin el comportamiento humano. Como bien apuntó MAGGIORE: "El hombre es delincuente por su obrar y en su obrar, no por su ser, aun no revelado en obras(9)11.

D. El principio de responsabilidad por el hecho implica que el Derecho Penal, como sucede en el ordenamiento jurídico en general, solo puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una "conducta objetiva"(10). Mientras la intención no se objeque ni se exprese externamente la voluntad que altera la paz social lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no puede plantearse ninguna clase de responsabilidad penal.

Toda conducta o "voluntad objetivada" penalmente relevante, además de ser captada por los sentidos, al suponer un despliegue de energía (acción) o al tener un contenido normativo valorativo (omisión), debe poseer una trascendencia y un significado social(11), ya sea por comprometer un interés colectivo o un bien individual, dado que si ellos son tutelados por el Derecho Penal deben representar un proceso o relación social de indudable valor(12).

(5) De esta manera VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal". Temis. 3ª edición. Bogotá, 1997. Pág. 270; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Tomo 11. Temis. Bogotá, 1986. Pág. 20.

(6) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999. Pág. 315; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia, 1993. Pág. 278.

(7) FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 480.

(8) Véase BOBBIO, Norberto. "La función promocional del Derecho". En: Contribución a la Teoría del Derecho.

Traducción de Ruiz Miguel. Madrid, 1990. Págs. 376 y sgtes.

(9) MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Tomo 1. Temis. 2ª edición. Bogotá, 1985. Pág. 309, quien apunta: "Un delincuente que nunca ha delinquido es como un genio que nunca ha hecho algo genial o un santo que nunca ha realizado un acto de santidad".

Como consecuencia del principio de responsabilidad por el hecho propio se proscribía la responsabilidad por el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico. La esfera íntima de los ciudadanos, los fueros internos, no pueden ser intervenidos ni juzgados por el ordenamiento jurídico, y menos por el Derecho Penal, imponiendo una sanción, al ser ello competencia exclusiva de la moral y la ética. Como bien se apunta, el orden jurídico regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia⁽¹³⁾. El pensamiento y el mero designio criminal al no exteriorizarse en una acción no lesionan ningún bien jurídico y no ponen en riesgo la paz social que el Derecho resguarda, como tampoco hacen necesaria una estabilización de las expectativas normativas ni generan algún daño para la sociedad o el individuo concreto.

2. Fundamento e importancia

A. El principio del hecho propio es un principio de origen y de prosapia liberal. Cumple una función de certeza y sirve a la seguridad jurídica en beneficio de los derechos individuales⁽¹⁴⁾. Refleja además uno de los más grandes legados de la Ilustración Y el liberalismo político: la separación del Derecho y la moral⁽¹⁵⁾. En épocas no muy remotas era frecuente asociar la idea de delito con la de pecado.

Las leyes penales encontraban legitimación cuando expresaban las concepciones morales de los gobernantes de turno o sintetizaban los postulados de un determinado credo religioso. Hoy en día los campos del Derecho y la moral se encuentran nítidamente diferenciados. Prueba de ello, según FERRAJOLI, es la concepción del delito, el proceso y la pena. El Estado cuando crea delitos no tiene la función de reforzar o imponer la moral, sino solo la de impedir la comisión de acciones dañosas a terceros a través de la lesión de bienes jurídicos⁽¹⁶⁾. En el proceso el juez no debe someter a indagación el

(10) Schopenhauer sostenía que: "El hecho, lo acaecido es la única realidad para el Estado, la intención o la voluntad no se toman en cuenta, sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho". .

(11) BETTIOL, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 114.

(12) Sobre el bien jurídico, véase ROXIN, Claus. "Derecho Penal". Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. 219. Pág. S6; JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Coma res. Granada, 1993. Pág. 231; MIR PUIG, Santiago.

"Derecho Penal". Reppertor. S' edición. Barcelona, 1998. Págs. 134 y sgtes. En la doctrina nacional, URQUIZO OLAECHEA, José. "El Bien Jurídico". En: Revista peruana de Ciencias Penales. N' 6. Págs. 80S y sgtes.

(13) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 31S.

(14) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicios de Publicaciones. 2ª edición. Madrid, 2000. Pág. 3S9.

alma de los imputados, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino solo investigar los comportamientos prohibidos. Por último, cuando aplica la pena, el Estado no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, ni tampoco tiene derecho a modificar la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y seguir siendo lo que es(17).

B. El principio del hecho propio representa una garantía política insustituible para el ciudadano en relación con el Estado. La ejecución de una acción constituye el límite infranqueable para el Derecho Penal en la fijación de la responsabilidad penal y la imposición de una pena o medida de seguridad(18). Sin la realización de una conducta humana no puede imponerse sanción alguna. La relegación del principio del hecho en beneficio de un Derecho Penal de ánimo o de un Derecho Penal de la peligrosidad social traería un perjuicio severo al ordenamiento jurídico-penal de un Estado democrático, el cual paulatinamente se acercaría a un

(15) Sobre la diferencia entre moral y Derecho, véase RECASENS SICHES, Luis. "Vida Humana, Sociedad y Derecho". Porrúa. 3ª edición. México, 1952. Pág. 185; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. "Filosofía del Derecho". Bosch. 5ª edición. Barcelona, 1979. Pág. 431; DEL VECCHIO, Giorgio. "Filosofía del Derecho". Revisada por Legaz y Lacambra. Bosch. 9ª edición. Barcelona, 1980. Pág. 320; RADBRUCH, Gustavo. "Filosofía del Derecho". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. Pág. 51; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Porrúa.

7ª edición. México, 1994. Pág. 57.

(16) Con razón Hobbes apuntaba en el Leviatán que la misión de las leyes era que los súbditos no se dañen.

(17) FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Págs. 222 Y 481, para quien este principio: "Observado en negativo, como límite a la intervención penal del Estado, marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune en su ser a límites y controles y equivale, por lo mismo, a la tutela de la libertad interior como presupuesto no solo de su vida moral, sino de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al Estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables solo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal".

(18) La medida de seguridad, a pesar de que reposa en la peligrosidad del agente, no prescinde de la realización de un hecho en su imposición, tal como lo dispone el artículo 72 incisos 1 y 2 del Código Penal.

autoritarismo intolerante y obsecuente. Sin el principio aludido las fronteras del Derecho Penal y la moral se volverían borrosas por lo incontrolable, desproporcional y desmedido de las intervenciones estatales en la esfera privada de los ciudadanos.

Los regímenes totalitarios tienden a escrutar el ámbito interno del hombre a fin de controlar su pensamiento. Para ello necesitan adelantar la barrera de lo punible hasta alcanzar al pensamiento malvado, inmoral, infiel, antes que se objective y se traduzca en un hecho concreto⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾. Una dictadura política puede tomar a cualquier disidencia u opinión contraria de un ciudadano, que no se ha concretado en acción alguna, como una demostración de rebeldía y de sedición contra el régimen. Por ello, no es raro que sancionen peculiares "conspiraciones" o que prohíban la reunión de una o más personas.

El principio del hecho propio -de hondo sentido liberal- exige que el Estado imponga sanciones solo cuando se haya efectuado una acción prevista como delito en la ley. Pese a ello, no se crea que el principio del hecho propio es la única garantía política de un Estado democrático y de Derecho, dado que esa importancia la comparte con el principio de ofensividad o de lesión a un bien jurídico. No obstante, sin él el delito como lesión a bienes jurídicos ya no sería una condición exclusiva para la aplicación de una pena, sino que bastaría el disvalor de la actitud interna, sancionándose pensamientos inmorales, pero inofensivos y las meras intenciones.

Asimismo, el principio del hecho propio tiene su reflejo como garantía jurídicopolítica en la órbita del Derecho Procesal, al exigir que la carga de la prueba se dirija a acreditar la comisión de una conducta (acción u omisión) determinada sin la cual no puede operar la potestad punitiva del Estado. Justamente el principio universalmente aceptado del in dubio pro reo obliga a absolver a quien no se le ha logrado demostrar plenamente su responsabilidad penal, lo cual quiere decir que o no se ha acreditado la realización de una conducta o que habiéndose probado esta no se puede considerar como cometida por el imputado, faltando aquí la prueba de la relación de autoría. Por lo demás, cabe enfatizar que el Derecho Procesal Penal solo puede actuar cuando se ha comprobado la realización de un comportamiento humano. Al faltar este requisito carece de sentido cualquier actividad jurisdiccional.

3. Delimitación

(19) Conf. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Civitas. Madrid. 1978. Pág. 51, quien hace hincapié en el contraste existente entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal del acto.

(20) BETTIOL, Giuseppe. Op. Cil. Pág. 110, quien señala correctamente que "solo los regímenes totalitarios escudriñan en lo interno del hombre e indagan - con el fin de su examen- el más liviano pensamiento".

A. El principio del acto es el contenido y objeto del principio de legalidad⁽²¹⁾, Este principio determina qué acciones y omisiones son relevantes al Derecho Penal y cuáles han de ser tenidas como delitos, mereciendo la persecución e imposición de una pena. Por el principio de legalidad se describen los comportamientos que son considerados como delitos, dejando sin relevancia jurídico-penal a aquellas acciones que no se hallen previstas en la ley. El principio del hecho propio consagra la regla de que solo las conductas humanas, como los resultados que son su consecuencia, interesan al Derecho. Sin embargo, no toda conducta que tenga relevancia jurídica desplegará también sus efectos en el Derecho Penal, ya que este, en virtud de su carácter fragmentario y naturaleza subsidiaria, determina qué acciones por su dañosidad social y perturbación de la paz deberán ser consideradas como delitos. El contenido del principio de legalidad referido a acciones y omisiones voluntarias es tan claro que quedan excluidos de su ámbito acontecimientos producidos por las fuerzas de la naturaleza y, en general, todo hecho que escape del control de la voluntad y previsibilidad (exclusión del caso fortuito). En este sentido, el ordenamiento jurídico solo tiene en cuenta y prohíbe acciones que pueden evitarse y manda acciones que pueden ejecutarse según las circunstancias.

B. El principio del acto también constituye la condición indispensable para que exista el principio de lesividad o lesión de bienes jurídicos. En efecto, este principio solo tiene sentido si se vincula con el principio del acto, de tal manera que un resultado o daño a un bien social o individual no puede plantearse sino proviene de una conducta humana (acción y omisión) que lo produzca. Al Derecho Penal no le interesa cualquier lesión o puesta en peligro de intereses o relaciones socialmente valiosas (disvalor del resultado). Solo le importa aquel menoscabo de los objetos de tutela jurídica que son consecuencia de conductas humanas (disvalor de la acción). Por ello, correctamente suele afirmarse que el disvalor de la acción determina el disvalor del resultado o, lo que es lo mismo, se sostiene que este depende y se encuentra condicionado por una acción disvaliosa previa⁽²²⁾. Entre el disvalor del resultado (lesión al bien jurídico) y la acción que lo provoca, debe existir un nexo de causalidad (delitos de comisión) a la que se añada la imputación objetiva, por la cual una conducta humana crea una situación de peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, materializándose este peligro en el resultado típico. Sin la comprobación de una relación causal y sin la

(21) Por ello, autores como ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. Op. Cil. Pág. 278, estudian este principio dentro del principio de legalidad.

(22) Sobre el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, véase ROXIN, Claus. Op. Cil. 10188. Pág. 327; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Traducción de Bofill Genzsch y Aimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. 17/1. Pág. 271; JAKOBS, Günther. "Derecho Penal". Parte General. Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995.6/69. Pág. 201; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 215; CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal". Tomo 11. Tecnos. 6ª edición. Madrid, 1998. Pág. 154.

imputación objetiva de naturaleza teleológico-normativa entre el resultado y una acción humana, no puede fundarse responsabilidad penal alguna.

C. El principio del hecho propio encuentra una importante vinculación con el principio de responsabilidad subjetiva, que le da pleno sentido. En efecto, no existe ningún acto humano penalmente relevante (delito) que pueda ser despojado de su elemento subjetivo o psíquico, como es el dolo o la culpa. Un delito despojado de la voluntad humana es inimaginable. Sin embargo, tampoco es concebible una pura responsabilidad subjetiva. No se puede responder penalmente, como dijimos, por las meras intenciones, deseos, pensamientos no concretados en hechos, situación que, de existir, significaría el planteamiento de un Derecho Penal del ánimo o de las actitudes internas. Solo puede imponerse una pena en la medida en que haya una "voluntad objetivada" capaz de manifestarse, transformando el mundo externo. El principio de responsabilidad subjetiva solo tiene valor cuando logra plasmarse en un acto externo relevante para el Derecho. La mera intención no genera respuesta penal alguna.

El principio del acto representa el punto de equilibrio entre el principio de ofensividad o de lesión de un bien jurídico y el principio de responsabilidad subjetiva, por lo que no es relevante para el Derecho Penal la pura voluntad, ni puede generar alguna reacción jurídico penal la sola lesión o daño a un interés social. Solo la voluntad que se plasma en un acto y la lesión como consecuencia de una conducta, pueden abrir las puertas del Derecho Penal.

4. Requisitos y consecuencias

La vigencia del principio por el hecho propio no solo supone, como puede pensarse, la exigencia de una acción exterior, pues tal condición sería un límite incipiente y borroso en la fijación de la responsabilidad penal. Bastaría comprobar que alguien ha "hecho algo" desplegando un movimiento físico o simplemente que ha dejado de hacer algo para que se plantee la necesidad de aplicar una sanción. En realidad, en el principio del hecho propio se recoge una serie de criterios que resultan ser a la postre su contenido material, y cuya presencia obligatoria le asigna la importancia debida. Veamos brevemente estos requisitos.

A. Imputación objetiva

Para que exista responsabilidad penal, una acción debe haber producido un determinado resultado, de tal manera que dicho resultado pueda ser atribuido o imputado a una conducta determinada. Si no existe una vinculación jurídica entre el comportamiento y el resultado no se puede decir que estamos frente a un hecho propio, por cuanto el resultado ha podido producirse en virtud de la intervención de otros factores ajenos a la voluntad de una persona, como las fuerzas de la naturaleza, la casualidad, el azar o la intervención de otra acción humana. Solo cuando se compruebe que existe una relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado, además de la subjetiva, podrá concluirse que estamos frente a un hecho propio o ante la consecuencia regular y previsible de nuestra conducta.

Solo así podrá levantarse una responsabilidad jurídico-penal.

B. El principio de ejecución del hecho (tentativa)

El principio del hecho propio no significa que una conducta sea punible una vez que comience a exteriorizarse, pues de ser así se incurriría en una gran incertidumbre y vaguedad, además de ampliarse de modo desmedido la responsabilidad penal. Se requiere como mínimo haber iniciado la ejecución de la conducta típica

C. Autoría y participación

El principio del hecho, además de exigir la imputación objetiva del resultado (creación de un riesgo jurídicamente relevante) y un principio de ejecución del delito (tentativa), requiere en su caso de la distinción entre los intervinientes en la realización de un delito, es decir, de la delimitación de quiénes son autores y quiénes son partícipes, según el peso o valor objetivo de su contribución y el dominio o control que se tenga del suceso.

Por una exigencia elemental de justicia se tiene que la responsabilidad jurídica, y la consecuente responsabilidad penal, ha de ser impuesta en razón del aporte personal de cada uno de los intervinientes en el hecho. No pueden equipararse de manera arbitraria o antojadiza todas las contribuciones que hayan terminado por lesionar o por poner en peligro un bien jurídico. En un delito donde concurre una pluralidad de agentes pueden distribuirse funciones o acordarse prestar determinado auxilio, sin que cada aportación tenga que ser idéntica a la del otro. No es lo mismo matar que prestar un arma para que se mate. Esta diferencia de contribuciones al hecho permite que la ley y, como consecuencia de ello, el juez, tengan que distinguir entre quiénes dominan la realización del hecho (autores), decidiendo el sí, el cómo y el cuándo del mismo; quiénes tienen una función accesoria en el hecho y, por tanto, lesionan de manera indirecta al bien jurídico (partícipes), y que suelen intervenir prestando ayuda material o psicológica (complicidad) o incitando o induciendo mediante un influjo psíquico (inducción) a la comisión de un determinado delito.

II. El principio de responsabilidad subjetiva 1. Denominación y evolución

A. El principio de responsabilidad subjetiva suele también denominarse como principio de imputación subjetiva, principio de dolo o culpa o, de manera más sencilla y gráfica, como elemento subjetivo del delito. Comúnmente se lo identifica con el principio de culpabilidad al que se lo asocia de manera genérica⁽²³⁾, El principio de responsabilidad subjetiva sería así uno de los contenidos, tal vez el más importante, del principio de culpabilidad. Sin embargo, dicho parecer, siendo válido desde la perspectiva tradicional (causalista), y que consideraba al dolo ya la culpa como formas de culpabilidad, hoy deviene en equívoco, Ello se debe en gran medida a la influencia de la teoría finalista de la acción, que produjo un cambio de ubicación de las modalidades más importantes de la responsabilidad subjetiva (dolo y culpa) de la culpabilidad al tipo penal⁽²⁴⁾,

B. En la actualidad pareciera que el único camino a seguir, moviéndose de manera paralela con las nuevas corrientes del Derecho Penal, es el de independizar la importancia y contenido del principio de responsabilidad subjetiva, desligándolo de cualquier lastre etizante o concepción normativo-psicológica, propia del concepto complejo de culpabilidad. Pese a ello, somos partidarios de mantener el principio de responsabilidad subjetiva como una de las consecuencias materiales del principio de culpabilidad en su vertiente político-criminal. Una postura de esta índole no olvida los avances dogmáticos irreversibles producidos en las últimas décadas, que han terminado de normativizar la categoría de la culpabilidad, complementándola, en algunos casos, con criterios preventivos (Roxin). Muy por el contrario, teniéndolos en cuenta, se busca distinguir entre el principio de culpabilidad, entendido como elemento director de la política-criminal del Estado, y la categoría de la culpabilidad, cuyo valor se restringe a constituir un aspecto de la construcción estratificada de la teoría del delito⁽²⁵⁾. El principio de culpabilidad tendría un contenido más amplio y profundo, toda vez que serviría para limitar el ejercicio del ius puniendi y equilibrar el interés estatal de perseguir y castigar el

(23) De este modo procede por ejemplo FERRAJOLI, Luigi. Op. Cil. Pág. 490, quien otorga tres contenidos al principio de culpabilidad, como son: a) la personalidad o suidad de la acción que refleja la relación de causalidad entre la acción y el resultado, b) la imputabilidad o capacidad psico-física del reo, y c) la culpabilidad en sentido estricto, llamada intencionalidad, que designa la conciencia y la voluntad del concreto delo y que puede asumir también la forma de dolo o culpa. También VON LISTZ, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa y adiciones de Quintana Saldaña. Volumen II. Madrid, 1929. Pág. 390, para quien: "Solo con el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho Penal".

(24) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal". Universitas. Madrid, 1996. Pág. 87, quien afirma: "La denominación de principio de culpabilidad era lógica cuando se trataba el dolo y la imprudencia como formas o grados de culpabilidad, y sigue siendo coherente para la doctrina, hoy minoritaria, que aún mantiene esa concepción. Pero si se considera, con la doctrina mayoritaria, que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del injusto típico y que constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como es lo correcto, entonces no es coherente designar a la exigencia de dolo e imprudencia principio de culpabilidad, sino principio de responsabilidad subjetiva [por contraposición a la objetivaj, denominación que tiene, además, la ventaja de neutralidad, ya que sirve tanto para quienes piensan que esto es un problema de injusto como para quienes lo siguen considerando un problema de culpabilidad".

(25) Realizan esta distinción ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cil. Pág. 250; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cil. Págs. 283 y 287; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 4/69. Pág. 97; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cil. Tomo 11. Pág. 66, quien distingue entre un principio de culpabilidad en sentido amplio y en sentido restringido.

delito conservando los derechos y garantías de los ciudadanos que han delinquido. Justamente, uno de los elementos garantizadores del principio de culpabilidad es el principio de responsabilidad subjetiva.

C. El principio de responsabilidad subjetiva se caracteriza por exigir que la responsabilidad penal se erija sobre las consecuencias efectivamente queridas por el sujeto (dolosa) o por los resultados al menos previsibles que importen la infracción del deber objetivo de cuidado (culpa). Los hechos y resultados perjudiciales (muertes, lesiones, incendios, daños, etc.) que no sean intencionales o que no se vinculen a la previsibilidad de un hombre medio, no pueden legitimar una intervención por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos (vida, libertad, patrimonio, etc.). Las consecuencias no queridas, las que son fruto del azar y se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma, carecen de idoneidad jurídica para fundar un juicio de reproche y la imposición de una pena.

La responsabilidad penal en el mundo contemporáneo solo puede edificarse sobre la base de la voluntad y el conocimiento de lo que efectivamente se pretendió causar. Asimismo, la desaprobación de una conducta debe guardar relación con la infracción de una norma de cuidado, sea una norma jurídica, positivizada o del derecho consuetudinario, o una regla de la experiencia.

Como advierte MANTOVANI: "En el proceso de subjetivación que ha identificado a la historia de la responsabilidad penal, el Derecho Penal moderno, por un lado ha ido abandonando no solo la responsabilidad por el hecho ajeno, que pertenece a los comienzos del Derecho Penal o a momentos regresivos de la historia de un pueblo, sino también la responsabilidad objetiva que constituye siempre la expresión de una concepción jurídica grosera, incapaz todavía de captar el valor de la actitud interna del sujeto al ser propia de épocas históricas superadas"(26).

El tránsito de una responsabilidad objetiva o por el resultado a una responsabilidad subjetiva es la manifestación de un proceso de espiritualización y humanización del Derecho Penal(27) que marca el acercamiento a criterios subjetivos y el abandono de la mera producción de resultados externos como fundamento de la responsabilidad penal, muchas veces ajenos a la voluntad del hombre y solo relacionados por la pura causalidad. Asimismo, constituye un largo proceso histórico de dignificación del ser humano y de reconocimiento de su calidad de persona(28). Dicho proceso de espiritualización o subjetivización del Derecho Penal,

(26) MANTOVANI, Ferrando. "Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva". En: Doctrina Penal. Año 6. 1983. Pág. 261.

(27) Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 488; MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 449; MEZGER, Edmundo.

"Tratado de Derecho Penal". Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995. Pág. 31. También MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 4/69. Pág. 97.

lejos de representar una vuelta a criterios moralizantes ya abandonados, se corresponde con el fundamento antropológico del Derecho, y en particular del Derecho Penal, que obliga a contemplar no tanto el suceso exterior efectivamente causado por acción de una voluntad, sino a reparar en aquello que el individuo se representó y quiso hacer o, en su caso, pudo prever.

La contemplación del dolo y la culpa como formas únicas de responsabilidad subjetiva sobre las que legítimamente puede imponerse una pena, constituye un distanciamiento del Derecho Penal contemporáneo con el de épocas pasadas.

Hoy se puede afirmar que el desarrollo y humanización del Derecho Penal actual están vinculados al respeto de desvalor interno de la acción (dolo o culpa) por encima de cualquier otra categoría jurídica de imputación. La responsabilidad subjetiva es por ello un principio que puede ser considerado como la columna maestra del Derecho Penal y que se mantiene hoy en día inmovible, como una "roca en medio del mar" (Beling).

D. La vigencia indiscutible del principio de responsabilidad subjetiva no solo comprende el ordenamiento jurídico-penal, sino toda la cultura humana que desde antiguo buscó precisar criterios de justicia para hacer responsable al hombre por sus actos. Dicho camino ha sido tortuoso, difícil y no siempre lineal. Así, la responsabilidad en los pueblos primitivos descansaba tanto en la idea del daño, a veces independiente de la idea de causalidad física, como en la proximidad o relación afectiva (pariente del autor, su clan, familia, tribu, etc.)(29), muy al margen de la intención del sujeto. Dicha práctica, aunque con matices, es asumida por el Derecho griego, el que, lejos de entender la responsabilidad en términos individuales (inocentes o culpables), la transfería colectivamente a otros miembros del clan. En el Derecho hebreo se establecían penas para los hijos o descendientes del reo hasta la séptima generación, sin distinguirse entre delitos voluntarios e involuntarios.

E. El principio de responsabilidad subjetiva, tal como se halla formulado actualmente, permite distinguir dos grados de intervención interna en el delito: la responsabilidad subjetiva dolosa y la responsabilidad subjetiva culpos~.

Dicha diferencia se halla avalada por las modernas investigaciones de carácter psicológico, las cuales acreditan de manera irrefutable que el juicio moral se halla enraizado en la conciencia de nuestra cultura, siendo imposible desprenderse o mantenerse al margen de él. HASSEMER sostiene que entre la evolución histórica de los mecanismos de imputación subjetiva, desde los más primitivos hasta los más desarrollados, y la biografía personal, entendida como evolución psicológica de una personalidad media, pueden encontrarse profundas

(28) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11. 3ª edición. 8ª reimpresión. Buenos Aires, 1978. Pág. 2.

(29) A mayor extensión, ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal". Akal. 2ª edición. Madrid, 1986. Pág. 213.

semejanzas y relaciones que se hallan marcadas por la aparición y ulterior desarrollo de las valoraciones sobre las intenciones y demás disposiciones subjetivas del agente. Según la moderna Psicología, el dolo y la culpa no habrían aparecido por generación espontánea, sino como consecuencia de un lento y largo desarrollo.

2. Delimitación

A. Solo la valoración de la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) permite teñir al Derecho Penal y al ordenamiento jurídico de una dosis de humanidad y de profundo respeto a los derechos del hombre y del ciudadano que de otra manera resultarían utópicos y puramente ornamentales. La consideración del dolo y la culpa como categorías normativas y valorativas permiten arrancar al hombre del reino de la naturaleza, de las fuerzas ciegas e impulsos mecánicos, colocándolo en el mundo del Derecho y de los valores.

Sin la referencia al dolo y la culpa el principio de humanidad de las penas no podría nunca realizarse, dado que es inconcebible una visión humanista sin una vinculación de las normas jurídicas y las sanciones respectivas a las fuerzas internas y espirituales del sujeto. Sería como pretender erigir la humanidad sin el hombre. Y es que tanto el principio de humanidad como el principio de responsabilidad por el hecho propio parten de la base de la libertad y autonomía de la voluntad de la persona humana en la toma de sus decisiones, como su presupuesto ontológico. Solo considerando al hombre como un ser autónomo y responsable es posible entender que dirija su conducta conforme a objetivos y finalidades y, como un aspecto parcial de estos últimos, realice conductas antijurídicas y alcance resultados lesivos.

B. El principio de imputación subjetiva constituye, junto al principio de lesividad o el daño material, uno de los elementos constitutivos de donde nace el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Las sanciones jurídicas, y más aún las penales, no pueden imponerse exclusivamente sobre la base de un evento exterior o por la objetividad del daño producido, pues se correría el riesgo bien de subestimar la intención cuando el resultado lesivo no se logra por factores puramente circunstanciales, o bien de ponderar excesivamente el daño cuando el objetivo, por ejemplo, no era matar sino lesionar. La entidad del daño, la gravedad del resultado, aporta solo una y solo una parte de la medida sobre las que va a descansar la pena. Las otras referencias normativas en las que repara la sanción es el conocimiento de los hechos, la energía criminal empleada y la intensidad de la voluntad en la ejecución del delito, que solo pueden comprenderse remitiéndose a criterios subjetivos o internos.

C. El principio de responsabilidad subjetiva guarda una relación profunda con el principio del hecho típico propio, por el cual solo se castigan las acciones externas que representen un inicio de ejecución del delito. El principio de responsabilidad subjetiva solo adquiere relevancia jurídica en la medida en que se manifiesta y concreta en una acción determinada. El simple dolo y la culpa como fenómenos psíquico-normativos no interesan al Derecho Penal si no se expresan en una conducta externa (acción u omisión) determinada. Los

estados anímicos o la simple actitud interna hostil del sujeto no puede generar ninguna forma de responsabilidad penal.

El dolo y la culpa constituyen los referentes psíquicos espirituales de todo comportamiento externo que interesa al ordenamiento jurídico. No solo basta comprobar que una acción humana ha causado un resultado disvalioso (muerte, lesión, incendio, etc.), sino que es indispensable reparar en cuál ha sido la intención del sujeto, el deber subjetivo de cuidado infringido o la previsibilidad del autor. Bien podría apuntarse que el principio del dolo o culpa es la faz interna del principio del hecho al que imprime pleno sentido, pues resulta difícil determinar la naturaleza de una conducta exterior, si no se logra un entendimiento cabal del aspecto interno al cual le da no solo sentido, sino en ocasiones, la misma relevancia jurídica.

Como bien apunta Welzel, "el llamado tipo objetivo (las llamadas circunstancias exteriores) no es de ningún modo algo externo, puramente objetivo, que estuviera libre de momentos subjetivos. Ya las acciones objetivas de "apropiarse", de "engañar", "coaccionar", "sustraer", como en general todas las acciones de los tipos dolosos, no pueden ser aprehendidos suficientemente sin la tendencia de la voluntad que los conduce y anima"(30).

3. Fundamento

A. Si bien el fenómeno de la espiritualización del Derecho Penal y la consagración respectiva del principio de responsabilidad subjetiva como una de sus manifestaciones puede encontrarse en el Derecho Romano(31), su elaboración y posterior aceptación data de tiempo reciente. Se puede afirmar que es consecuencia del desarrollo de las ideas del pensamiento ilustrado, pero en especial del avance dogmático del siglo XX, en donde se ha encontrado una delimitación precisa entre las diversas formas de participación interna (dolo o culpa) en el suceso delictivo(32).

Hoy no solo se conoce la tradicional distinción entre dolo y culpa, sino que se distinguen las diversas clases de dolo, como son el dolo directo de primer grado (intención), el dolo directo de segundo grado (dolo de las consecuencias necesarias) y el dolo eventual. Asimismo, a nivel del delito culposo suele distinguirse entre imprudencia grave e imprudencia leve, además de la distinción tradicional entre imprudencia consciente e inconsciente. Pese al notable progreso alcanzado por la dogmática penal en la delimitación de las clases y formas del elemento subjetivo del delito, queda aún por lograr el esclarecimiento completamente convincente y satisfactorio entre la culpa consciente y el dolo eventual.

(30) WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. Pág. 93.

(31) Así MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cil. Tomo 1. Pág. 448.

(32) Aunque el desarrollo todavía no ha culminado, sino que prosigue su marcha, puede afirmarse que éste es un logro irreversible de la cultura jurídico-penal contemporánea.

B. La necesidad de tener en cuenta los elementos subjetivos que poseen las personas en la comisión de un delito se deriva de diversos argumentos. Así, desde el punto de vista antropológico, se destaca que no todo suceso externo en el que interviene directa o indirectamente el hombre puede generar responsabilidad penal(33). Al ordenamiento jurídico solo le interesan las acciones externas voluntarias o aquellos hechos que pueden ser dominados por la voluntad del hombre(34).

Cuando el autor ha controlado realmente el suceso, esto es, lo ha dirigido de manera final y consciente, estamos frente a un delito doloso; y cuando solo hubiera podido dominar el hecho, nos enfrentamos a un delito imprudente. De un conjunto de sucesos que el hombre puede producir empleando diversos modos o medios de acción social, al Derecho Penal solo le interesan las conductas humanas voluntarias que pueden ser dirigidas conforme a sentido y en atención a fines.

Desde el punto de vista de la justicia, solo tiene sentido la punición de los actos voluntarios; ello precisamente constituye un insuprimible elemento de la idea y sentimiento de justicia que todo ser humano tiene acerca de los presupuestos para legitimar la aplicación de cualquier sanción jurídica, al punto que consideramos bárbara, anacrónica e injusta cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa(35). Asimismo, la apelación a la idea de justicia exige la diferenciación entre los diversos grados de participación interna, pues, como dice HASSEMER:

"es correcto y justo hacer las distinciones respecto a los grados de intervención subjetiva en el delito, de tal modo que se debe valorar de manera diferente una lesión según se haya hecho por descuido (imprudencia), por ligereza (negligencia) e intencional mente (dolo)... Una vida cotidiana y un sistema jurídico-penal que no saben distinguir grados de participación interna en sucesos externos, solo puede facilitar la convivencia humana de un modo deficitario y atávico"(36).

La perspectiva utilitarista y la función del Derecho Penal arrojan argumentos a favor del principio de responsabilidad subjetiva. Se apunta, con razón, que: "Si la misión del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos a través de la amenaza de sanción, el castigar la causación objetiva de resultados imprevisibles e inevitables sería innecesario, inútil e ineficaz. Un Derecho Penal

(33) Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Principios y normas rectoras del Derecho Penal". Leyer. 2ª edición. Bogotá, 1999. Pág. 315: "Las sanciones penales implican privaciones o restricciones de bienes o derechos de un carácter tan severo, que la cultura moderna considera decididamente intolerable que se impongan por el sistema de responsabilidad objetiva".

(34) Cfr. MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Tomo 11. Buenos Aires, 1994. Pág. 121.

(35) Así FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 489.

(36) HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. Pág. 276.

que pretendiera exigir responsabilidades por hechos que no dependen en absoluto de la voluntad del individuo merece ser calificado de arbitrario y disfuncional, porque precisamente la pena carece de poder motivador y el castigo perdería toda justificación"(37). Sería absolutamente discrecional y absurdo un Derecho Penal que pretendiera exigir responsabilidad a las personas por hechos o acontecimientos que no dependen de su voluntad(38). Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de reprobación, de previsión y de prevención, son las únicas que pueden ser lógicas y sensatamente prohibidas(39). Si solo se prohíbe lo voluntario, o los resultados externos evitables, la norma jurídico-penal no puede fijar su ámbito prescindiendo de lo subjetivo o psíquico de la conducta. Lo puramente causal no es voluntario, ni es conducta, pues esta aparece en el marco de la volición(40).

Desde la perspectiva política, solo el principio de responsabilidad permite tender una línea de defensa frente a la potestad punitiva del Estado, tutelando los Derechos Humanos fundamentales que se ven afectados con las penas. Se termina por obligar al Derecho Penal y a su dogmática a detenerse en la valoración de los elementos psicológico-normativos, como son el dolo y la culpa. Así, el solo considerar el daño producido y el perjuicio causado hace que el Estado tienda por lo general a imponer penas severas y duras, bastándole constatar un resultado lesivo. Este criticable proceder se evita requiriendo no solo una diferenciación entre los diversos grados de participación interna en el delito, sino valorando de distinta manera dichos niveles; situación que acarrea la aparición de marcos penales distintos. Sin el principio de responsabilidad subjetiva, el ciudadano que ha delinquido queda librado a la intervención estatal más arbitraria que termina en una justicia del cadí.

C. El principio de responsabilidad subjetiva no se encuentra recogido de manera unitaria y explícita en alguna disposición del Código Penal. Sin embargo, su construcción puede lograrse en virtud de una interpretación sistemática de algunas disposiciones del Código Penal. Una de ellas, que es la

(37) Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. Pág. 287.

(38) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit. Pág. 250, quien gráficamente sostiene que: "No se puede sancionar a quien, al salir de un establecimiento en el que acaba de comprar un coche nuevo, atropella y mata a una persona debido a un fallo en el mecanismo de frenado del automóvil que ni el comprador del vehículo conocía ni podía en absoluto prever".

(39) Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 492.

(40) Así FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Pág. 67, FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit.

Pág. 492, quien apunta correctamente que: "Las prohibiciones penales son normas 'regulativas' en el sentido de que presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte del destinatario, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen de manera pragmática con el objeto de orientarlos y condicionarlos; y sería insensato, además de inútil, si dicha posibilidad no existiese".

más clara, precisamente la constituye el artículo 11 (título 11, capítulo 1), que prescribe: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Además de servir este artículo de asidero legal para el principio de legalidad y el principio del hecho⁽⁴¹⁾, consagra una referencia directa al principio de responsabilidad subjetiva cuando exige que las acciones sean dolosas o culposas.

Una referencia indirecta se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal cuando dispone: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"⁽⁴²⁾. Otra manifestación del principio de responsabilidad subjetiva se halla depositada, aunque de manera implícita, en el artículo 14 del Código Penal, disposición que regula la relevancia jurídica del error, distinguiendo entre el error de tipo y el error de prohibición.

No es correcto sostener que si se declara legislativamente la vigencia positiva del principio de responsabilidad subjetiva -en el sentido de exigencia de dolo o culpa- está garantizada la eliminación de la responsabilidad sin culpabilidad o que en ella se agotan todos los derivados del principio de culpabilidad, pues a lo mucho se estaría prohibiendo alguna modalidad de responsabilidad objetiva. En realidad, con una fórmula de esta clase solo se toma en cuenta una de las facetas y expresiones más importantes del principio de culpabilidad, pero no se agota en absoluto su contenido⁽⁴³⁾, dado que incluso puede sustentarse su compatibilidad con los delitos calificados por el resultado, siempre que el resultado más grave sea a título, por lo menos, de imprudencia⁽⁴⁴⁾, o dejar libre el camino para que se imponga una pena por encima de la medida de la culpabilidad⁽⁴⁵⁾.

(41) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia". Tomo 1. Págs. 402 y sgtes.

(42) Pese a todo puede advertirse, sin mayor dificultad, un error en la redacción del precepto cuando se declara que:

"La pena requiere la responsabilidad penal del autor". ¿Acaso la responsabilidad no siempre es del autor al responder por su hecho antijurídico y culpable o es que se piensa que nuestro Derecho ha reconocido alguna vez la responsabilidad penal por el hecho de otro? Creemos que la formulación correcta hubiera sido la referencia bien a la responsabilidad personal, tal como sucede en el artículo 27 de la Constitución italiana, o bien de modo más directo se debió consagrar la responsabilidad subjetiva, máxime si en la parte final del artículo se consagra la proscripción a toda forma de responsabilidad objetiva. En el primer caso se haría referencia, mediante una redacción amplia, tanto al principio de responsabilidad subjetiva y al principio del hecho propio e incluso al principio de culpabilidad, volviendo innecesaria la referencia al principio de responsabilidad subjetiva, por cuanto sería la faz interna de dicha responsabilidad personal. En el segundo caso, al declararse la responsabilidad subjetiva, perdiéndose amplitud, se ganaría una mayor precisión y coherencia lógica, tal como sucede, por ejemplo, en el artículo 5 del nuevo Código Penal español.

(43) Cfr. en el Derecho Penal español RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas.

Madrid, 1997. Pág. 38; VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentarios al Código Penal de 1995". Tirant lo Blanch. Tomo 1. Valencia, 1996. Pág. 60; CERREZO MIR, José. Op. Cit. Tomo 111. 2001. Pág. 17.

La limitación del principio de responsabilidad subjetiva en la fijación de la responsabilidad penal queda clara en este punto cuando se contempla la posibilidad de que pueda haber dolo o culpa en la comisión de un hecho delictivo, pese a no imponerse pena; por ejemplo, cuando el autor actúa en inexigibilidad de otra conducta o en error de prohibición invencible(46). En nuestro Derecho positivo una declaración expresa de uno de los contenidos del principio de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) no es necesaria, en la medida en que dicha conclusión se puede obtener fácilmente del principio consagrado en el artículo 11 del Código Penal(47) .

4. Contenido

El principio de responsabilidad subjetiva en su actual caracterización tiene diversos matices que, según la posición particular de cada autor, pueden poseer un contenido variado de difícil unidad en cuanto a sentido técnico. Sin embargo, en lo que sigue solo consideraremos los puntos (de acuerdo o según consenso existente sobre dicho principio) que representan una comunis opinio entre los autores que conforman la dogmática penal contemporánea.

A. La exigencia de dolo o culpa

El dolo y la culpa son las formas tradicionales del principio de responsabilidad subjetiva que con el correr del tiempo han obtenido carta de ciudadanía en la mayor parte de legislaciones del mundo. No basta con determinar la existencia de un nexo psíquico-normativo entre el comportamiento del sujeto y el resultado producido, sino que resulta indispensable reparar en que si el sujeto tuvo la intención o no de causarlo. La vinculación objetivo-normativa del daño (resultado) con la conducta humana externa es una condición necesaria pero no suficiente en la fijación de la responsabilidad penal, pues hay que complementarla forzosamente con la imputación subjetiva y el propósito del agente. Solo cuando se integran estos dos aspectos puede fundarse la responsabilidad criminal de manera justa y racional, evitándose incurrir en una arbitrariedad incompatible con el Estado de Derecho.

B. Relevancia del error en Derecho Penal

(44) Cfr. CONDE.PUMPIDO FERREIRO, Cándido. "Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia". Tomo 1. Trivium. Madrid, 1997. Pág. 359.

(45) Cfr. CEREZO MIR, José. Op. Cil. Tomo 111. Pág. 17.

(46) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, "Comentarios al nuevo Código Penal". Aranzandi. Pamplona, 1996. Pág. 57.

(47) Cfr. en el Derecho Penal español CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Op. Cil. Pág. 353, quien, refiriéndose al artículo 5 del Código Penal español, señala: "Artículo que tal como está formulado es superfluo, es técnicamente incorrecto y acoge solo una parcela de la definición normativa de la culpabilidad"; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. Op. Cil. Pág. 57.

El error es el conocimiento deficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. El Derecho no estudia al error en cuanto recae en la verdad en general, que es propia de la teoría del conocimiento, sino en la medida en que tiene por objeto un hecho con relevancia para el ordenamiento jurídico o una norma jurídica. Por otro lado, el Derecho no se ocupa de toda clase de error, sino de aquel que recae en la voluntad de una persona, siempre que repercuta en el mundo social. El error que interesa aquí no es el error en abstracto o como concepto de la Filosofía, sino aquella defectuosa aprehensión de la realidad que incide en la ejecución de una conducta que es o termina siendo relevante para el ordenamiento jurídico.

5. Consecuencias del principio de responsabilidad subjetiva

La vigencia del principio de responsabilidad subjetiva arrastra consigo una serie de prohibiciones dirigidas tanto al legislador como al juez penal con el objeto de impedir el resquebrajamiento de sus bases cuando se pretenda consagrar la responsabilidad en virtud de un suceso exterior desvinculado de cualquier referencia interna. Las consecuencias, a manera de prohibiciones, del principio en comentario, son:

A. Proscripción de una pura responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva, llamada también "responsabilidad anómala", "responsabilidad sin culpa" o *versari in re illicita*⁽⁴⁸⁾, encuentra rechazo unánime en el Derecho Penal contemporáneo, pues solo obliga a tener en cuenta el daño causado y la pura lesión de bienes jurídicos, renunciando a cualquier requerimiento más allá de la constatación de la lesión; o bien se restringe a exigir una relación de causalidad o imputación objetiva, sin tener en cuenta la subjetividad del agente y su real intención. La responsabilidad objetiva supone el castigo del autor por los resultados que directa o indirectamente son consecuencia de su conducta, sin reparar si quiso o no causarlos o si pudo o no preverlos. Su esencia es la comprobación del daño producido, renunciando a averiguar la forma cómo se genera, dejándose de lado ex profeso cualquier referencia interna.

a. El caso fortuito

La imprudencia no solo representa, respecto al dolo, una forma atenuada de responsabilidad subjetiva, sino que constituye el límite mínimo para el castigo de una conducta. Dolo y culpa no solo son el grado máximo

(48) Al respecto CEREZO MIR, José. "El *versari in re illicita* en el Código Penal español". En: Problemas fundamentales de Derecho Penal. Tecnos. Madrid, 1982. Págs. 60 y sgtes., nos recuerda que el principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, es decir, el del que realiza un acto ilícito responde por todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él, tiene su origen en el Derecho Penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva". Véase también ANTÓN ONECA, José. Op. Cit. Pág. 256, quien precisa que para justificar el *versari in re illicita* solía alegarse el dolo indirecto.

y mínimo de responsabilidad subjetiva, sino que constituyen sus dos únicas formas de expresión. Así como no hay algo más grave que el dolo, no existe figura más leve que la imprudencia: la culpa representa el límite mínimo entre la conducta penalmente relevante y las acciones impunes. Lo que no puede encajar dentro de la imprudencia y el dolo no produce efecto penal alguno, ni puede justificar la imposición de una pena.

Justamente el caso fortuito se encuentra más allá de la imprudencia, por lo que no debe generar ningún tipo de responsabilidad penal. Si para que exista responsabilidad se requiere como presupuesto, en los delitos dolosos como en los culposos, el establecimiento de un vínculo entre la acción y el resultado (plano ontológico) y que una conducta cree un riesgo jurídicamente desaprobado que se concrete en el resultado y que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma típica (plano normativo); en el caso fortuito falta la responsabilidad penal porque el resultado se produce por el puro azar o por la casualidad, fenómenos externos que escapan del control de la voluntad y que no pueden ser abarcados por el dolo o la culpa. El Derecho Penal no funda la posibilidad de imponer sus sanciones jurídicas en acontecimientos contingentes o sucesos imprevisibles que no pueden ser gobernados o dirigidos por la voluntad humana(49).

b. Los delitos cualificados por el resultado

Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal más elevado en virtud de que a una conducta típica se le asocia un ulterior resultado más grave que, por lo menos, puede ser imprudente. Debe indicarse que no siempre en todo delito doloso opera una cualificación por el resultado, aunque este sea causado de manera imprudente, sino solo en determinados supuestos en donde, según "la normal experiencia", una conducta con frecuencia suele producir un determinado resultado. Para ello además es necesario que la cualificación, por requerimiento expreso del principio de legalidad, se encuentre prevista en la ley.

Estos delitos, como reconoce la doctrina de manera casi unánime, son un rezago sobreviviente de la responsabilidad penal objetiva o del resultado(50), reinante en épocas pretéritas y que se remonta

(49) Cfr. MAURACH Reinhart, GÖSSEL Karl Heinz y ZI PF Heinz. Op. Cil. 42/21. Pág. 121: "El perjuicio fortuito de un bien jurídico provocado por la conducta humana no es objeto de la norma: este solo puede estar constituido por acciones dominables que permitan impedir y evitar perjuicios de bienes jurídicos. Así, 'cada norma' prohíbe 'todas sus transgresiones evitables'. La prohibición de dar muerte no se remite a la mera producción fortuito.

causal de la muerte, sino a acciones de homicidio dominables; solo así el hombre puede evitar el perjuicio del bien jurídico de la vida o de la solidaridad humana".

(50) Asr ROXIN, Claus. Op. Cil. 10/121. Pág. 335; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 235; MIR PUIG, Santia.

go. Op. Cil. 287; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 535; RODRÍGUEZ DE VILESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español". Dykinson. 17ª edición. Madrid, 1994. Pág. 441; ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redrn. Bogotá, 1988. Pág. 277.

a la doctrina elaborada en el Derecho canónico del *versari in re illicita*, conforme al cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, por todas las acciones que deriven de su acción prohibida.

III. principio de lealtad

1. El principio de legalidad representa la garantía penal más importante en el desarrollo del Derecho Penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca, con la debida anticipación y precisión, qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son lícitos⁽⁵¹⁾. Por la ley, y la función de garantía que esta desempeña, el ciudadano puede saber con exactitud las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, orientándose correctamente en la vida social y en sus relaciones con terceros a través de la adecuada formación de la voluntad.

2. Su vigencia no es exclusiva del Derecho Penal, sino que pertenece a todo el ordenamiento jurídico en sus diversas disciplinas. El principio de legalidad caracteriza al sistema romano-germánico respecto al sistema jurídico anglosajón, basado en la decisiva importancia que se concede al precedente judicial y a las costumbres de los tribunales (*common law*)⁽⁵²⁾. Mientras en uno la ley reina de manera amplia, en el otro prevalece el valor de la jurisprudencia y de la tradición jurídica, forjada en los tribunales desde antiguo y que se renueva lentamente.

3. En el Derecho Penal es donde mayor hegemonía y valor cobra la importancia del principio de legalidad. Pues en él los delitos y las penas solo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho. Está vedada la configuración de los mismos a través de la costumbre, la analogía u otro procedimiento semejante. Aquí puede hablarse con énfasis de un exclusivo y único monopolio de la ley en la creación de delitos y penas. Pero ello no basta: se exige, además, una determinada jerarquía y nivel de la ley que crea delitos y penas. Se debe tratar de una ley formal expedida por el Parlamento o de una norma que, según la Constitución, le sea equivalente (principio de reserva de la ley).

El principio de legalidad en sede penal no es amplio ni sumamente abierto, sino que se reduce drásticamente, pues solo una clase de normas de las muchas existentes en el orden jurídico deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas. No basta cualquier ley o disposición escrita, independientemente

(51) Cfr. TIEDEMANN, Klaus. "Lecciones de Derecho Penal económico". PPU. Barcelona, 1993. Pág. 76.

(52) Sobre el *common law* y sus principales características, véase HOLMES, Oliver Wendell. "The Common Law". Buenos Aires, 1964; FRIEDMAN, Lawrence. "Introducción al Derecho norteamericano". Bosch. Barcelona. Págs. 67 y 103, quien aborda el estudio de los tribunales y la legislación norteamericana.

de su jerarquía, sino que se exige una disposición de un determinado rango dentro de la escala normativa fijada por la Constitución para que sea válida la creación de delitos y penas. En ella, finalmente, solo pueden contarse las leyes formales expedidas por el Parlamento, los Decretos Legislativos y los Decretos Leyes cuando se trate de un gobierno no elegido de manera democrática. Las demás normas, como los Decretos Supremos -incluyendo aun los de necesidad y urgencia-, las Resoluciones Legislativas o las Ordenanzas Municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas. De hacerlo incurrirían en una manifiesta inconstitucionalidad.

Pese a ello, y en contra de lo que usualmente se afirma, debe aclararse que no es que las demás fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho y la doctrina, no cumplan ninguna función en el Derecho Penal, delimitando su contenido y ayudando a fijar sus límites, o que sencillamente dejen aquí de ser fuentes, sino que cumplen un rol accesorio y complementario a la legislación. Ninguna de las fuentes aludidas puede crear delitos y penas, pues dicho papel es cumplido exclusivamente por la legislación.

Sin embargo pueden complementar el Derecho Penal, siempre y cuando no graven con mayores costos (sanciones) las conductas de los ciudadanos.

Es innegable que la doctrina y la ciencia penal ayudan a esclarecer y fijar con precisión los contenidos del Derecho Penal, permitiendo un tratamiento igualitario y racional de las acciones de las personas; asimismo, la jurisprudencia permite el fortalecimiento de la conciencia jurídica a través de sus decisiones y fallos desde la más alta hasta la más baja instancia, complementando con su labor algunas cláusulas abiertas, como el deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes o la posición de garantía y la identidad estructural entre omisión y acción en los delitos de omisión impropia.

4. Además de la necesaria reserva de la ley como característica elemental del principio de legalidad en materia penal, cabe resaltar otras exigencias que destacan el profundo carácter material y garantista del mismo. Una de ellas es la prohibición de retroactividad, por la cual una ley solo rige para hechos futuros y es aplicable desde el momento de su publicación hacia adelante, siendo ilegítimo que se pretenda aplicar (retroactivamente) para hechos pasados, más aun cuando se busca incriminar una conducta que al tiempo de cometerse no ha sido punible, o busca agravar una sanción -pena o medida de seguridad- en perjuicio del reo por un hecho cometido antes de su vigencia (vide infra).

Tenemos también el principio de prohibición de analogía, por el cual no se puede crear derecho (delitos y penas) más allá del sentido literal posible de la norma sobre la base de una simple relación de semejanza entre un caso y otro, aun cuando tenga igualdad valorativa y posea idéntico merecimiento de pena. El juez no puede apelar a una personal apreciación de los hechos, ni basarse en criterios éticos o morales, ya sea particulares o de grupo, si la conducta no se encuentra descrita previamente en la ley y solo en ella. Asimismo, se cuenta la prohibición del Derecho consuetudinario, la más genuina y elemental derivación del principio de legalidad, por el cual ninguna costumbre o uso social puede legitimar la creación de delitos y la elevación (o la mayor drasticidad) de

las penas o las medidas de seguridad. Esta función únicamente está reservada a la ley. La costumbre puede servir solo de orientación o de pauta de referencia en la aplicación del Derecho, v.gr. en la determinación judicial de la pena, pero nunca se le asignará el papel de principio rector que solo está reservado a la ley escrita. Por último, se tiene la prohibición de determinación de la ley penal o principio de taxatividad, el cual prescribe que el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando, en la medida de lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto y sus límites por parte del destinatario de las normas y el mismo juez penal.

No basta que exista una ley escrita para que el principio de legalidad se dé por satisfecho y cumpla su función garantista. Es necesario que se añadan las prohibiciones antes mencionadas que son consecuencia directa del reconocimiento del principio de legalidad en su dimensión material y no puramente formal (al respecto, vide infra).

5. Las ventajas que se suelen esgrimir en favor de un sistema jurídico asentado en la vigencia del principio de legalidad sobre otros sistemas basados en el derecho consuetudinario, son diversas. En primer lugar, se alude a la mayor seguridad jurídica que permite alcanzar un sistema codificado o de Derecho positivo, el cual facilita al ciudadano la certeza de saber qué conductas están prohibidas y qué conductas son lícitas(53), eliminando la incertidumbre de una condena que se puede basar en la arbitrariedad judicial, sin que la acción se encuentre considerada como ilícita previamente. Se logra sortear así la discrecionalidad, impidiendo la consagración de una justicia fundada en el personal sentir y en factores circunstanciales o coyunturales.

En segundo lugar, permite una mayor fidelidad al Derecho, pues el comportamiento futuro, e incluso el actual, del ciudadano, se hace más calculable y predecible, dado que una ley, como expresión de la voluntad popular (Parlamento), y su respectiva publicación y difusión, pueden ser conocidas por todos los integrantes de un país, quienes pueden informarse sobre su real contenido(54), sin dudas y preocupaciones. El ciudadano se orienta y motiva sobre patrones objetivos ciertos, por lo común permanentes, no sobre bases coyunturales sumamente discutibles. Asimismo, logra saber qué le sucederá en caso realice la conducta prohibida, pues la clase, tiempo de duración y forma de la sanción, se encuentran previamente determinados(55).

(53) Al respecto, vale recordar las conocidas palabras de BETTIOL, Giuseppe. "Derecho Penal". Traducción de León Pagano. Temis. Bogotá, 1966. Pág. 87: "Cuando falta una ley que determine con precisión lo que es lícito e ilícito, desaparece la posibilidad de actuar dentro de una situación de certidumbre y el individuo queda expuesto a toda 'posibilidad pena'"(las cursivas son nuestras). Luego sostiene: "Las exigencias de certeza del derecho imponen el reconocimiento del principio [de legalidad], porque solo cuando el derecho es 'cierto' se garantiza la acción humana y es posible salir de la caótica situación de peligro".

También favorece el tratamiento igualitario de las personas. Solo un precepto general y abstracto que se dirija a todos los ciudadanos, o a todos los integrantes de un sector del tráfico o de la sociedad que tienen especiales posiciones (dominio social) o deberes personales, puede asegurar la aplicación uniforme del Derecho, haciendo que su contenido sea más justo y proporcional. Toda persona que se somete a la ley sabe -o debe saber- que otro en su lugar será juzgado con igual dureza o benignidad⁽⁵⁶⁾.

6. El principio de legalidad representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano, en el que se sintetizan los demás principios informadores del Derecho Penal, como el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad, el de humanidad de las penas, entre otros. Cualquier cambio o vicisitud que afecte al Derecho Penal empieza por la modificación de la ley penal, pues esta es su única puerta de ingreso. La transformación de la política-criminal en Derecho Penal supone, por lo general, el empleo de una ley penal. No obstante, debe quedar claramente establecido que la sola exigencia de una ley en la creación de delitos y penas no determina su legitimidad democrática y su validez jurídica. Es necesario añadir otros requisitos materiales que complementen e impriman un mayor sentido garantista al principio de legalidad, para que no solo quede como un principio de carácter formal.

Las consecuencias del principio de legalidad son múltiples, dependiendo del ángulo desde el que se las contemple. Sin embargo, aquí solo vamos a detenernos en el "núcleo de su contenido", el que la doctrina penal de nuestro tiempo admite cuando se acepta la vigencia del principio. Estas consecuencias son: a) La prohibición de leyes indeterminadas que crean o agravan delitos o las penas; b) La prohibición del Derecho consuetudinario; c) La prohibición de retroactividad perjudicial al reo; y d) La prohibición de analogía in malam partem. En todo caso, debe recordarse que: "El principio de legalidad también está sometido a una constante transformación evolutiva y al progresivo afinamiento de su compleja morfología⁽⁵⁷⁾".

DOCTRINA

ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 8ª edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de

(54) Esto no sucede con la costumbre que, por ser uso social repetido y socialmente coercible, no tiene sus límites completamente definidos, peor aún si puede variar su contenido o comprensión según el lugar donde se la practique. Mientras la ley la misma y no altera su esencia en cualquier parte del país en virtud de su publicación en el diario oficial, la costumbre se modifica en cada región, localidad o según sea su contexto (el campo o la ciudad) por lo que no se le puede calificar de general o de cierta.

(55) Conf. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. Cit. Pág. 275.

(56) El gobierno de las leyes no excluye que los jueces dejen de aplicar la equidad o la justicia en el caso concreto, siempre que las circunstancias del hecho o las condiciones personales del sujeto así lo permitan. La equidad, según enseñó desde antiguo Aristóteles, suele ser el gran complemento de la justicia (general) de la ley.

Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Temis. Bogotá, 1988. ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal. Parte General". Akal. 2ª edición. Madrid, 1986. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia". Conde-Pumpido Ferreiro (director). Tomo 1. Madrid, 1997. BETTIOL, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal". Traducción de Gutiérrez Alviz-Conradi. Bosch. Barcelona, 1977. BETTIOL, Giuseppe. "Derecho Penal". Traducción de León Pagano. Temis. Bogotá, 1966. BOBBIO, Norberto. "La Función Promocional del Derecho". En: Contribución a la Teoría del Derecho. Traducción de Ruiz Miguel. Madrid, 1990. CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal". Tomo 11. Tecnos. 6ª edición. Madrid, 1998. CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal". Tomo 111. Tecnos. Madrid, 2001. CEREZO MIR, José. "El versari in re ilícita en el Código Penal español". En: Problemas fundamentales de Derecho Penal. Tecnos. Madrid, 1982. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. "Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia". Tomo 1. Trivium. Madrid, 1997. DEL VECCHJO, Giorgio. "Filosofía del Derecho". Revisada por Legaz y Lacambra. Bosch. 9ª edición. Barcelona, 1980. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho Penal fundamental". Tomo 11. Temis. Bogotá, 1986. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Principios y normas rectoras del Derecho Penal". Leyer. 2ª edición. Bogotá, 1999. FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Traducción de Andrés Ibáñez et al. Trotta. Madrid, 1995. FRIEDMAN, Lawrence. "Introducción al Derecho norteamericano". Bosch. Barcelona. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho. Porrúa. 7ª edición. México, 1994. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Derecho Penal. Introducción". Universidad Complutense. Servicios de Publicaciones. 2ª edición. Madrid, 2000. HASSEMER, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1984. HOLMES, Oliver Wendell. "The Common Law". Buenos Aires, 1964. JAKOBS, Gunter. "Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. "Filosofía del Derecho". Bosch. 5ª edición. Barcelona, 1979. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal". Universitas. Madrid, 1996. MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Tomo 1. Temis. 2ª edición. Bogotá, 1985. MANTOVANI FERRANDO. "Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva". En: Doctrina Penal. Año 6. 1983.

(57) ROMANO, Mario. "Commentario Sistematico del Codice Penale". Giuffrè. Tomo 1. 2ª edición. Milano, 1995.

Artículo 1/8. Pág. 32, quien señala que: "La reserva de la ley y la exclusión de la costumbre, el principio de determinación, el principio de irretroactividad y la prohibición de analogía, representan las múltiples fases de una única realidad que no es otra que la superior exigencia de garantía en materia penal".

MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Tomo 11. Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Tomo 1. Buenos Aires, 1994. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Traducción de Bofill Genzsch y Aimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Rodríguez Muñoz. Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 51 edición. Barcelona, 1998. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. "Comentarios al nuevo Código Penal". Aranzandi. Pamplona, 1996. RADBRUCH, Gustavo. "Filosofía del Derecho". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. RECASENS SICHES, Luis. "Vida humana, Sociedad y Derecho". Porrúa. 31 edición. México, 1952. RODRÍGUEZ DEVEZA, José y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español". Dykinson. 171 edición. Madrid, 1994. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Derecho Penal". Civitas. Madrid, 1978. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas. Madrid, 1997. ROMANO, Mario. "Commentario Sistematico del Codice Penale". Giuffrè. Tomo 1. 21 edición. Milano, 1995. ROXIN, Claus. "Derecho Penal". Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo 11. 31 edición. 81 reimpresión. Buenos Aires, 1978. TIEDEMANN, Klaus. "Lecciones de Derecho Penal económico". PPU. Barcelona, 1993. URQUIZO OLAECHEA, José. "El Bien Jurídico". En: Revista peruana de Ciencias Penales. N° 6. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal". Temis. 311 edición. Bogotá, 1997. VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentarios al Código Penal de 1995". Tirant lo Blanch. Tomo 1. Valencia, 1996. VON LISTZ, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa y adiciones de Quintano Saldaña. Volumen 11. Madrid, 1929. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Izquierdo Macías-Picavea. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Fundamentos de Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 31 edición. Valencia, 1993.

JURISPRUDENCIA

"De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva, no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al procesado al quedar demostrada la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado".

(Ejecutoria Suprema 12/01/98. Exp. 1767-97. Lima).

"De autos no se desprende ninguna infracción del deber de cuidado por parte del acusado, ya que este venía conduciendo su vehículo a una velocidad aceptable, y el factor predominante en este evento fueron los peatones que ingresaron a la calzada poniendo en peligro su integridad física. Para la realización en general de cualquier tipo penal culposos, es necesario que el hecho resultante haya sido causado por infracción al deber de cuidado y pueda imputarse objetivamente la misma".

(Resolución Superior 06/08/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8653-97).

"En los delitos culposos el hecho resultante, además de ser causado por la infracción del deber de cuidado, debe ser susceptible de imputarse objetivamente a la imprudencia del autor; circunstancia que contempla una doble comprobación: a) la relación de causalidad entre la acción y el resultado y b) que la causación del resultado esté dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada; faltando este presupuesto cuando, pese al riesgo creado, el resultado no era previsible o cuando el resultado no tenga nada que ver con la infracción cometida".

(Resolución Superior 14/12/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4988-98).

"La acción realizada con diligencia, aunque sea previsible un resultado lesivo, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno, pero la acción objetivamente imprudente, es decir aquella realizada sin la diligencia debida, que incrementa de forma ilegítima el peligro de que el resultado se produzca, es, junto a la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado".

(Ejecutoria Suprema 06/08/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8653-97).

"Tanto la materialización del delito como la responsabilidad penal del procesado se encuentran debidamente acreditadas, pues además de la verificación del nexo causal existente, se tiene que el resultado le es imputable objetivamente, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción del deber de cuidado incurrida por el acusado, lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado".

(Resolución Superior 02/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5032-97).

"En lo que respecta al encausado, su accionar ilícito no ha sido posible demostrarse a plenitud, debido a que su accionar como contador de la empresa, únicamente se limitó a firmar los balances y declaraciones juradas de

impuesto a la renta con la documentación que le alcanzaba su coencausado con quien tenía amistad y confianza, no habiendo actuado con conciencia y voluntad de cometer el hecho, careciendo así su conducta de todo contenido penal".

(Ejecutoria Suprema 12/05/98. Exp. 5737-97).

"El derrumbe de un tramo del canal de aducción de la central hidroeléctrica que causó la afectación del servicio público y perjuicios económicos, ocurrido en circunstancias de inexistencia de dolo o culpa en la conducta de los procesados, y debido a fallas geológicas, no resulta imputable penalmente a los acusados".

(Ejecutoria Suprema. Consulta, 31/10/97. Exp. 191796. Apurímac).

"Que, el Derecho Penal requiere, para que una conducta humana sea reprochable, que el ataque al bien jurídico sea objetivamente imputable al autor del comportamiento típico, es decir, no basta con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario, además, que dicho resultado pueda serle atribuido objetivamente a él".

(Resolución Superior 24/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4934-98).

"Se desprende de autos que fueron alrededor de cuarenta personas en estado de ebriedad las que se dispusieron a bailar sobre un puente colgante ocasionando el desprendimiento de uno de los cables que lo sujetaba a los extremos, produciéndose su caída sobre las aguas del río en el que perecieron dos personas a causa de una asfixia por inmersión y traumatismo encéfalo craneano, quedando asimismo heridos muchos otros; que, si bien el encausado organizó el festival de rock, lo hizo contando con la autorización de la autoridad competente para realizarlo en una explanada, a campo abierto, por las inmediaciones de un puente colgante, y asumiendo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que podrían derivarse de la realización de dicho evento, actuando de ese modo el autor diligentemente y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos, no existiendo violación del deber objetivo de cuidado; por el contrario debe considerarse que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados, creando así sus propios riesgos de lesión; en consecuencia, la conducta del agente no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de las propias víctimas, las que deben asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos 'el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal', por lo que los hechos sub-exámine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal".

(Ejecutoria Suprema 13/04/98. Exp. 4288-97. Ancash).

"No está dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada (excesiva velocidad) evitar el atropello de las personas que intempestivamente se interponen sobre la marcha de los vehículos, los mismos que no respetaron la preferencial o no tomaron en cuenta que se trataba de una vía de rápida circulación, lo cual además supera al mínimo de cuidado que se le exige a los conductores de vehículos; máxime si se tiene en cuenta que, atendiendo a dicha circunstancia, el factor predominante para la causación del resultado fue la propia imprudencia de los agraviados, al ingresar y cruzar una vía preferencial, sin agotar las medidas suficientes como para evitar el accidente y/o disminuir sus consecuencias".

(Resolución Superior 14/12/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4988-98).

"Tratándose de la comisión de los delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias, infringiendo un deber de prudencia o de cuidado; que siendo esto así, emerge con nitidez el nexo de causalidad que caracteriza a este tipo de delito por negligencia constituido por el comportamiento culposo del sujeto activo y el resultado de las graves lesiones en la salud del sujeto pasivo como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido por parte del agente".

(Resolución Superior 30/01/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5445-97).

"Si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca, es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva".

(Resolución Superior 24/04/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 550-98).

"Determinada la existencia del resultado lesivo, debe además acreditarse en autos la responsabilidad penal del imputado, la cual requiere dos elementos: el elemento objetivo, entendiendo el mismo como la realización de la conducta y verificación de la consecuencia descrita por el tipo penal, y el elemento subjetivo, la consciencia y la voluntad de obtener el resultado lesivo o la infracción del deber de cuidado".

(Exp. 329-95 de 10/11/97. Caro Coria, Dino Carlos.
"Código Penal". Pág. 132).

"El tipo objetivo de los delitos imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo;

y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico".
(Resolución Superior 09/08/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2505-98).

"Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho Penal cuando ha sido producido fortuitamente".
(Ejecutoria Suprema 18/09/98. Exp. 3019-98. Puna).

"El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca definitivamente en la penalización del conductor, cuando produce un resultado no deseado; ya que sería aceptar que el resultado es una pura condición objetiva de penalidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible, sin embargo, tal absurdo se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción':

(Resolución Superior 06/08/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8653-97).

"Si bien es cierto el nexo causal entre la acción del conductor procesado y el resultado ocasionado está debidamente acreditado, no es menos cierto que el actuar imprudente del procesado no lo está, pues el factor predominante para la materialización del evento fue la propia imprudencia de la agraviada, quien cruzó la calzada sin adoptar las medidas de precaución para eliminar todo tipo de riesgo y no haber lo hecho por el lugar apropiado, pese a existir el respectivo cruce peatonal, habiendo además dado positivo para alcohol".
(Resolución Superior 07/08/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2380-98).

"Que, las lesiones culposas pueden ser definidas como aquella lesión producida por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión era posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento en que no se producirá el resultado que se represente; actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia e impericia.

De autos no se desprende ninguna infracción del deber de cuidado por parte del acusado, ya que este venía conduciendo su vehículo en estado de ecuanimidad por una vía de alta fluidez vehicular rápida. El factor predominante del evento fue el peatón quien cruzó la calzada sin tomar las precauciones del caso y en forma intempestiva, poniendo en peligro su integridad física, encontrándose con sus facultades psicofísicas disminuidas o alteradas por ingestión de bebidas alcohólicas".

(Resolución Superlor 30/06198. Sala Penal. Corte Superlor de Justicia de Lima. Exp. 1291-98).

"El deceso de la agraviada se ha producido por un caso fortuito o hecho accidental, por lo que el hecho global no constituye de ningún modo delito de homicidio y tampoco genera responsabilidad penal para los agentes, al existir el resultado lesivo de un bien jurídico que ha sobrevenido por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad. Mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y sin haber obrado con dolo o culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría el violar el principio de culpabilidad previsto en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal":

(Ejecutoria Suprema 03/06198. Exp. 6239-97. Ancash).

"El derrumbe de un tramo del canal de aducción de la central hidroeléctrica que causó la afectación del servicio público y perjuicios económicos, ocurrido en circunstancias de inexistencia de dolo o culpa en la conducta de los procesados y debido a fallas geológicas, no resulta imputable penalmente a los acusados".

(Ejecutoria Suprema 31110/97. Exp. 1917-96. Lima).

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada". Pág. 72).

"El núcleo del tipo de injusto por el delito imprudente o culposo consiste en la divergencia que existe entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar; en consecuencia, en los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla; siendo necesario que en estos tipos de delitos exista entre la acción imprudente y el resultado lesivo una relación de causalidad, es decir una conexión que permita imputar al autor de la acción imprudentemente realizada el resultado concreto ocasionado. Entonces, para saber quién debe responder del resultado producido, no solo se debe establecer la simple conexión causal, sino, que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no".

(Resolución Superlor 18/03/98. Exp. 6534-97. Lima).

"Para el caso sub examine, se debe tener en cuenta que el accidente de tránsito se produjo no solamente por la falta de cuidado que prestó el procesado mientras conducía su vehículo, sino que en el mismo concurrió la irresponsabilidad de la agraviada al intentar cruzar con su menor hija en sus brazos por una zona inadecuada. Factor predominante para que se produzca el accidente de tránsito fue la acción imprudente de la agraviada al ingresar a la calzada sin adoptar las medidas de seguridad, mientras que el factor contributivo fue la velocidad inadecuada con la que el procesado conducía su vehículo; en consecuencia, se afirma la imputación objetiva ya que el procesado con su acción imprudente, que es faltar a las reglas de tránsito,

incrementó el riesgo normal, por lo que este incremento equivale a su creación".

(Resolución Superior 18/03/98. Exp. 6534-97. Lima).

"Para afirmar la existencia de un delito deben constarse los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y solo ante la concurrencia de estos elementos el sujeto activo es pasible de sanción por parte del juzgador".

(Ejecutoria Suprema 19/02/98. Exp. 377-95. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 29).

"Se ha acreditado que el nexo causal que produjo el fallecimiento del agraviado fue el atropellamiento de que fue víctima por parte del vehículo que conducía el sentenciado, a quien se le puede imputar objetivamente tal resultado, pues, el deber objetivo de cuidado que se le reprocha haber inobservado es el hecho de manejar en estado de ebriedad, así como el conducir a excesiva velocidad en una zona no adecuada, faltando al cumplimiento de las reglas de tránsito que por el hecho de estar al mando de un vehículo motorizado se le exige que observe; que la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino que a la conducta realizada por el procesado es objetivamente imputable el resultado producido al haber creado un peligro jurídicamente desaprobado materializado en la muerte del agraviado".

(Resolución Superior 14/01/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6109-97).

"Si la acción se realiza con la diligencia debida aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno, pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto a la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado; en consecuencia la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción".

(Ejecutoria Suprema 21/09/98. Exp. 3355-98. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 67).

"Se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de destreza o prudencia (velocidad adecuada, desplazamiento por el carril correspondiente, estado psicosomático normal, vehículo en estado electromecánico normal, y contar con licencia de conducir oficial; reglas aplicables al caso del chofer). La encausada al conducir a excesiva velocidad no observó la diligencia que su ocupación, capacidad y conocimiento le exigían en el lugar y momento de los hechos, toda vez que no adoptó las precauciones necesarias para evitar el atropello del referido agraviado, causándole así la muerte".

(Ejecutoria Suprema 02/04/98. Exp. 2007-97. Cono Norte-Lima).

"Para reprochar penalmente al agente a título de culpa, no basta la verificación del resultado objetivo, sino que además este debe ser el resultado del incremento del riesgo no permitido implícito en la conducta del agente".

(Resolución Superior 28/09/00. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 878-99., Fidel Rojas. Pág. 427).

"El inculpaado ha infringido el deber de cuidado, al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del momento y lugar, máxime si como conductor de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente la velocidad máxima para circular en zonas escolares".

(Resolución Superior 16/06/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 798-98).

"El encausado actuó de buena fe, conducta que denota estar desprovista del elemento subjetivo del tipo que es el dolo, es decir no hubo conciencia y voluntad para cometer el hecho delictuoso".

(Ejecutoria Suprema 23/10/97. Exp. 5526-96. Lima).

"Factor predominante causante del deceso fue la propia conducta del agraviado, quien de manera imprudente cruzó la vía por un lugar no permitido, ingresando al eje de marcha del vehículo, sin prever el peligro inminente dada la cercanía del vehículo; en tanto, el obrar del conductor es considerado tan solo como un factor contributivo, por lo que no puede ser pasible de reproche penal por un acto provocado por terceros".

(Resolución Superior 29105/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 325-98. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal Comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 626).

"Que si bien es cierto debido a la acción del conductor se ha extinguido una vida humana, también lo es que esto se debió a una maniobra de un tercero que empujó al agraviado a la calzada, no pudiendo aquel objetivamente prever ni evitar el resultado, estando a que los hechos ocurrieron en un área de un metro cuadrado".

(Resolución Superior 27/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 568-98. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal Comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 625).

"Se ha acreditado que los hechos se han producido por exclusiva responsabilidad de los agraviados, quienes cruzaron en forma intempestiva y temeraria una vía rápida, pese a existir un puente peatonal a pocos metros del accidente, circunstancias en que fueron atropellados por el sentenciado quien discurría en forma normal por la carretera, no pudiendo hacer nada por evitar tal acontecimiento".

(Resolución Superior 18/03/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4199-97. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal Comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 621).

"Factor determinante del accidente automovilístico con consecuencia fatal fue el obrar impudente del agra viado conductor de la motocicleta, el mismo que se encontraba en estado de ebriedad, mientras que la conducta del procesado se encontraba dentro de los alcances del Código de Tránsito y Seguridad Vial. La culpa es la consecuencia de un resultado ilícito pero con ausencia de intención: el hecho dañoso se deriva del comportamiento negligente, imprudente o temerario del sujeto activo del delito, quien debe hallarse en la posibilidad psicológica de prever el resultado".

(Resolución Superior 21/04/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 362-97. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal Comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 620).

"De autos se desprende que factor predominante del accidente fue que el inculpado desplazó su unidad a una velocidad tal que no le permitió maniobrar con eficacia para evitar el accidente, por lo que de lo actuado se establece su responsabilidad pena~

(Resolución Superior 30/03/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5173-97. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal Comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Pág. 619).

"Los querellados por el delito de difamación, quienes se limitaron a informar hechos debidamente sustentados, ejerciendo su profesión de periodistas, actuaron sin el elemento subjetivo del tipo denominado animus defamandi o injuriandi, por lo que resultan atípicos subjetivamente los hechos denunciados". (Ejecutoria Suprema 23/04/98. Exp. 6500-97. Lima).

"El dolo no se presume, por lo que debe acreditarse".

(Ejecutoria Suprema 13/11/90. Exp. 800-90. Calamarca. "Jurisprudencia Penal". Retamozo. Pág. 99).

"Al inculpado le es exigible el cuidado de verificar la ausencia de niños por la zona por donde iba a transitar, dado que por ser vecino del medio conoce la existencia de niños en la zona, aunado a ello se tiene que se encontraba frente a un parque, donde generalmente se puede verificar la presencia de niños, pero pese a ello no observó el cuidado correspondiente, por el contrario, estaba con la atención distraída por la premura que tenía por llevar al taller el vehículo que conducía".

(Sentencia 05/03/02. 5 JP. Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 2000-2383-04. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 5. N° 26. Pág. 35. § 006).

"En los delitos de resultado como el de homicidio calificado debe afirmarse la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado típico,

sin perjuicio de que además puedan utilizarse para delimitar la relación de causalidad los criterios de imputación objetiva, cuya ausencia conduce indefectiblemente a la absolución".

(Ejecutoria Suprema 31/07/01. Exp. 626-2001. Tacnao "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 4.Nº 14. Pág. 56. § 022).

TÉCNICA DE NUMERUS APERTUS EN LAS INFRACCIONES DOLOSAS y NUMERUS CLAUSUS EN LAS INFRACCIONES IMPRUDENTES

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arts. 4, 5, 7, 40, 238 C.P. arto 11

Comentario

Percy García Caverio

El artículo 12 del Código Penal establece que los delitos de la parte especial solo se sancionan a título de dolo, mientras que para sancionar a título de culpa se necesita que expresamente el tipo penal de la parte especial lo indique(1). En este sentido, la regla general en la imputación subjetiva es el castigo de los delitos realizados de forma dolosa, siendo la incriminación de la culpa, más bien, la excepción(2). El régimen legal más expansivo del delito doloso, que por regla general contempla una pena mayor que la realización culposa, nos obliga a precisar claramente los contornos normativos de ambas formas de imputación subjetiva.

I. Lo común y lo propio del dolo y la culpa

1. La ubicación sistemática del dolo y la culpa

Desde las primeras formulaciones dogmáticas el dolo y la culpa han ocupado en la opinión mayoritaria espacios comunes. En la formulación clásica del delito,

(1) Los artículos 81 primer párrafo y 82 primer párrafo del Código Penal de 1924 contenían una norma similar, en tanto solo autorizaban el castigo al agente de infracción culposa en los casos taxativamente establecidos por ley. Ver, con mayor detalle, HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. Lima, 1987. Págs. 450 y sgte.

(2) Vide VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 21 edición San Marcos. Lima, 2001. Pág. 266.

Similarmente para el Derecho Penal alemán, CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. En: SCHÖNKE y SCHRÖDER. Strafgesetzbuch-Kommentar. München, 2001, § 15. n.m. 1.

por ejemplo, ambos supuestos se agrupaban en la categoría de la culpabilidad(3).

Tal ordenación en la estructura del delito era consecuencia de la comprensión objetiva de la tipicidad(4), en la que dolo y culpa aparecían como una relación de la mente con el tipo penal, pero no formaban parte del mismo(5). La pronta crítica a esta comprensión puramente descriptivo-objetiva de la tipicidad con la demostración de elementos normativos y subjetivos en el tipo(6), llevó a cuestionar la rigidez de la formulación clásica. Primero, de manera excepcional, y posteriormente como regla general a partir del finalismo, se consideró como sistemáticamente necesario incluir la vertiente subjetiva del hecho en la tipicidad(7). Una descripción puramente objetiva del delito no permitiría diferenciar las conductas humanas de los puros sucesos naturales(8). El dolo y la culpa han pasado así a formar parte de la tipicidad. La opinión doctrinal actualmente dominante acepta esta ubicación dogmática de la parte subjetiva del hecho(9), centrándose la discusión, más bien, en el contenido particular del dolo y la culpa.

2. La delimitación entre el dolo y la culpa

En un principio, cuando los ámbitos público y privado del Derecho no se encontraban diferenciados, la reacción ante un delito distinguía solo intuitivamente los hechos culpables, de los sucesos casuales(10). Posteriormente, con la configuración autónoma del Derecho Penal público, se castigó solo las violaciones jurídicas cometidas voluntariamente, imponiéndose a las conductas imprudentes únicamente un deber de resarcimiento, pero no una respuesta Penal(11). Sin embargo, la ampliación paulatina del contenido del dolo, sobre todo en la Edad Media tardía, a supuestos de dolo indirecto, eventual e incluso de culpa consciente, llevó a incluir supuestos culposos en el conjunto de conductas sometidas a reacción penal. A partir de la crítica racionalista de la ilustración jurídico-penal, se ha trabado mucho,

(3) Vide ROXIN, Claus. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 3 Aufl. BerHn, § 1997. 7, n.m. 3; SACHER DE KOSTER, Mariana. "La evolución del tipo subjetivo". Ad Hoc. Buenos Aires. 1998. Pág. 16.

(4) Vide con mayor detalle, BELING, ErnsI. "Lehre vom Verbrechen". 1930. Págs. 178 y sgte.

(5) Vide BELING, ErnsI. Op. Cil. Pág. 179.

(6) Vide con mayores referencias, ROXIN, Claus. Op. Cil., § 10, n.m. 8 y ss.; SACHER DE KOSTER, Mariana. Op.

Cil. Pág. 77; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General" Grijley. Lima, 1994. Págs. 328 y sgte.

(7) Vide SACHER DE KOSTER, Mariana. Op. Cil. Pág. 16. Sobre la teoría del injusto personal, cuya formulación original corresponde a WELZEL, Hans. "Das Deutsche Strafrecht", 11 Aufl. BerHn, 1969. Pág. 62. En la actualidad la doctrina dominante sigue la estructuración del injusto personal, que incluye además de un desvalor de resultado, un desvalor de acción. Vide con mayores referencias, ROXIN, Claus. Op. Cil. 10, n.m. 8 y sgtes., CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Op. Cil. Preliminares a los 13 y sgtes., n.m. 52 y sgtes.

(8) WELZEL, Hans. "Kausalität und Handlung". En: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlin, 1975. Pág. 18.

(9) Vide JAKOBS, Günther. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Berlín, 1991. 8y1; ROXIN, Claus. Op. Cil. § 12, n.m. 1,24, n.m. 3 y sgtes.

(10) Vide KOHLER. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Berlín, 1997. Pág. 133.

(11) Op. Cil. Pág. 134.

ciertamente desde muy distintas perspectivas, para encontrar una delimitación clara entre el dolo y la culpa. A pesar de ello, nuestro actual Código Penal no recoge expresamente un criterio delimitado(12), mientras que en la doctrina se defienden diversos pareceres al respecto.

El consenso de la doctrina llega a la afirmación de que el dolo puede presentarse de tres maneras: como dolo directo de primer grado (voluntad de producir el resultado), como dolo directo de segundo grado (voluntad de realizar la acción y pleno conocimiento respecto de la aparición del resultado) y como dolo eventual (conocimiento de la probabilidad del resultado)(13). En cuanto a la culpa, se señala que esta puede ser consciente (con representación del resultado) e inconsciente (sin representación del resultado)(14). Como puede verse, en este sistema conceptual no existe mayor dificultad para delimitar los supuestos de dolo directo de primer grado, de los supuestos de culpa inconsciente. Así, quien dispara a 15 cm.

de distancia sobre la cabeza de su enemigo cometerá un homicidio doloso, a diferencia del delito culposo cometido por el distraído conductor que pasa inadvertidamente el semáforo en rojo y atropella mortalmente a un peatón. Los problemas de delimitación se presentan cuanto más nos alejamos de los extremos y llegamos a supuestos límite, a saber, los casos de dolo eventual y de culpa consciente. En la doctrina penal se han defendido innumerables criterios para delimitar ambos supuestos(15), sobre los que no vamos a entrar de manera detallada, pues ello excedería los límites propios de unos comentarios generales al Código Penal.

Solo cabe precisar que el criterio de delimitación depende mucho del contenido asignado a la parte subjetiva del delito. Así, pues, si lo subjetivo se concibe como un fenómeno psicológico o normativo, o si se incluye en el dolo un elemento volitivo o no, repercutirá en la selección del criterio de delimitación.

En una comprensión psicológica de la parte subjetiva del delito, en la que el dolo se define como la realización del hecho con conocimiento y voluntad, mientras que la culpa requiere solo la existencia de conocimiento, la voluntad se convierte en el criterio más adecuado para delimitar el dolo eventual y la culpa consciente. Solo podrá hablarse de dolo eventual si existe en el autor un elemento volitivo(16). Esta claridad conceptual de la teoría de la voluntad contrasta, sin embargo, con su insatisfacción

(12) Similarmente, respecto de la regulación alemana, GRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Op. Gil. § 15, n.m. 2 y 6, LAGNER Y KÜHL. "Strafgesetzbuch". 24 Aufl. München, 2001. § 15, n.m. 2.

(13) Sobre las formas del dolo, vide HURTADO POZO, José. Op. Gil. Págs. 434 y sgte.; TRÖNDLE y FISCHER. "Strafgesetzbuch". 51 Aufl. München, 2003. § 15, n.m. 5 y sgtes.

(14) Sobre la culpa consciente e inconsciente, vide HURTADO POZO, José. Op. Gil. Págs. 454 y sgte.; TRÖNDLE y FISCHER. Op. Gil. § 15, n.m. 13.

(15) Vide sobre los diferentes criterios de delimitación, ROXIN, Glaus. Op. Gil. § 12, n.m. 32 y sgtes.

(16) Vide sobre la teoría de la voluntad, RAGUÉS I VALLES, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Bosch. Barcelona, 1999. Págs. 60 y sgtes.

político-criminal, en tanto obliga a castigar como culposos hechos igual de graves que los dolosos o voluntarios. Por ello, la doctrina penal ha sustituido el elemento volitivo por otros de carácter emocional, con los que busca justificar el castigo a título de dolo de actos realizados sin una voluntad directa. De esta manera, se han formulado las teorías del acuerdo, ratificación, resignación, aprobación y consentimiento(17). Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les ha criticado reemplazar el elemento de la voluntad por sucedáneos emocionales y dejar de lado finalmente su punto de partida: el dolo como conocimiento y voluntad(18). Pero además se les reprocha recurrir a criterios bastante difíciles de verificar, en la medida en que permanecen por lo general en la esfera interna del autor y pocas veces resultan objetivados. Precisamente, para evitar esta crítica, se ha intentado en la actualidad reconstruir normativamente el elemento volitivo fuera de la psique del autor con criterios como el "plan del autor" de ROXIN(19). Ante este proceder se levanta la cuestión de si esta normativización de la voluntad del autor, que abandona el plano propiamente subjetivo, merece aún considerarse parte del tipo subjetivo. La doctrina penal entiende cada vez más que no.

La teoría de la representación o posibilidad, por el contrario, ubica la diferencia entre el dolo y la culpa en el conocimiento(20). La representación o conocimiento de la posibilidad del resultado determinaría la imputación a título de dolo. Como puede verse, se saca del ámbito de la culpa la figura de la culpa consciente, pasando a formar parte del ámbito de conductas dolosas(21). No obstante, para evitar una excesiva ampliación de las conductas dolosas se ha propuesto algún requisito adicional, como lo hace, por ejemplo, la teoría de la probabilidad, la cual exige no solo que el autor se represente el resultado, sino que exista un grado relevante de probabilidad de su producción(22). Lo problemático en todo esto se encuentra en cómo determinar el baremo de la probabilidad(23). En primer lugar, cabe indicar, como lo hace PUPPE(24), que no se trata de una probabilidad matemática, pues resulta difícil fijar una misma proporción matemática para todos los delitos. Por ello, la probabilidad debe determinarse según los sectores y atendiendo a la importancia de los intereses protegidos. Por otra parte, hay que señalar que la proporcionalidad no debe fijarse

(17) Vide OÍAZ PITA, Marra del Mar. "El dolo eventual". Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. Pág. 22; RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Gil. Pág. 62; GRAMER Y STERNBERG-UEBEN. Op. Gil. § 15, n.m. 80 y sgtes.

(18) Vide OÍAZ PITA, Marra del Mar. Op. Gil. Págs. 25 y sgte.; RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Gil. Pág. 65.

(19) Vide ROXIN, Glaus. Op. Gil. § 12, n.m. 22 y sgtes.

(20) Vide ROXIN, Glaus. Op. Gil. § 12, n.m. 38 y sgtes.

(21) Así la tan citada afirmación de SGHRÖOER, Horst. "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs". En: Festschrift für Sauer. Berlín, 1949. Pág. 245: "Toda culpa es culpa inconsciente".

(22) Vide sobre la teoría de la probabilidad; ROXIN, Glaus. Op. Gil. § 12, n.m. 42 y sgte.; RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Gil. Págs. 66 y sgtes.

(23) Vide esta crítica en RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Gil. Pág. 70.

(24) PUPPE. "Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch". Baden-Baden. 1995. §§ 15, n.m. 75.

subjetivamente, pues con ello se favorecería de manera injusta a los descuidados frente a los escrupulosos. La probabilidad debe elaborarse, más bien, con criterios objetivos socialmente establecidos. La teoría mejorada de la probabilidad de PUPPE(25) y la de los riesgos cubiertos de HERZBERG(26) van precisamente en esta vertiente objetivista de la probabilidad.

Por nuestra parte, nos adherimos a la línea de interpretación que entiende que la discusión entre el dolo y la culpa debe ubicarse en el grado de conocimiento, es decir, en el mayor o menor conocimiento de aparición del resultado. La diferencia entre ambas formas de imputación subjetiva se encontrará únicamente en el plano cuantitativo(27), en tanto el mayor conocimiento en los delitos dolosos aumenta la exigencia de evitabilidad al autor. El conocimiento en el delito doloso tendría que haber hecho desistir de lo emprendido a un ciudadano fiel al derecho, algo que en el delito culposo no resulta tan evidente(28). Por tanto, la fijación del límite cuantitativo entre el dolo y la culpa dependerá del contexto de actuación y de los intereses en juego, lo cual significa finalmente determinar objetivamente la delimitación conceptual entre dolo y culpa.

II. El dolo

1. Contenido y objeto del dolo

La concepción tradicional entiende que el contenido del dolo es saber y querer la realización de los elementos del tipo penal(29). En tiempos recientes, sin embargo, el elemento volitivo ha empezado a ser cuestionado como parte necesaria del dolo. Las razones de este cuestionamiento son diversas. Por un lado, se ha llegado a la conclusión de que muchas conductas, en las que no existe propiamente una voluntad del autor

(25) PUPPE. "Vorsatz und Zurechnung". Heidelberg, 1992. Págs. 35 y sgtes.

(26) HERZBERG. "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes". En: Juristische Schulung 1986. Págs. 249 y sgtes.; HERZBERG. "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewußt fahrlässigem Verhalten", en Juristenzeitung 1988. Págs. 635 y sgtes.

(27) Por el contrario, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza'". En: La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Mir Puig y Luzón Peña (coordinadores).

Barcelona, 1996. Pág. 279, considera que la diferencia entre dolo e imprudencia es cualitativa. En contra de una distinción cualitativa, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuridicidad penal y sistema del delito". Bosch.Barcelona, 2001. Pág. 721.

(28) Vide en este sentido, KINDHAUSER, Urs. "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96. 1984. Págs. 25 y sgtes. y 34. Sobre la cercanía de la evitabilidad, JAKOBS, Günther.

"El delito imprudente". En: Estudios de Derecho Penal. Traducción de Cancio Meliá. Madrid, 1997. Págs. 167 y sgtes. Por el contrario, FRISCH. "Vorsatz und Risiko". K61n, 1983. Págs. 46 y sgtes., recurre a la mayor peligrosidad frente a bienes jurídicos en los delitos dolosos. Hace mención a un "efecto de llamada del tipo" mayor en los delitos dolosos; VOGEL, J. Voz: Fahrlässigkeit. "Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts". Krekeler y Tiedemann y Ulsenheider y Weinmann (Hrsg.). Estado: mayo de 1990. Heidelberg. Pág. 2.

(29) Vide con mayores referencias, CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Op. Cit. § 15, n.m. 9. En nuestro país, BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. "La tipicidad. El tipo doloso de comisión". En: Libro Homenaje a Luis Bramont Arias. Lima, 2003. Pág. 47.

respecto del resultado, merecen ser sancionadas con una pena mayor que la ofrecida por el tipo penal culposo. La voluntad del autor puede manifestarse ciertamente como la forma más grave de dolo, pero no como elemento necesario de todas las formas posibles de actuación dolosa(30). Por otro lado, se ha llegado a precisar que la voluntad no puede predicarse de todos los elementos del tipo penal, ya que, a diferencia del conocimiento, se limita fundamentalmente al resultado típico(31). Finalmente, debe mencionarse que la relativa dificultad de prueba de la voluntad del autor plantea la cuestión de si resulta necesario determinarla en el juicio de imputación jurídico-penal. Todas estas consideraciones refuerzan la tesis que sostiene que el contenido del dolo es fundamentalmente conocimiento de la realización del tipo penal(32),

La doctrina penal se encuentra también enfrentada en lo que respecta al objeto del dolo. Frente al parecer general que coloca todos los elementos del tipo como objeto del dolo(33), un grupo de autores entiende que el resultado no debe ser abarcado por el dolo, sino solo la acción delictiva(34). La doctrina penal predominante ha dirigido severas críticas a tal interpretación, pues entiende que el dolo no puede ser idéntico en los delitos de peligro (concreto) y en los delitos de lesión(35), reduciéndose la diferencia típica entre ambos delitos únicamente al plano

(30) En contra, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Madrid, 1996. Págs. 411 y sgte.

(31) Como lo pone de relieve RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Op. Cil. Pág. 32, muchos elementos del tipo penal no necesitan ser queridos por el delincuente para fundamentar el dolo.

(32) Destacan actualmente la irrelevancia del elemento volitivo en el dolo HRUSCHKA. "Strafrecht nach logischanalytischer Methode". 2 Aufl. Berlín, 1988. Págs. 434 y sgtes.; FRISCH. Op. Cil. Págs. 255 y sgtes.;

KINDHAUSER. Op. Cil. Págs. 1 y sgtes.; HERZBERG. "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes". Págs. 249 y sgtes.; SCHUMANN. "Zur Wiederlegung des 'voluntativen' Vorsatzelement durch den BGH". En: Juristenzeitung 1989. Pág. 427; PUPPE. "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 103. 1991. Págs. 14 y sgtes.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 401; FEIJÓO SÁNCHEZ, Jesús María. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Política Criminal. W 65. 1998. Págs. 271 y sgtes.; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Op. Cil. Págs. 275 y sgtes.; LAURENZO COPELLO, Patricia. "Dolo y conocimiento". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 248.

(33) Vide con mayores referencias, CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Op. Cil. § 15, n.m. 15.

(34) En este sentido, FRISCH. Op. Cil. Págs. 57 y sgtes.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Págs. 114 y sgtes.

(35) Diferencian entre dolo de peligro y dolo de lesión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Delitos de peligro, dolo e imprudencia". Universidad Complutense. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid, 1994. Págs. 61 y sgtes., 103; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos". Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Págs.

203 y sgtes.; MAQUEDA ABREU, Marra Luisa. "La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado". En: Cuadernos de Derecho Judicial. Elementos subjetivos de los tipos penales. Madrid, 1994. Pág. 193; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "La responsabilidad por el producto en Derecho Penal". Valencia, 1995. Págs. 114 y sgte.; SCHÜNEMANN. "Concepto de dolo en la nueva dogmática del Derecho Penal". En: Revista de Política Criminal y Ciencias Penales. 1999. Número especial 1. Pág. 72. Una diferencia entre ambas formas de dolo, aunque renunciando al elemento volitivo, reconoce

objetivo. Por nuestra parte, entendemos que también en la imputación subjetiva debe manifestarse una diferencia entre estos delitos, pero no por la exigencia de un conocimiento sobre un dato que el autor, en la medida en que carece de capacidades proféticas, no puede efectivamente conocer⁽³⁶⁾. En este sentido, el conocimiento del resultado debe entenderse, más bien, como un juicio sobre la capacidad lesiva del comportamiento que el sujeto sabe que está realizando y que RAGUÉS I VALLÉS califica como la concreta aptitud lesiva del comportamiento⁽³⁷⁾. El dolo implica un grado de conocimiento suficiente como para poder afirmar la idoneidad de su comportamiento para lesionar el interés penalmente protegido.

2. La determinación del conocimiento en el dolo

Precisado que el dolo es conocimiento y que no se trata de un conocimiento sobre sucesos futuros, sino sobre aspectos del comportamiento del autor, debemos ocuparnos de fijar la manera cómo se determina penalmente este conocimiento. La doctrina tradicional divide, para tal fin, los criterios de determinación del conocimiento en función de la clasificación "elementos descriptivos y elementos normativos del tipo"⁽³⁸⁾. La opinión general tiende a exigir en los elementos descriptivos una percepción sensorial y en los normativos una referencia a normas o valoraciones que permitan una atribución de sentido⁽³⁹⁾. En la medida en que el conocimiento en los primeros se adquiere a través de una percepción sensorial, solo será necesario una constatación del juez mediante ciertos datos objetivos que evidencian el conocimiento de estos aspectos por parte del autor. Sin embargo, ya la doctrina penal ha reconocido que muchos de los catalogados elementos descriptivos, como por ejemplo arma o persona, pueden presentar dificultades de determinación en ciertas zonas limítrofes⁽⁴⁰⁾, por lo que puede decirse

también JAKOBS, Günther. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Apdo 6, n.m. 79; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Op.Cit. Págs. 509 y sgte.

(36) Vide DrAZ PITA, Marra del Mar. Op. Cit. Pág. 30.

(37) Vide RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Op. Cit. Pág. 456.

(38) O similares: como elemento normativo en sentido amplio y elemento normativo en sentido estricto como lo hace ENGISCH. "Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag, 1954. Pág. 140; hechos naturales y hechos institucionales como lo hace DARNST ADT. "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en Juristische Schulung 1978. Págs. 441 y sgtes.; elementos unidimensionales y pluridimensionales como lo hace, KUNERT. "Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände". Berlín, 1958. Págs. 82 y sgtes.

(39) En este sentido, por ejemplo, RUDOLPHI. "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch". 6 Aufl. 1997. § 16, n.m. 21; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN. Op. Cit. § 15, n.m. 17 y sgtes.

(40) Vide en este sentido, SCHLÜCHTER. "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Tübingen, 1983. Págs. 100 y sgte.; SCHLÜCHTER. "Grundfrage zum Bewertungssirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB". En: Juristische Schulung 1985. Pág. 374; DOPSLAFF. "Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1987. Pág. 18; KINDHAUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Córdova y Bruzzone. Buenos Aires, 1999. Pág. 144.

que también estos elementos del tipo presentan un cierto contorno normativo⁽⁴¹⁾, El mismo fenómeno de acercamiento puede apreciarse desde los llamados elementos normativos, en los que se empieza a reconocer la existencia de una base fáctica que requiere también de una labor de percepción sensorial y en la que pueden tener lugar igualmente ciertas situaciones de error⁽⁴²⁾, De esta manera, se ha llegado a la conclusión de que todos los elementos del tipo penal requieren de una percepción y de un proceso de valoración⁽⁴³⁾, No hay elementos descriptivos y normativos, sino una percepción sensorial y una valoración que permitirían al autor conocer que realiza una conducta penalmente relevante,

En la medida en que en las valoraciones no se cuenta con referentes tan definidos como los que se presentan en el conocimiento por percepción, la determinación del conocimiento por valoración constituye un punto de especial discusión doctrinal. Si bien la doctrina penal se ha limitado a discutir esta cuestión en el marco exclusivo de los elementos normativos del tipo, no vemos una razón fundada para no hacer sus conclusiones extensivas a cualquier conocimiento por valoración. A continuación vamos a exponer resumidamente los distintos referentes utilizados por la doctrina penal para determinar el conocimiento por valoración en los elementos normativos, lo cual nos permitirá luego dar nuestro parecer al respecto.

A. La teoría de los elementos complejos

En 1908 Von HIPPEL puso de manifiesto en su crítica a la teoría del error del Tribunal del reino alemán la existencia de elementos del delito que contenían una

(41) Asr, RADBRUGH. "Zur Systematik der Verbrechenslehre". Festgabe für Frank. 1. Tübingen, 1930. Pág. 167;

WOLF. "Der Sachbegriff im Strafrecht". En: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Band V. Berlín, 1929. Pág. 56; WOLF. "Die Typen der Tatbestandsmissetzung". Breslau, 1931. Pág. 60; KAUFMANN, Arthur.

"Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts". Mainz, 1950. Pág. 176; ENGELSH. Op. Cit. Págs. 142 y sgtes. (que luego distingue entre elementos normativos en sentido amplio y en sentido estricto); LENGKNER. "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz 'nullum crime sine lege'". En: Juristische Schulung 1968; HAFT. "Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht". En: Juristische Schulung 1975. Pág. 480; TISCHLER. "Verbotsirrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Berlín, 1983. Pág. 37; KUHLEN. "Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum". Frankfurt a.M., 1987. Pág. 419; PUPPE. "Error de hecho, error de derecho, error de subsumción". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Gancio Meliá. Buenos Aires, 1999. Pág. 95; GROTEGUTH. "Norm und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 Strafgesetzbuch". Berlín, 1993. Págs. 76 y sgtes.; SCHWEGLER. "Der Subsumtionsirrtum". Frankfurt a.M., 1995. Págs. 101 y sgte.; HERZBERG y HARDTUNG. "Grundfrage zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum". En: Juristische Schulung 1999. Pág. 1073.

(42) Vide en este sentido, SCHLÜGTER "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Págs. 75 y sgte.; SCHLÜGTER. "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht". Wistra. 1985. Pág. 44; TISCHLER. Op. Cit. Pág. 37; PUPPE. Op. Cit. Págs. 105 y sgte.

(43) En este sentido, RADBRUGH. Op. Cit. Pág. 167; MEZGER. "Strafrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil". 3. Aufl. Berlín, 1949. Pág. 304; KAUFMANN, Arthur. Op. Cit. Pág. 168; PLATZGUMMER. "Die Bewusstseinsform des Vorsatzes". Wien. 1964. 1973. Pág. 41; WARD. "Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre". En: Juristische Ausbildung 1979, Pág. 801; TISCHLER. Op. Cit. Pág. 37.

valoración jurídica(44). A estos elementos los calificó como conceptos jurídicos, entre los cuales distinguió aquellos que años después llamaría conceptos complejos y cuya particularidad se encontraba en la manera como debían ser abarcados por el dolo(45). En palabras resumidas: para el conocimiento de estos elementos del delito no era necesario que el autor se hiciese una representación completa del concepto jurídico, sino que bastaba que tuviese una representación de los elementos que constituyen o dan lugar a estos conceptos(46). Posteriormente Von WEBER reasumió esta categoría de los conceptos complejos para establecer el conocimiento de determinados elementos normativos, en los que solo sería necesario el conocimiento de las circunstancias del hecho, pero no su significación jurídica(47).

Independientemente de las particularidades del pensamiento de Von HIPPEL y Von WEBER, resulta evidente la utilización por parte de ambos autores de un criterio de determinación del conocimiento de elementos normativos que recurre al mismo criterio de determinación de los elementos descriptivos, esto es, a la percepción sensorial. Para atribuir el conocimiento de estos conceptos complejos al autor, bastaría simplemente verificar que el autor conoció las circunstancias del hecho que dan lugar a la valoración compleja recogida por un elemento normativo del tipo. La valoración que el autor haya hecho de las circunstancias del hecho resulta completamente irrelevante, siendo suficiente para el dolo el conocimiento de las circunstancias del hecho que motivan la valoración recogida por el tipo penal.

Una generalización del criterio de los conceptos complejos para la determinación del conocimiento de todos los elementos de tipo penal muestra de alguna manera la propuesta de HERBERGER. Apoyado en estudios de filosofía analítica, HERBERGER llega a la conclusión de que los elementos normativos del tipo tienen, además de un componente emotivo, también un componente descriptivo, y que para determinar el conocimiento del autor de estos elementos hace falta solamente referir este conocimiento al componente descriptivo(48). Como puede verse, estas consideraciones llevan al mismo resultado que la teoría de los conceptos complejos, en tanto que para la atribución del dolo se necesitaría determinar únicamente el conocimiento de la base descriptiva, esto es, la calidad de los objetos en los

(44) Vide VON HIPPEL. "Vorsatz. Fahrlässigkeit. Irrtum". En: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Tomo 111. Berlín, 1908. Págs. 553 y sgtes.

(45) Vide VON HIPPEL. "Lehrbuch des Strafrechts". Bertrn, 1932. Pág. 138.

(46) Vide así, VON HIPPEL. "Vorsatz. Fahrlässigkeit. Irrtum". Pág. 562. Similarmente, FRANK. "Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich". 18 Aufl. 1931. Comentario 11. § 59.

(47) Vide VON WEBER. "Vom Subsumtionsirrtum". En: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1953. Págs. 161 y sgte.

(48) Vide con mayores referencias, HERBERGER. "Die deskriptiven und die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". En: Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie. Koch (Hrsg.). Kronberg, 1976. Págs. 153 y sgte.

que cae la connotación de los elementos normativos.

B. La valoración paralela en la esfera del profano

El origen de la teoría de la valoración paralela en la esfera del profano se encuentra en íntima relación con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo(49) y su repercusión en el tipo subjetivo. Como el dolo debía abarcar todas las circunstancias típicas del hecho, resultaba insuficiente demostrar que el autor había percibido sensorialmente el hecho, por lo que también era necesario comprobar que el autor había realizado una valoración del hecho en el sentido establecido por los elementos normativos del tipo. No obstante, resultó muy problemático encontrar un criterio judicial para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo por parte del autor, ya que el resultado de una valoración dependía en gran medida del punto de referencia utilizado por el autor, el cual difícilmente puede ser jurídico. Es en este contexto en donde se desarrolla la teoría de la valoración paralela en la esfera del profano, que en realidad estuvo dirigida más a evitar que el juez utilice su propia perspectiva (la jurídica) que a ofrecer un criterio para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo(50). La irrelevancia del error de subsunción para el dolo es precisamente expresión de esta finalidad(51).

Pese al acuerdo mayoritario en la doctrina sobre la determinación del conocimiento de los elementos normativos del tipo sobre la base de la valoración en la esfera del profano(52) puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia no se ponen de acuerdo en el contenido de esta valoración(53). Si bien este método se ha mostrado al parecer útil para determinar el conocimiento de elementos del tipo como "documento" o "ajenidad", no se ha precisado un procedimiento para concretar este criterio en la solución de los distintos supuestos particulares. De la expresión "valoración paralela" no se deriva ningún límite a la labor judicial de determinación del conocimiento suficiente de los elementos normativos del tipo, de manera tal que siempre resulta posible hacer reducciones injustificadas a la fórmula cuando se entiende que exige demasiado en determinados contextos(54).

(49) El primero en introducirlos en la discusión jurídico-penal con esa denominación fue MAYER, M.E. "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts". 2 Aufl. 1915. Pág. 185.

(50) Vide asr, BUSCH. "Über die Abgrenzung von Tatbestand- und Verbotssirrtum". Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag. München, 1954. Pág. 168.

(51) Vide en este sentido, KUNERT. Op. Cit. Págs. 26 y sgte.

(52) Vide por todos, SCHWEGLER. Op. Cit. Pág. 126, nota 536.

(53) Vide en este sentido, FRISCH. "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Peñaranda. Buenos Aires, 1999. Págs. 52 y 75.

(54) En este sentido, la crítica de FRISCH. Op. Cit. Pág. 75. Similarmente, DOPSLAFF. Op. Cit. Pág. 25; KINDHÄUSER. Op. Cit. Pág. 155; SCHWEGLER. Op. Cit. Pág. 127.

La paternidad de la fórmula de la valoración paralela se le atribuye a MEZGER, quien exigía para el dolo únicamente una apreciación del elemento del tipo, rectificadora de la valoración legal-judicial, en el ámbito de pensamientos de la persona individual y el entorno del autor(55). Por su parte, WELZEL no estuvo de acuerdo con calificar a este procedimiento como una valoración, sino, más bien, como una comprensión espiritual, lo que motivó que utilizara la expresión "juicio paralelo en la conciencia del autor"(56). Pero, a pesar de esta divergencia terminológica, puede concluirse que entre la formulación de ambos autores no se presentan diferencias sustanciales, en tanto se consideraba necesario para el dolo el conocimiento de los hechos y el significado social de los mismos(57). En la doctrina penal actual pueden apreciarse estudios dirigidos a profundizar en esta fórmula de valoración, como el de Otto BACKES(58), pero que, a pesar de comprender correctamente la necesidad de individualizar la valoración, se mantienen en la idea de que se trata de un conocimiento interior del autor. Un cambio de enfoque ofrece, por el contrario, el trabajo de Arthur KAUFMANN, para quien la valoración paralela constituye una imputación que surge de un proceso comunicativo entre el juez y el autor, pero que finalmente realiza el juez en el proceso penal con la sentencia de culpabilidad(59). Este último aspecto de su tesis le ha valido a KAUFMANN la crítica de KUHLEN en el sentido de dejar de lado una condición necesaria de la imputación subjetiva: que el autor haya tenido efectivamente esa representación(60).

C. La aprehensión del sentido de las circunstancias del hecho

Crítico ante la valoración en la esfera del profano se mostró HARDWIG, en tanto entendía que con la determinación del dolo no se trata propiamente de una valoración, sino de una aprehensión de sentido(61). Cómo valora el autor su hecho es una cuestión que carece aquí de importancia, de manera que para determinar el conocimiento del tipo solamente se requiere alcanzar un conocimiento tal de las circunstancias del hecho que le permita

55) Vide MEZGER. Op. Cit. Pág. 328. En la doctrina penal resulta usual remontarse incluso a la llamada "subsunción conforme al profano" de BINDING. "Die Normen und ihre Übertretung". 111. 1918. Pág. 148.

56) Vide WELZEL, Hans. "Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-. Verbots-. Subsuntionsirrtum)". En: Juristenzeitung 1954. Pág. 279.

57) Vide en este sentido, SGHLÜGHTER. "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Pág. 70.

58) Vide BAGKES. "Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre". Habilitationsschrift. Bielefeld, 1976. Págs. 91 y sgtes., quien, a partir de la interacción simbólica y la teoría de la comunicación, precisa que el actuante sabe que su conducta contradice las expectativas, expresadas mediante símbolos y abrigadas por sus contrapartes en la interacción, de manera tal que si el contenido de su información coincide con la información legal, entonces habrá valorado paralelamente la ley de manera correcta al entender y contradecir a pesar de ello la información legal. Gráficamente, KUHLEN. Op. Cit. Págs. 455 y sgtes.

59) Vide KAUFMANN, Arthur. "Die Parallelwertung in der Laiensphäre", Págs. 36 y sgtes.

60) Vide KUHLEN. Op. Cit. Pág. 464.

61) Vide HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum", En: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1956. Págs. 369 y sgtes.

al autor comprender lo específico de la situación a la que se refiere el tipo penal(62). En esta misma dirección se encuentra la propuesta de KUNERT, en la medida en que exige igualmente para el dolo la comprensión de las circunstancias del hecho. Si bien este autor utiliza una base teórica más depurada(63), entiende que el dolo en ambos casos se configura mediante la comprensión de las circunstancias del hecho, existiendo entre los elementos del tipo solamente un diferente grado de comprensión(64). El parecer defendido por DARNST ADT no es muy distinto de los planteamientos antes mencionados, pues sobre la base también de una clasificación distinta a la tradicional (hechos naturales y hechos institucionales(65)), concluye que el dolo en los elementos normativos, esto es, los referidos a hechos institucionales, se encuentra presente si el autor conoce también su significado social(66).

No cabe duda de que los distintos autores mencionados tienen puntos de partida diversos, pero consideramos que puede hacerse una valoración global de sus propuestas, en tanto coinciden al exigir para el dolo en los llamados elementos normativos del tipo una comprensión del sentido, natural y social, de las circunstancias del hecho. Por ello, si bien puede considerarse meritorio que estas propuestas intenten establecer con criterios objetivos la comprensión de sentido del hecho por parte del autor, pierden mérito y cometen un error al hacerla sin utilizar referentes jurídico-penales. En la imputación jurídico-penal no se trata simplemente de determinar el conocimiento de un hecho socialmente relevante, sino de un hecho que solo puede comprenderse completamente desde el punto de vista del Derecho Penal. La comprensión de sentido del hecho depende siempre de criterios jurídico-penales.

D. La perspectiva teleológicamente reducida del supuesto de hecho

La falta de una perspectiva jurídico-penal en la determinación del conocimiento del autor ha dado origen en la doctrina penal al desarrollo de modelos de determinación que, por el contrario, hacen expresa referencia a criterios jurídicopenales. En esta línea se presenta, por ejemplo, la perspectiva teleológicamente

(62) Vide HARDWIG. Op. Gil. Pág. 370.

(63) Vide sobre esto con mayor profundidad, KUNERT. Op. Gil. Págs. 82 y sgtes., que considera que la diferencia entre elementos descriptivos y normativos puede corresponderse a la esencia del tipo, pero que debe utilizarse, más bien, un criterio que se corresponde con la esencia de lo descrito por el tipo, esto es, acciones humanas en un mundo humano (Pág. 86). En este sentido, considera que debe diferenciarse entre elementos unidimensionales, referidos al ámbito estrictamente natural, y los elementos pluridimensionales, referidos al ámbito social o cultural.

(64) Vide KUNERT. Op. Gil. Pág. 91.

(65) Vide con mayor detalle, DARNST ÁDT, Op. Gil. Págs. 442 y sgtes., que, siguiendo al teórico del lenguaje Searle, opone a los hechos naturales, los llamados hechos institucionales que atribuye a los hechos naturales una relevancia para los miembros de la sociedad.

(66) Vide DARNSTÁDT, Op. Gil. Págs. 443 y sgte.

reducida, desarrollada por SCHLÜCHTER a partir de los conceptos de connotación y denotación manejados en la semántica general(67). Según este planteamiento, los tipos penales contribuyen a la interpretación pero no mediante una referencia a sus propios elementos, sino a los objetos o situaciones en general descritos por ellos(68). La denotación significa precisamente la referencia que permite ordenar determinados aspectos de las circunstancias del hecho concreto en el correspondiente elemento del tipo, mientras que la connotación consiste en el significado de una palabra como elemento del tipo(69). SCHLÜCHTER considera que también en los elementos normativos del tipo se presentan la connotación y denotación, siendo el único rasgo particular de estos elementos la existencia de una doble denotación (la referencia a la denotación de la norma tomada como referencia por el elemento normativo del tipo)(70). El conocimiento penalmente relevante de los elementos normativos consiste, en este sentido, en el conocimiento de las partes del hecho a los que hace referencia el tipo penal correspondiente interpretado teleológicamente. En otras palabras: si el autor ha conocido del hecho referido por el tipo penal lo suficiente para darse cuenta del componente significativo referido al bien jurídico, entonces ha actuado dolosamente(71).

La argumentación de SCHLÜCHTER acierta al utilizar un criterio de referencia jurídico-penal para determinar el dolo del autor, esto es, la reducción teleológica a la lesión de bienes jurídicos. No obstante, esta autora comete el error de permanecer aún con todo en el terreno del hecho fáctico. Precisamente esta referencia a lo previo al Derecho Penal, le permite defender una distinción entre el conocimiento de las circunstancias del hecho relevantes para la afectación de un bien jurídico y el conocimiento de la antijuridicidad de la acción(72), lo cual difícilmente se puede materializar con contornos suficientemente claros si se defiende una concepción jurídico-penal del bien jurídico(73). Los bienes jurídicos solo adquieren

(67) Estos conceptos han sido desarrollados por CARNAP. "Meaning and Necessity". 2ª edición. 1955. Págs. 21 y sgtes. Si bien podrían utilizarse en castellano los términos intensidad y extensión, resulta más adecuado al sentido de estos términos traducirlos como connotación y de notación (vide así la indicación que hace CANCIO MELIÁ en traducción del artículo de PUPPE. Op. Cil. Pág. 91).

(68) Vide SCHLÜCHTER. Op. Cil. Pág. 6. Vide una crítica a esta interpretación desde el punto de vista de la semántica; PUPPE. Op. Cil. Págs. 91 y sgtes.

(69) Vide así, SCHLÜCHTER. Op. Cil. Págs. 6 y sgtes.; SCHLÜCHTER. "Grundlille zum Bewertungsirrtum des Taters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB". Pág. 374; KORIATH. "Überlegungen zu einigen Grundsätzen der stralrechtlichen Irrtumslehre". En: Juristische Ausbildung 1996. Págs. 125 y sgtes.

(70) Vide SCHLÜCHTER. "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Stralrecht". Pág. 26.

(71) Vide con mayor detalle, SCHLÜCHTER. Op. Cil. Págs. 101 y sgtes.; SCHLÜCHTER. "Grundlille zum Bewertungsirrtum des nters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 Stralgesetzbuch". Pág. 530. Comparte la propuesta de SCHLÜCHTER, MAIWALD. .Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstralrechf. Heidelberg, 1984. Pág. 20, nota 57 a.

(72) Vide en este sentido, SCHLÜCHTER. "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Stralrecht". Pág. 106.

(73) Vide la crítica a la vaguedad de la propuesta de delimitación SCHLÜCHTER en KUHLEN. Op. Cil. Págs. 436 y sgtes.

relevancia para el Derecho Penal en tanto se encuentran definidos jurídicamente. La reducción teleológica de SCHLÜCHTER no termina de dar el salto normativo en la determinación del conocimiento necesario para fundamentar el dolo del autor.

E. Toma de postura: El conocimiento sobre la base de roles

Una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, sino que se imputa. Pero además que esta imputación no depende de indicadores externos al Derecho Penal⁽⁷⁴⁾, sino que se materializa a través de criterios jurídico-penales. Si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor. En este sentido, para determinar el conocimiento del hecho debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone al autor. No obstante, la sola existencia de estas competencias de conocimiento no basta para afirmar un conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario además que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación no estaría personalizada.

Los roles atribuidos penalmente pueden ser de dos tipos. Por un lado, se encuentra el rol general de ciudadano, el cual impone a las personas responsables el deber negativo de que cuando organicen libremente su esfera personal no afecten al resto. Este deber negativo genera concretamente competencias de conocimiento en los ciudadanos. En cuanto al conocimiento por percepción sensorial, el rol de ciudadano impone las capacidades normales de percepción. Pero, como ya lo dijimos, esta atribución no basta para fundamentar la imputación de conocimiento de los aspectos tácticos, ya que es necesario precisar además que el autor en sus concretas condiciones personales habría podido acceder a tal conocimiento. Las averiguaciones procesales deben orientarse precisamente a la determinación de esta situación específica⁽⁷⁵⁾, la cual podría incluso reducir la exigencia normativa respecto del ciudadano con capacidades normales de percepción (por ejemplo, si se trata de un miope)⁽⁷⁶⁾, siempre que la situación de menor capacidad de percepción no se atribuya al sujeto como propia culpa o como un deber de no emprender ciertas acciones en determinadas circunstancias⁽⁷⁷⁾. En el caso de los procesos

(74) Así, el parecer de DfAI PITA, Marra del Mar. Op. Gil. Pág. 72.

(75) Vide en este sentido, HRUSGHKA. „Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes“. Festschrift für Kleinknecht zum 75. Geburtstag. München, 1985. Pág. 202.

(76) Sobre las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos, RAGUÉS I VALLES, Ramón. Op. Gil. Págs. 425 y sgtes.

(77) Sobre cómo lo normativo puede condicionar el conocimiento fáctico, vide MANSO PORTO, Teresa. "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal". Dykinson. Madrid, 1999. Pág. 33.

valorativos, por el contrario, la determinación de las competencias de conocimiento derivadas del rol ciudadano resulta más complicada, ya que la objetividad de las valoraciones resulta menor frente a las capacidades de percepción de un sujeto. Aquí la determinación de lo que un sujeto debía conocer depende de muchas referencias normativas establecidas por el ordenamiento jurídico. No obstante, debe reconocerse que no se trata de incluir todas las competencias jurídicas de conocimiento atribuidas al sujeto, sino solamente aquellas que se muestran como relevantes para evitar la concreta defraudación de expectativas que se atribuye al autor. La imputación de conocimiento significa determinar si tales competencias de conocimiento pueden ser exigidas al autor en su situación personal.

El ciudadano puede también ser titular de ciertos roles especiales derivados de instituciones sociales específicas y que imponen además determinadas competencias de conocimiento. En cuanto al conocimiento por percepción, los roles especiales elevan normalmente el grado de conocimiento por encima de las capacidades normales de un ciudadano, en la medida en que el autor incorpora potencialidades especiales en su relación con los demás. En efecto, muchas veces la idoneidad para asumir roles especiales depende de ciertas facultades específicas de percepción (policía, médico, etc.). En cuanto al conocimiento por valoración, las competencias de conocimiento se determinan en función de la regulación jurídica de la institución social correspondiente. También aquí debe precisarse si la situación personal del titular del rol especial le permite acceder al conocimiento impuesto por el rol. De ser esto posible, el conocimiento requerido podrá imputarse penalmente al autor. Como puede verse, el conocimiento deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito⁽⁷⁸⁾ y se convierte en una imputación fundada en criterios estrictamente normativos⁽⁷⁹⁾.

3. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho

La discusión sobre la inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho en el dolo parece haberse saldado a favor de las posturas que sostienen la remisión de tal conocimiento a la categoría de la culpabilidad. Sin embargo, consideramos que la nueva configuración normativa del dolo puede llevar a reavivar la discusión y volverse a preguntar si en tal comprensión del delito, el conocimiento del carácter prohibido del hecho debe diferenciarse del dolo. En primer lugar, hay que rechazar como incorrecta la afirmación de que la discusión sobre el conocimiento del carácter prohibido del hecho se reduce a una cuestión de ubicación sistemática, por dejar de considerar al dolo una forma de culpabilidad⁽⁸⁰⁾.

(78) Vide en este sentido, en general, JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Traducción de Cancio Meliá y Feijoó Sánchez. Madrid, 1996. Pág. 551; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Op. Cit. Págs. 272, 357. Por el contrario, FRISCH. "Vorsatz und Risiko". Págs. 346 y sgtes., se centra en el conocimiento del autor de los aspectos relevantes de la conducta típica (la creación del peligro desaprobado).

(79) Vide en este sentido, H RUSCHKA. Op. Cit. Pág. 201.

Tal discusión doctrinal tiene, por el contrario, una historia anterior a la subjetivización del injusto, lo que hace que el quid del asunto se encuentre, más bien, en la cuestión de si la función del dolo en la imputación penal requiere abarcar o no el conocimiento del carácter antijurídico del hecho.

Los primeros defensores de la teoría del dolo⁽⁸¹⁾ respondieron afirmativamente a la cuestión, sobre todo en los casos de error no atribuible al autor, en oposición a la línea jurisprudencial del Tribunal del Reino alemán que negó relevancia al desconocimiento del carácter antijurídico del hecho⁽⁸²⁾. Posteriormente, y bajo el contexto dogmático impulsado por el finalismo -esto es, la separación del dolo y la culpabilidad, y la distinción entre un dolo natural y un *dolus malus*-, la teoría del dolo siguió siendo defendida por un sector de la doctrina que mantuvo el dolo como una forma de la culpabilidad⁽⁸³⁾, constituido por el conocimiento de las cir-

(80) En este sentido, KORIATH. Op. Cil. Pág. 114; FELIP I SABORIT. "Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal". Barcelona, 2000. Pág. 28.

(81) La afirmación de que el dolo del autor debe abarcar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho puede remontarse a la teoría de la conminación psicológica de Feuerbach, en donde resultaba de central importancia que el autor potencial conociese la punibilidad del hecho proyectado (una exposición de la interpretación de Feuerbach, vide en MAURACH. "Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik". En: Festschrift für Eb. Schmidt. Göttingen, 1961. Págs. 306 y sgtes.; KAUFMANN, Arthur. "Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts". Págs. 37 y sgtes.; GLANDI EN. "Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht". Herdecke, 2000. Págs. 21 y sgte.). No obstante, pueden encontrarse antecedentes de esta visión del dolo en el Derecho romano, en Santo Tomás de Aquino y en Kant, como lo pone de manifiesto HRUSCHKA. "Wieso ist eigentlich die 'eingeschränkte' Schuldtheorie 'eingeschränkt?'". Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlín, 2001. Págs. 441 y sgtes. A la misma conclusión llega de alguna manera también el sistema dogmático propuesto por BINDING a partir de su concepción de las normas jurídicas como imperativos (BINDING. Op. Cil. 11. 1916. Pág. 917). Vide una exposición del pensamiento de BINDING en KAUFMANN, Arthur. Op. Cil. Págs. 41 y sgtes.; KORIATH. Op. Cil. Pág. 115.

(82) En este sentido, FRISCH. "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad". Pág. 18.

(83) En la discusión de los años cincuenta mantienen una teoría del dolo: KAUFMANN, Arthur. Op. Cil. Pág. 171; KAUFMANN, Arthur. "Das Schuldprinzip". 2 Aufl. Heidelberg, 1976. Pág. 222; MEZGER. Op. Cil. 1 Aufl. Pág. 330; BINDOKAT. "Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrtum", en Juristenzeitung 1953. Págs. 748 y sgtes.; MANGAKIS. "Das Unrechtsbewusstsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht". Bonn, 1954. Págs. 81 y sgte.; LANG-HINRICHSSEN. "Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum". En: Juristische Rundschau 1952. Pág. 189; LANG-HINRICHSSEN. "Der irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof". En: Juristenzeitung 1953. Pág. 362; SCHRODER. "Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshof", en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 65. 1953. Págs. 178 y sgtes.; SAUER. "Tatbestand. Unrechtl. Irrtum und Beweis". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 69. 1957. Págs. 8 y sgtes. Defendió también el concepto de *dolus malus*, ENGISCH. "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht". Berlín. 1930. Pág. 31, aunque después (ENGISCH. "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen".

En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70. 1958. Págs. 566 y sgtes.; ENGISCH. "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht". Págs. 401 y sgtes.) admite como materialmente justificado diferenciar entre error de tipo y error de prohibición. Para mantener de alguna manera su concepción del dolo, utiliza la llamada teoría del impulso, según la cual el conocimiento de los elementos del tipo genera un impulso en el autor para evaluar la juridicidad de su conducta.

cunstancias del hecho y las valoraciones del autor(84). En la actualidad, algunos autores defienden todavía esta línea de interpretación en tanto incluyen el dolo o dolosidad como elemento de la culpabilidad(85). Por el contrario, los defensores de la llamada teoría modificada del dolo admiten la separación del dolo y la culpabilidad, aunque exigen igualmente el conocimiento material de la antijuridicidad del hecho para el dolo y solo una conciencia de la antijuridicidad formal como elemento de la culpabilidad(86).

A la teoría del dolo se opone la llamada teoría de la culpabilidad, la cual niega la inclusión del conocimiento del carácter antijurídico del hecho en el dolo. La formulación de esta teoría tiene su origen en el sistema dogmático finalista de WELZEL(87), quien remitió el dolo natural a la tipicidad y dejó el conocimiento de la antijuridicidad del hecho en la culpabilidad(88). La consecuencia lógica de este cambio de ubicación fue limitar el objeto del dolo al conocimiento actual de las circunstancias del hecho sin incluir la valoración del hecho como contrario al ordenamiento penal(89). Este planteamiento ha sido catalogado como la teoría estricta de la culpabilidad(90), lo cual evidencia, por otra parte, que existen

(84) No obstante, el problema que se le presentó a la teoría clásica del dolo se debe a la equiparación psicológica que hace entre el conocimiento de las circunstancias del hecho y el conocimiento de la antijuridicidad, lo que se mostró especialmente frágil en los casos del delincuente por convicción y en la enemistad o ceguera ante el Derecho. La llamada versión limitada de la teoría del dolo que buscaba justificar en estos casos la atribución de dolo, no era conciliable con los puntos de partida de la teoría del dolo. Vide sobre esto, la exposición de GEERDS. "Der vorsatzausschließende Irrtum", en *Juristische Ausbildung* 1990. Pág. 429. Crítico ante la versión limitada (elástica) del dolo, JAKOBS. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Apdo 19, n.m 17, ROXIN. Op. Cil. § 21, n.m. 9.

(85) Vide así, SCHMIDHÄUSER. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Tübingen, 1982. 7 Y 36; LANGER. "Vorsatztheorie und strafgesetzhliche Irrtumsregelung". En: *Go/tammer's Archive für Strafrecht* 1976. Pág. 193.

(86) En este sentido, OTTO. "Personales Unrecht. Schuld und Strafe". En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 87. 1975. Págs. 590 y sgtes.; OTTO. "Der Verbotsirrtum". En: *Juristische Ausbildung* 1990. Pág. 647; GEERDS. Op. Cil. Págs. 427 y sgtes. Anteriormente de modo similar, HARDWIG. Op. Cil. Págs. 373 y sgtes.

(87) No obstante, se reconoce que la primera manifestación de esta teoría se encuentra en MAYER. Op. Cil. Pág. 322, quien en un contexto dominado por una concepción objetiva del injusto sostuvo que el agente que actuó en error sobre la existencia de una causa de justificación debía ser castigado por delito doloso en caso de evitabilidad del error.

(88) Vide con mayor detalle, WELZEL. "Über die etischen Grundlagen der sozialen Ordnung". En: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín, 1975. Pág. 243; WELZEL. "Irrtum über die RechtsmaBigkeit des Handelns". En: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín, 1975. Pág. 255. Anteriormente, también en el mismo sentido, GRAF ZU DOHNA. "Aufbau der Verbrechenslehre". 3 Aufl. Bonn, 1947. Pág. 51. Críticamente frente a los argumentos de WELZEL para excluir del dolo el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, KORIATH. Op. Cil. Págs. 118 y sgte.

(89) En este sentido, WELZEL. "Das Deutsche Strafrecht". Pág. 77. Defienden la teoría de la culpabilidad a partir de los años cincuenta, LANGE. "Zum Denunziantenproblem". En: *Süddeutsche Juristenzeitung* 48. Págs. 309 y sgte. (que luego en "Der Magna Charta der anständigen Leute". En: *Juristenzeitung* 1956. Págs. 519 y sgtes., lo limita al Derecho criminal); WELZEL. "Arten des Verbotsirrtum". En: *Juristenzeitung* 1953. Pág. 267; HARTUNG. "Um die Behandlung des Verbotsirrtums im Strafrecht", en *Juristische Rundschau* 1950. Págs. 545 y sgte. HARTUNG. "Irrtum über "negative Tatumstande"», en *Neue Juristische Wochenschrift* 1951. Pág. 210; VON WEBER. "Negative Tatbestandsmerkmale". *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*. München, 1954. Págs. 183 y sgtes. (especialmente pág. 190). Importante en esta época es el criterio de distinción desarrollado por BUSCH. Op. Cil. Págs. 165 y sgtes., según el cual el dolo alcanza a la valoración de los aspectos individuales de la acción, mientras que el conocimiento del injusto requiere de una valoración global. Mantienen la teoría de

otras formas menos rígidas de concebir el dolo a partir de la teoría de la culpabilidad. La modificación o relajamiento de la teoría de la culpabilidad ha operado en dos planos diferentes. Por una parte, se ha propuesto limitar la teoría de la culpabilidad solo al Derecho Penal esencial, ya que en el ámbito no esencial resulta más adecuado seguir los postulados de la teoría del dolo(91). Por el otro, y quizá este sea el punto de discusión más relevante en la dogmática penal actual, se intenta atenuar las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el tratamiento dogmático del conocimiento de los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación, en tanto los autores que admiten la separación del dolo y el conocimiento del injusto consideran insatisfactorio mantener la existencia de un delito doloso en estos casos. Por esta razón, un sector de la doctrina ofrece diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad que dan origen a las distintas formas de la teoría de la culpabilidad: teoría restringida de la culpabilidad, teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, teoría de la culpabilidad no autónoma, etc.(92).

Independientemente de la diferencia de soluciones que se ofrecen en los denominados casos límite, puede decirse que los defensores de la teoría de la culpabilidad sostienen en general una separación del dolo y la conciencia del injusto, aunque reconocen que en el conocimiento del injusto están presentes aspectos que el dolo debe incluir(93).

la culpabilidad recurriendo al criterio de BUSCH, SAX. "Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem". En: *Annales Universitatis Saraviensis. Rechts- und Staatswissenschaften*. Saarbrücken, 1955. Págs. 415 y sgtes.; SAX. «"Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung». 11. *Juristenzeitung* 1976. Págs. 429 y sgtes.; KAUFMANN, Armin. "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau". En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 70.1958. Pág. 67; KAUFMANN, Armin. "Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum". *Festschrift für Eb. Schmidl. Göttingen*. 1961. Pág. 321; KUNERT. *Op. Cil.* Págs. 83 y sgte.; HORN. "Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit". Berlín, 1969. Pág. 16; SCHAFFSTEIN. "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum". *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Göttingen*, 1961. Págs. 188 y sgtes.

(90) Mantienen una teoría estricta de la culpabilidad también, KAUFMANN, Armin. "Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung". En: *Juristenzeitung* 1955. Págs. 37 y sgtes.; HIRSCH. "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre. Insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil III)". En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 94. 1982. Págs. 239, 257 y sgtes.; PAEFFGEN. "Observaciones acerca del error de tipo permisivo". En: *El error en el Derecho Penal*. Traducción de Córdova. Buenos Aires, 1999. Págs. 185 y sgtes. Actualmente HRUSCHKA. *Op. Cil.* Pág. 455, sostiene que la teoría limitada de la culpabilidad es realmente la teoría estricta y consecuente de la culpabilidad.

(91) En este sentido, LANGE. "Der Magna Charta der anständigen Leute". Págs. 73 y sgtes.; TIEDEMANN. "Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht". Tübingen. 1969. Págs. 298 y sgtes.; TIEDEMANN. "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität". 1. Hamburg, 1976. Págs. 212 y sgte.; KAUFMANN, Arthur. "Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts". Págs. 168 y sgtes.

(92) Vide sobre esta discusión, GEERDS. *Op. Cil.* Págs. 425 y sgte.; FRISCH. *Op. Cil.* Págs. 42 y sgtes.; GRÜNWALD. "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad". En: *El error en el Derecho Penal*. Traducción de Ziffer. Buenos Aires, 1999. Págs. 167 y sgtes.; PAEFFGEN. *Op. Cil.* Págs. 184 y sgtes.

(93) Actualmente defienden la teoría de la culpabilidad NEUMANN, NK § 17, n.m. 1 y sgtes.; ZACZYK. "Der verschuldete Verbotsirrtum - Bayerisches Oberstes Landesgericht. Neue Juristische Wochenschrift 1989.1744". En: *Juristische Schulung* 1990. Pág. 891; FRISCH. *Op. Cil.* Págs. 69 y sgtes.; ROXIN. *Op. Cil.* § 21, n.m. 8; JAKOBS. *Op. Cil.* Apdo 19, n.m. 18 y sgtes.; JESCHECK y WEIGEND. "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil". 5 Aufl. Berlin, 1996. Págs. 452 y sgtes.; HRUSCHKA. *Op. Cil.* Págs. 451 y sgtes.

Como ya lo precisamos anteriormente, nuestra comprensión del dolo parte de la idea de que se trata de la imputación de conocimiento al autor del carácter defraudatorio de su hecho. Esto significa que el dolo constituye la imputación de conocimiento a una persona no solo de los elementos típicos, sino también del sentido global del hecho típico como penalmente prohibido. En este sentido, seguimos una estructura similar a la teoría del dolo, aunque con claras diferencias sistemáticas, en la medida en que consideramos que no es necesario referir el dolo también a la culpabilidad. La culpabilidad, entendida como imputación personal, no precisa, para ser afirmada, de la distinción entre injusto doloso e injusto culposo, pues se trata solo de la posibilidad de imputar al sujeto el rol general de ciudadano o roles especiales. Por el contrario, en la imputación subjetiva debe incluirse también la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho, pues solamente así cabe una comprensión del sentido jurídico-penal del hecho.

4. La regulación legislativa del dolo

Una vez hechas las consideraciones generales sobre el dolo, cabe preguntarnos qué aspectos se encuentran regulados en el Código Penal. En primer lugar, cabe destacar que el artículo 11 establece que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley. Este tenor de la ley lleva a la conclusión de que los aspectos particulares de un hecho que permiten calificarlo como penalmente sancionado, se establecen en los distintos tipos penales de la parte especial. En este sentido, resulta lógico que en la categoría de la tipicidad estén comprendidos no solo los aspectos objetivos del hecho, sino también los subjetivos. Dentro de estos últimos elementos, el conocimiento de la relevancia del hecho constituye un aspecto indispensable para la imputación penal, por lo que deberá presentarse en todos los tipos penales. No obstante, razones de técnica legislativa no permiten precisarlo de manera específica en cada tipo penal, sino hacerlo más bien de manera general. En efecto, nuestro Código Penal se decide por una regulación general del dolo en el artículo 12, al señalar que las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa⁽⁹⁴⁾.

Solamente cuando el tipo penal de la parte especial considera conveniente limitar la imputación subjetiva a determinada forma de dolo, se establece de manera expresa un elemento subjetivo específico en el tipo penal de la parte especial, como sucede, por ejemplo, con la frustración del pago de un cheque (artículo 215, inciso 2 del Código Penal). Por otra parte, puede que determinadas conductas lesivas requieran de una especial disposición interna del autor para poder merecer una sanción penal, lo que da origen a los llamados elementos subjetivos especiales del injusto, como es el caso del delito de asesinato en su modalidad de muerte por placer⁽⁹⁵⁾.

111. La culpa

1. Contenido

(94) Videsimilarmente, para el Derecho Penal alemán, KÜHL. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 5y2.

En la imputación subjetiva culposa no existe un conocimiento del potencial defraudador del hecho, sino solamente una cognoscibilidad de ello⁽⁹⁶⁾. Este déficit de conocimiento no significa, sin embargo, ausencia del mismo, sino un grado menor de conocimiento que si bien no permite una imputación dolosa, sí fundamenta la posibilidad que tuvo el autor de conocer el potencial del hecho delictivo (la vencibilidad del desconocimiento). Establecido que la culpa se configura sobre la base de la cognoscibilidad de la realización del tipo penal, surge la necesidad de precisar cómo se determina normativamente tal cognoscibilidad. Los defensores del criterio de la previsibilidad en el delito culposo se inclinan mayoritariamente por una determinación objetiva⁽⁹⁷⁾, de manera tal que no dependerá de las capacidades del autor individual, sino de las de un ciudadano promedio. En contra de esta medida objetiva se muestra un sector minoritario de la doctrina, en tanto critica a tal fundamentación desconocer que no puede hablarse de una infracción si el autor no puede reconocerla como tal⁽⁹⁸⁾. Este reproche ha llevado a que el mencionado sector doctrinal ofrezca, por el contrario, un criterio de determinación de la culpa basado en las capacidades individuales del autor⁽⁹⁹⁾. Por nuestra parte,

(95) Vide en este sentido, GARCÍA CAVERO, Percy. "Análisis dogmático y político-criminal de los denominados delitos agravados y del delito de terrorismo especial (antes llamado agravado)". En: *Cathedra*. N° 6. Pág. 130.

(96) Vide similarmente, JAKOBS. Op. Cil. Apdo 9, n.m. 1, al considerar la culpa un caso de error.

(97) Así se pronuncia la llamada "teoría de los dos niveles", en la que la tipicidad de la conducta culposa se determina sobre la base de una medida objetiva, dejando las capacidades individuales para el juicio de culpabilidad (vide en este sentido, ENGISCH. "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht". Págs. 334 y sgtes.; HÜTTE. "Masstab und Umfang der Voraussehbarkeit des Kausalverlaufs bei der Fahrlässigkeit". Diss. Göttingen, 1970. Págs. 116 y sgte.; WELZEL. "Das Deutsche Strafrecht". Págs. 131 y sgtes.; BURGSTALLER.

"Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht". Wien, 1974. Págs. 16 y sgtes.; SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefahrdungsdelikte". En: *Juristische Arbeitsblätter* 1975. Págs. 512 y sgtes.; SCHÜNEMANN. "Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?". Festschrift für Schaffstein zum 70.

Geburtstag. Göttingen, 1975. Pág. 175; KAMINSKI. "Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts". Berlín, 1992. Págs. 147 y sgte.; JESCHECK. "Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht". Freiburg i.Br. 1965. Págs. 9 y sgtes.; JESCHECK y WEIGEND. Op. Cil. Pág. 564).

(98) Vide JAKOBS. Op. Cil. Apdo 9, n.m. 8. En el mismo sentido, STRATENWERTH. "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt". Festschrift für Jescheck. 1. Berlín, 1985. Págs. 286, 296. Anteriormente a favor de una medida subjetiva también, BINDING. Op. Cil. IV. Pág. 483.

(99) Defienden una determinación individual, JAKOBS. "Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt". Berlín, 1972. Págs.

64 y sgtes.; JAKOBS. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Apdo 9, n.m. 5 y sgte.; STRATENWERTH. "Strafrecht.

Allgemeiner Teil", 4 Aufl. Köln, 2000. § 15, n.m. 12 y sgtes.; CAST ALDO. "Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts". En: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1993. Págs. 495 y sgtes.;

BURKHARDT. "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven". En: *Straftat. Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*. Wolter y Freund (Hrsg.). Heidelberg, 1996. Págs. 118 y sgte.;

consideramos correcta tal individualización del criterio de la cognoscibilidad, pues solamente de esta manera puede personalizarse la imputación jurídico-penal. No obstante, este reconocimiento no debe conducir a aceptar la relevancia jurídicopenal del ámbito psíquico del autor⁽¹⁰⁰⁾. La imputación subjetiva de la culpa no depende de que el autor haya estado en el momento del hecho en posibilidad psíquica de conocer el potencial del mismo, sino de que el autor en sus circunstancias concretas habría podido reconocerlo. Los conocimientos y capacidades especiales forman parte, por tanto, del juicio de determinación de la cognoscibilidad.

2. La determinación jurídico-penal de la culpa

En la culpa se ha presentado un proceso de normativización anterior incluso al desarrollado en el ámbito de la imputación dolosa⁽¹⁰¹⁾. Este proceso temprano de normativización en la culpa se explica sobre todo por los problemas que provocó la fundamentación de la llamada culpa inconsciente, pues la ausencia de una representación del autor obligó a definirla con independencia de la misma⁽¹⁰²⁾. En la doctrina dominante se ha impuesto esta configuración normativa de la culpa y, como puede verse con facilidad, no se diferencia sustancialmente de nuestra comprensión de la imputación subjetiva en los delitos dolosos. En efecto, no se trata de verificar el conocimiento del autor, sino de determinar lo que este debía conocer⁽¹⁰³⁾. No obstante, debemos precisar que la imputación subjetiva en los delitos culposos adquiere ciertas particularidades frente a los delitos dolosos. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento del potencial defraudador del hecho delicti-

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposo de lesión", en *Diálogo con la jurisprudencia* 35.2001. Pág. 75. Críticamente frente a este criterio, SCHÜNEMANN. Op. Cil.

l"ágs. 160 y sgtes.; SCHMIDHÄUSER. "Fahrlassige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung". FS-Schaffstein. Págs. 152 y sgte.; MAIWALD. "Zum Maßstab der Fahrlassigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit". Festschrift für Dreher. Berlín, 1977. Págs. 452 y sgtes.; FRISCH. "Straftat und Straftatsystem". En: Straftat. Wolterry Freund (Hrsg.). Pág. 194. Una posición intermedia entre la determinación objetiva y la individual ofrece ROXIN. Op. Cil. § 24, n.m. 50 y sgtes., en el sentido de generalizadora hacia abajo (capacidades reducidas) e individualizadora hacia arriba (capacidades especiales). Críticamente ante esta individualización a medio camino, CASTALDO. Op. Cil. Págs. 508 y sgte.

(100) Como parece ser la opinión de JAKOBS. "El delito imprudente". Pág. 182, al señalar: "la relevancia a efectos de la toma de decisiones incluso de los riesgos no permitidos no puede generarse de modo puramente normativo".

La cognoscibilidad de la aparición del resultado tiene como componente psíquico de la evitabilidad las capacidades individuales (vide JAKOBS. "Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt". Pág. 69).

(101) Vide en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cil. Pág. 401, LESCH, Heiko H. "Injusto y culpabilidad en Derecho Penal". Traducción de Ragués i Vallés. Revista de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. 2001. Pág. 11.

(102) Vide así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, SCHÜNEMANN. "Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft". Gedachtnisschrift für Meurer. Berlín. 2002. Pág. 39.

(103) Asr, JAKOBS. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Apdo 9, n.m. 4, señala que la culpa con sus elementos positivos es solo un concepto más general que el dolo. Por el contrario, considera que se trata de aspectos distintos, JESCHECK y WEIGEND. Op. Cil. Pág. 563.

vo(1 04) , sino un conocimiento de menor grado que unido a criterios normativos permite afirmar la posibilidad de haber conocido la realización del tipo penal(105).

No existe, por tanto, un deber de conocer (en cuyo caso estaríamos ante una imputación dolosa), sino un deber de evitar acciones típicas cognoscibles(106).

3. El conocimiento del carácter prohibido del hecho

En la doctrina penal se ha discutido también la posibilidad de exigir en los delitos culposos un conocimiento del carácter prohibido del hecho, sobre todo en los casos de culpa inconsciente. Si partimos de la idea de que el juez verifica los conocimientos psicológicos del autor, resultará lógico rechazar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en la culpa inconsciente(107). Pero si se sigue, por el contrario, una determinación normativa del conocimiento, la clasificación de la culpa en consciente e inconsciente dejará de tener sentido. Como lo venimos afirmando reiteradamente, la parte subjetiva de la imputación penal no consiste en una verificación de lo subjetivo, sino una imputación de conocimiento, de manera tal que el dato de si el autor ha sido consciente del conocimiento imputado, carece de importancia jurídico-penal. Relevante es solamente determinar que el ciudadano en la situación concreta tenía que saber no solo que debía realizar su hecho con ciertas medidas de cuidado, sino que la realización de tal hecho sin las medidas exigidas se considera penalmente prohibido.

4. La regulación legislativa de la culpa A. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa

Los hechos culposos también son sancionados penalmente en nuestra legislación. No obstante, hay que precisar que se trata de una incriminación excepcional, lo que supone ciertos filtros normativos. El primer filtro normativo se encuentra en las formas de culpa penalmente castigadas. La doctrina penal mayoritaria entiende que solamente los casos de culpa grave deben sancionarse penalmente, mientras que las infracciones leves

(104) Vide en este sentido, JAKOBS. Op. Gil. Apdo 9, n.m. 3, JAKOBS. "El delito imprudente". Págs. 170 y sgte., al señalar que en la culpa (consciente o inconsciente) hay una ausencia de conocimiento de la realización del tipo penal.

(105) Sostienen en la culpa el criterio de la cognoscibilidad (Erkennbarkeit), con propios matices, JAKOBS.

"Strafrechl. Allgemeiner Teil". Apdo 9, n.m. 5; JAKOBS. "El delito imprudente". Pág. 172; FRISGH. Op Gil.

Pág. 194. La idea de cognoscibilidad se encuentra presente ya en ENGISGH. Op. Gil. Pág. 373. Una comprensión psicologicista de la cognoscibilidad defiende, por su parte, SGHROEDER. "Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung". En: Juristenzeitung 1989. Págs. 779 y sgte., como único elemento relevante de la culpa.

(106) Vide JAKOBS, "Strafrechl. Allgemeiner Teil", Apdo 9, n.m. 2.

(107) HORN. Op. Gil. Págs. 19 y sgte., niega en la culpa inconsciente esta posibilidad. Por el contrario, RUDOLPHI.

"Unrechtsbewußtsein. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum". Göttingen, 1969. Pág. 174;

BURGSTALLER. Op. Gil. Pág. 197, admiten la posibilidad de un conocimiento del injusto potencial.

deben quedar en el marco de las faltas(108). Nuestra legislación, por el contrario, no precisa nada al respecto e incluso la ausencia de faltas contra la vida podría dar lugar a una interpretación extensiva de la culpa en el ámbito de los delitos. No obstante, creemos que la culpa debe castigarse penalmente solo en caso de infracciones graves, dejándose los supuestos de imprudencia leve en manos del Derecho de daños.

El segundo filtro se encuentra en la necesidad de una tipificación expresa de la realización imprudente para poder ser castigada, es decir, un sistema cerrado de incriminación. En la doctrina penal, se ha discutido sobre las ventajas y desventajas de un sistema abierto o cerrado en la incriminación de la culpa. Un sector minoritario considera más adecuado un sistema abierto, pues este cubriría las posibles lagunas de punibilidad en el caso de errores de tipo vencibles e impediría además el recurso indebido a la forma dolosa de comisión por parte de los tribunales para evitar que se deje impune una conducta merecedora de sanción penal(109). Pese a estas apreciaciones, el parecer dominante entiende que un sistema cerrado se corresponde mejor con un Derecho Penal construido sobre el principio de fragmentariedad y de taxatividad(110). Por ello, no llama la atención el hecho de que en las legislaciones penales de países deudores del sistema continental europeo la incriminación cerrada de la culpa haya terminado por imponerse(111).

El artículo 12 de Código Penal peruano muestra nuestra adhesión también a la regulación cerrada de la culpa y el rechazo a una incriminación genérica de la culpa, como existió, por ejemplo, en el anterior Código Penal español(112). La opción legislativa por una incriminación cerrada de la culpa no impide, sin embargo, que nuestro Código Penal recurra a sistemas de incriminación genérica limitada, es decir, que establezca una cláusula general de incriminación de la culpa para determinados delitos o para un capítulo de la parte especial del Código Penal(113).

Este proceder puede verse con claridad en los delitos contra la salud pública (artículo 295). Ya que el legislador penal ha dejado abierta en esta parte la incriminación de la culpa, le corresponderá al juez decidir si la naturaleza de los distintos delitos comprendidos permiten una sanción también a título de culpa.

(108) Vide asr, para la regulación española, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)". En: El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona, 1997. Pág.

113; LUZÓN PEÑA. Op. cit. Pág. S17.

(109) Vide con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. cit. Págs. 89 y sgtes.

(110) Vide MIR PUIG. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. Sª edición. Barcelona, 1998. 11 Y S; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cit. Pág. 91; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. S24.

(111) Vide las referencias legislativas, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cit. Págs. 79 y sgte.

(112) Vide sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. cit. Págs. 81 y sgte.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit. Pág. S22.

(113) Igualmente respecto del Derecho Penal español, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. cit. Págs. 98 y sgte.

B. Consecuencias dogmáticas de la regulación excepcional de la culpa

La regulación cerrada de la culpa tiene varias consecuencias dogmáticas. La primera de ellas es la impunidad de los supuestos de error de tipo vencible si el tipo penal del delito correspondiente no contempla el castigo por la realización culposa del hecho(114). El propio artículo 14 del Código Penal recoge expresamente esta consecuencia dogmática al establecer que se castigará el error de tipo vencible como delito culposo cuando se hallare previsto como tal en la ley. En este sentido, la clasificación del error de tipo en vencible e invencible no llevará consigo la consecuencia de punible e impune respectivamente, sino que dentro de los supuestos de error de tipo vencible cabe diferenciar, en función de la regulación positiva de cada delito, errores vencibles punibles y errores vencibles impunes.

La necesidad de un tipo penal de la parte especial que tipifique la realización culposa de un hecho, tiene consecuencias también en las reglas de la autoría y participación. En la medida en que las reglas sobre participación se aplican a los distintos tipos penales de la parte especial, no cabrá objeciones formales a su aplicación sobre tipos penales culposos. En este sentido, cabrá diferenciar también en los delitos culposos autores y partícipes, de manera tal que no quedará mucho espacio en la regulación positiva para un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes. La única limitación en el castigo de la participación que se deriva de los artículos 24 y 25 del Código Penal es que tal participación sea dolosa. Una participación imprudente resulta, en principio, fuera de los márgenes de punición del sistema penal peruano(115).

DOCTRINA

BACKES. "Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre". Habilitationsschrift. Bielefeld, 1976. BELING, Ernst. "Lehre vom Verbrechen". 1930. BINDING, Karl. "Die Normen und ihre Übertretung"..11. 1916, 111. 1918. IV. BINDOKAT. "Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrtum". En: Juristenzeitung 1953. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "La tipicidad. el tipo doloso de comisión". En: Libro Homenaje a Luis Bramont Arias. Lima, 2003. BURGSTALLER. "Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht". Wien, 1974. BURKHARDT. "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die "Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven". En: Straftat. Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem. Wolter Freund (Hrsg.). Heidelberg, 1996. BUSCH. "Über die Abgrenzung von Tatbestand- und Verbotsirrtum". Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag. München, 1954. CARNAP. "Meaning and Necessity". 2ª edición. 1955. CASTALDO. "Offene und verschleierte Individualisierung

(114) Vide SILVA SÁNGHEZ, Jesús Maria. Op. Cit. Págs. 100 y sgtes.

(115) En el mismo sentido, respecto de la regulación española, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 507.

im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1993. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. DARNSTADT. "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". En: Juristische Schulung 1978. DÍAZ PITA, María del Mar. "El dolo eventual". Tirant lo Blanch. Valencia, 1994. DOPSLAFF.

"Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1987. ENGISCH. "Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag, 1954. ENGISCH. "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht". Berlin.

1930. ENGISCH. "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen". En:

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70. 1958. ENGISCH. "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht". En: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentag (1860-1960). Band 1. Karlsruhe, 1960. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de Política Criminal. W 65. 1998. FELIP I SABORIT. "Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal". Barcelona, 2000. FRANK. "Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich". 18 Aufl.

1931. FRISCH. "Vorsatz und Risiko". Köln, 1983. FRISCH. "El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Peñaranda. Buenos Aires, 1999. FRISCH. "Straftat und Straftatsystem". En: Straftat. Wolterry Freund (Hrsg.). GARCÍA CAVERO, Percy. "Análisis dogmático y político-criminal de los denominados delitos agravados y del delito de terrorismo especial (antes llamado agravado)". En: Cathedra. W 6. GEERDS. "Der vorsatzausschließende Irrtum". En: Juristische Ausbildung 1990. GLANDIEN. "Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht". Herdecke, 2000.

GRAF ZU DOHNA. "Aufbau der Verbrechenslehre". 3 Aufl. Bonn, 1947. GROTEGUTH.

"Norm- und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB". Berlin, 1993. GRÜNWALD. "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Ziffer. Buenos Aires, 1999. HAFT. "Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht". En: Juristische Schulung 1975. HARDWIG. "Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1956. HARTUNG. "Um die Behandlung des Verbotsirrtums im Strafrecht". En: Juristische Rundschau 1950.

HARTUNG. "Irrtum über 'negative Tatbestände'". En: Neue Juristische Wochenschrift 1951. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "La responsabilidad por el producto en Derecho Penal". Valencia, 1995. HERBERGER. "Die deskriptiven und die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". En: Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie. Koch (Hrsg.). Kronberg, 1976. HERZBERG. "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes". En: Juristische Schulung 1986. HERZBERG. "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewußt fahrlässigem Verhalten". En:

Juristenzeitung 1988. HERZBERG/HARDTUNG. "Grundfälle zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum". En: Juristische Schulung 1999.

HIRSCH. "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre. insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil 11)". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 94. 1982. HORN. "Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit". Berlín, 1969. HRUSCHKA. "Strafrecht nach logisch-analytischer Methode". 2 Aufl. Berlín, 1988.

HRUSCHKA. "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes". En: Festschrift für Kleinknecht zum 75. Geburtstag. München, 1985. HRUSCHKA. "Wieso ist eigentlich die "eingeschränkte" Schuldtheorie "eingeschränkt"?". Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlín, 2001. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili, Lima, 1987. HÜTTE. "Masstab und Umfang der Voraussehbarkeit des Kausalverlaufs bei der Fahrlässigkeit". Diss. Göttingen, 1970. JAKOBS, Günther. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Berlín, 1991. JAKOBS, Günther. "El delito imprudente". En: Estudios de Derecho Penal. Traducción de Cancio Meliá. Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional". Traducción de Cancio Meliá y Feijoó Sánchez. Madrid, 1996. JAKOBS, Günther. "Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt". Berlín, 1972. JESCHECK, HansHeinrich. "Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht". Freiburg LBr. 1965. J ESCH ECK / WEIGEN D. "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil". 5 Aufl. Berlín, 1996. KAMINSKI. "Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts". Berlín, 1992. KAUFMANN, Armin. "Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung". En: Juristenzeitung 1955. KAUFMANN, Armin. "Derdolus eventualis im Deliktsaufbau". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70. 1958.

KAUFMANN, Armin. "Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum". Festschrift für Eb. Schmidt. Göttingen. 1961. KAUFMANN, Arthur. "Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts". Mainz, 1950. KAUFMANN, Arthur. "Die Parallelwertung in der Laiensphäre". KAUFMANN, Arthur. "Das Schuldprinzip". 2 Aufl. Heidelberg, 1976.

KINDHÄUSER, Urs. "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96. 1984. KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Córdova y Bruzzone. Buenos Aires, 1999. KÖHLER. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Berlín, 1997. KORIATH. "Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre". En: Juristische Ausbildung 1996. KÜHL. "Strafrecht. Allgemeiner Teil".

KUHLEN. "Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum". Frankfurt a.M., 1987. KUNERT. "Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände". Berlín, 1958. LACKNER y KÜHL. "Stattgesetzbuch". 24 Aufl. München, 2001. LANG-HINRICHSSEN. "Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum". En: Juristische Rundschau 1952. LANG-HINRICHSSEN. "Der irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH". En: Juristenzeitung 1953. LANGE. "Zum Denunziantenproblem". En: Süddeutsche Juristenzeitung 48. LANGE. "Der Magna Charta der anständigen Leute". En:

Juristenzeitung 1956. LANGER. "Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung".

En: Goldammer's Archive für Strafrecht 1976. LAURENZO COPELLO, Patricia. "Dolo y conocimiento". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. LENCKNER. "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz 'nullum crime sine lege'". En: Juristische Schulung 1968. LESCH, Heiko H. "Injusto y culpabilidad en Derecho Penal". Traducción de Ragués i Valles. Revista de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. 2001. LUZÓN PEÑA, DiegoManuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Madrid, 1996. MAIWALD. "Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht". Heidelberg, 1984. MAIWALD. "Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit". Festschrift für Dreher. Berlin, 1977. MANGAKIS. "Das Unrechtsbewusstsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht". Bonn, 1954. MANSO PORTO, Teresa. "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal". Dykinson. Madrid, 1999.

MAQUEDA ABREU. "La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado". En: Cuadernos de Derecho Judicial. Elementos subjetivos de los tipos penales. Madrid, 1994. MAURACH, ReinhardL "Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik". En: Festschrift für Eb. Schmidt. Göttingen, 1961. MAYER, M.E. "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts". 2 Aufl. 1915. MEZGER, Edmund. "Strafrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil". 1 Aufl. MEZGER, Edmund. "Strafrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil". 3 Aufl. Berlin, 1949. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 5ª edición. Reppertor.

Barcelona, 1998. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuridicidad penal y sistema del delito". Bosch, Barcelona, 2001. NEUMANN et al. "Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch".

Neumann, Puppe y Schild (Gesamtredaktion). Band 1. Baden-Baden, 1995. OTTO. "Personales Unrecht. Schuld und Strafe". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87. 1975. OTTO. "Der Verbotsirrtum". En: Juristische Ausbildung 1990. PAEFFGEN. "Observaciones acerca del error de tipo permisivo". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Córdova. Buenos Aires, 1999. PENA CABRERA, Raúl.

"Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley, Lima, 1994. PLATZGUMMER. "Die Bewußtseinsform des Vorsatzes". Wien. 1964. PUPPE.

"Error de hecho, error de derecho, error de subsunción". En: El error en el Derecho Penal. Traducción de Cancio Meliá. Buenos Aires, 1999. PUPPE. "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis". Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 103. 1991.

PUPPE. "Nomos-Kommentar zum Straftgesetzbuch". Baden-Baden, 1995. PUPPE. "Vorsatz und Zurechnung". Heidelberg, 1992. RADBRUCH. "Zur Systematik der Verbrechenslehre". Festgabe für Frank. I. Tübingen, 1930. RAGUÉS I VALLES, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Bosch, Barcelona, 1999. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposos de lesión".

En: Diálogo con la jurisprudencia Nº 35. Gaceta Jurídica, 2001. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Delitos de peligro, dolo e imprudencia". Universidad

Complutense. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid, 1994. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. "Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza". En: La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Mir Puig y Luzón Peña (coordinadores). Barcelona, 1996. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos". Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. ROXIN, Claus. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 3. Aufl. Berlín, 1997. RUDOLPHI. "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch". 6. Aufl. 1997. RUDOLPHI. "Unrechtsbewußtsein. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum". Göttingen, 1969. SACHER DE KOSTER, Mariana. "La evolución del tipo subjetivo". Ad Hoc. Buenos Aires, 1998. SAUER. "Tatbestand. Unrechtl. Irrtum und Beweis". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 69. 1957. SAX. "Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem". En: Annales Universitatis Saraviensis. Rechts- und Staatswissenschaften. Saarbrücken, 1955. SAX. "Tatbestand und Rechtsgutsverletzung". 11. En: Juristenzeitung 1976. SCHAFFSTEIN. "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum". En: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Göttingen, 1961. SCHLÜCHTER. "Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Tübingen, 1983. SCHLÜCHTER. "Grundlätze zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB". En: Juristische Schulung 1985. SCHLÜCHTER. "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht". Wistra. 1985. SCHMIDHÄUSER. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Tübingen, 1982. SCHMIDHÄUSER. "Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung". En: FS-Schaffstein. SCHONKE/SCHRODER. Strafgesetzbuch-Kommentar. Actualización de Cramer y Sternberg-Lieben et al. München, 2001. SCHRODER. "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs". Festschrift für Sauer. Berlín, 1949. SCHRODER. "Die Irrtumsrechtsprechung des BGH". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 65. 1953. SCHROEDER. "Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung". En: Juristenzeitung 1989. SCHUMANN. "Zur Wiederholung des 'voluntativen' Vorsatzelement durch den BGH". En: Juristenzeitung, 1989. SCHÜNEMANN. "Concepto de dolo en la nueva dogmática del Derecho Penal". En: Revista de Política Criminal y Ciencias Penales. 1999. Número especial 1. SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte". En: Juristische Arbeitsblätter 1975. SCHÜNEMANN. "Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?". En: Festschrift für Schaffstein zum 70. Geburtstag. Göttingen, 1975. SCHÜNEMANN. "Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft". En: Gedächtnisschrift für Meurer. Berlín. 2002.

SCHWEGLER. "Der Subsumtionsirrtum". Frankfurt a.M., 1995. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)". En: El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona, 1997.

STRATENWERTH, Günther. "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt". En: Festschrift für Jescheck. 1. Berlín, 1985.

STRATENWERTH, Günther. "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 4 Aufl. Köln, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. "Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht". Tübingen. 1969. TIEDEMANN, Klaus. "Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität". 1. Hamburg, 1976. TISCHLER. "Verbotsirrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht". Berlín, 1983. TRÖNDLE/FISCHER. "Stratgesetzbuch". 51 Aufl. München, 2003. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. San Marcos. Lima, 2001. VOGEL, J. Voz. "Fahrlässigkeit". En: Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. Krekeler, Tiedemann, Ulsenheider y Weinmann (Hrsg.). Estado: mayo de 1990. Heidelberg. VON HIPPEL. "Vorsatz. Fahrlässigkeit. Irrtum". En: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Tomo 111. Berlín, 1908.

VON HIPPEL. "Lehrbuch des Strafrechts". Berlín, 1932. VON WEBER. "Vom Subsumtionsirrtum". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1953. VON WEBER. "Negative Tatbestandsmerkmale". En: Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag. München, 1954. WARDA. "Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre". En: Juristische Ausbildung 1979. WELZEL, Hans. "Das Deutsche Strafrecht". 11 Aufl. Berlín, 1969.

WELZEL, Hans. "Kausalität und Handlung". En: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlín, 1975. WELZEL, Hans. "Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-. Verbots-. Subsumtionsirrtum)". En: Juristenzeitung, 1954. WELZEL, Hans. "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung". En: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlín, 1975. WELZEL, Hans. "Irrtum über die Rechtsmäßigkeit des Handelns". En: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlín, 1975. WELZEL, Hans. "Arten des Verbotsirrtum". En: Juristenzeitung 1953. WOLF. "Der Sachbegriff im Strafrecht". En: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Band V. Berlín, 1929. WOLF. "Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit". Breslau, 1931. ZACZYK. "Der verschuldete Verbotsirrtum Bayerisches Oberstes Landesgericht. Neue Juristische Wochenschrift 1989. 1744". En: Juristische Schulung, 1990.

JURISPRUDENCIA

"El delito contra la Administración de Justicia en su modalidad de fraude procesal solo se sanciona cuando el agente actúa con dolo; que, habiéndose acreditado que los procesados fueron sorprendidos para que dieran una

declaración que no se ajustaba a la verdad, nos encontramos ante la ausencia del tipo subjetivo, pues el delito en referencia no admite su forma culposa". (Ejecutoria Suprema 29/09/97. Exp. 3837-96. La Libertad).

"Que, conforme se aprecia de autos el encausado reconoce haber denunciado irregularidades en cuanto al libro de entrega de premios de la Lotería de Piura, pero que en ningún momento ha pretendido causar daño, estando dispuesto a pedirle perdón al querellante y su familia; que esta actitud permite inferir que en la denuncia que el querellado formulara no ha existido *elanimus difamandi*, el cual es uno de los elementos constitutivos de esta modalidad delictiva". (Ejecutoria Suprema 17/09/93. Exp. 2098-92. Piura).

"Al existir el resultado lesivo de un bien jurídico que no ha sido producido por la intervención humana, sino que ha sobrevenido por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad, no puede sostenerse que la conducta de los agentes haya estado precedida por un dolo eventual como incorrectamente lo sostiene la Sala Penal Superior, puesto que, el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencias necesarias, integra como elementos configurados de su concepto al conocimiento y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos sub-materia, habría que aceptar el descabellado razonamiento de que estos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho de que esta, al arrojarle de posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar sólidos y líquidos del estómago y al mismo absorberlos, actuando los agentes con el pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada".

(Ejecutoria Suprema 03/06/98. Exp. 6239-97. Ancash).

"El acusado ha obrado sin dolo en los hechos instruidos referidos a la muerte del agraviado, esto es, sin una voluntad ni propósito dirigidos a causar un resultado homicida. No existe en el caso de autos dolo eventual en el agente, como incorrectamente señala el Colegiado, ya que en este supuesto el sujeto activo al desplegar su conducta, asume la posibilidad de producción del resultado, mientras que en el presente caso el sujeto activo no conoció el resultado ni se lo representó".

(Ejecutoria Suprema 03/10/97. Exp. 3365-96. Piura).

"Que al parecer habría una confusión del significado de dolo con los móviles o la intención, ya que lo primero consiste únicamente en realizar con conocimiento y voluntad los elementos objetivos del tipo penal, sin ser relevante el móvil o la intención que podría haber tenido".

(Ejecutoria Suprema 14/10/02. Exp. 4188-2002. Cajamarca. Centro de Investigación del Poder Judicial).

"La violación del deber objetivo de cuidado es un elemento integrante e imprescindible del tipo penal de los delitos culposos o imprudentes".
(Ejecutoria Suprema 27/04/98. Exp. 4986-97. Lima).

"Para la configuración de los injustos penales se requiere la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como la conciencia y voluntad del agente de cometer el hecho antijurídico y culpable".
(Ejecutoria Suprema 26/03/98. Exp. 455-97. Callao).

"Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, asimismo no basta tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos".
(Resolución Superior 20/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.132-98).

"Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho Penal cuando ha sido producido fortuitamente".

(Ejecutoria Suprema 18/09/98. Exp. 3019-98. Puno.
Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 73).

"Para que exista dolo eventual es necesario que el agente, al realizar la conducta lesiva, se haya representado seriamente la posibilidad del daño (elemento cognoscitivo del dolo), y que, a pesar de ello, se conforme con el resultado posible (elemento voluntario), aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza de que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá".
(Sentencia 10/02/98. SM C:Jmaná. Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 035-98).

"Si al emprender su accionar el procesado no ha observado un deber de cuidado ni sopesado la acción que realizaba, dada su superioridad física y corporal, en el sentido que continuarla podía causar un daño corporal a la agraviada, las lesiones causadas por el procesado constituyen lesiones efectuadas con dolo eventual".

(Resolución Superior 13/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.8619-97).

"Al comprobarse que el inculpado solamente buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron y el tipo de arma utilizada, y no originar su muerte, debe absolversele de la acusación de tentativa de homicidio".

(Sentencia 05/06/98. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huaraz. Exp. 597-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 74).

"Desde el punto de vista externo y puramente objetivo, el delito de lesiones y de homicidio intentado son totalmente semejantes, teniéndose como única y sola diferencia el ánimo del sujeto, pues en uno tiene solo la intención de lesionar y en el otro la intención de matar".

(Ejecutoria Suprema 24/09/96). Exp. 2493-96. Amazonas. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 75).

"La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos probatorios que acrediten fehacientemente la responsabilidad del imputado; que, de autos se advierte que no se ha acreditado una conducta dolosa por parte del acusado, no se ha contemplado además el ilícito materia del proceso, un accionar culposo, lo que amerita su absolución".

(Ejecutoria Suprema 11/03/98. Exp. 571-97. Lambayeque).

"La adquisición de mercancías hecha por el acusado, en circunstancias que permiten advertir que no existió en este ánimo de delinquir y cometer el delito de receptación, siendo su accionar en todo momento de buena fe, permite indicar que no hubo en su comportamiento una actitud dolosa".

(Ejecutoria Suprema 12/05/98. Exp. 92-98. Lima).

"Si bien el tribunal ha condenado al acusado calificando al delito a título doloso,

debe tenerse en cuenta que el dolo no se presume, por lo que debe acreditarse".

(Ejecutoria Suprema 13/11/90. Exp. 80().900. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal.

Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 76).

"Los delitos culposos pueden ser definidos como aquellos ilícitos producidos por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión era posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento en que no se producirá el resultado que se representa; actuando en consecuencia con negligencia, imprudencia e impericia. Actúa culposa o imprudentemente el que omite la diligencia debida; se trata, por lo tanto, de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no dependen necesariamente de la trasgresión de leyes o reglamentos. Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente. Para la realización en general de cualquier tipo penal culposo, es necesario que el hecho resultante haya sido causado por infracción al deber de cuidado y pueda imputarse objetivamente la misma, lo que no se da en el caso de auto".

(Resolución Superior 06/08/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8653-97).

"La conducta imprudente es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de aplicación del cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión. No nos encontramos aquí con la actitud rebelde del sujeto frente a la norma que protege los bienes jurídicos y que prohíbe matar, lesionar o dañar a otro; no es ahí donde se encuentra el desvalor de acción de estos delitos, sino en el incumplimiento por parte de aquel de la exhortación al actuar cuidadoso, que es principio general del ordenamiento encargado de prohibir la innecesaria puesta en peligro de los bienes jurídicos ajenos; desvalor que por lo demás, es menor que el de las conductas dolosas.

Entonces, lo esencial del tipo de lo injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción; o sea, para saber quién debe responder del resultado producido, no basta con establecer la simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no; entonces la observancia del deber objetivo de cuidado, la diligencia debida, constituyen por tanto, el punto de referencia obligado':

(Resolución Superior 07/01/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.6095-97).

"Nuestra legislación penal ha adoptado el sistema de los números clausus para penalizar los delitos culposos, es decir, es preciso que el propio tipo penal acepte la realización del delito en forma imprudente".

(Resolución Superior 07/01/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6095-97).

"Se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia (velocidad adecuada, desplazamiento por el carril correspondiente, estado psicosomático normal, vehículo en estado electromecánico normal, y contar con la licencia de conducir oficial, esto en el caso de un chofer). La encausada al conducir a excesiva velocidad no observó la diligencia que su ocupación, capacidad y conocimiento le exigían en el lugar y momento de los hechos, toda vez que no adoptó las precauciones necesarias para evitar el atropello del agraviado, causándole así la muerte, por lo que para los efectos de la tipificación y determinación de la pena se meritúa que la mencionada encausada tiene como ocupación la de chofer".

(Ejecutoria Suprema 02/04/98. Exp. 2007-97. Cono Norte-Lima.

"Actúa culposa o imprudentemente el que omite la diligencia debida; se trata por lo tanto, de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, por lo tanto, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues, la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida,

incrementa en forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado".

(Resolución Superior 07/09/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3475-98).

"Al quedar demostrado que los agraviados cruzaron la avenida por delante del ómnibus del cual habían bajado, elevando de esta forma el riesgo permitido, y bajo circunstancias de no previsibilidad e imposibilidad de evitar el resultado lesivo por parte del conductor procesado, no se desprende ninguna infracción del deber de cuidado imputable a dicho encausado. Para la realización en general de cualquier tipo penal culposos, es necesario que el hecho resultante haya sido causado por infracción al deber de cuidado y pueda imputarse objetivamente la misma".

(Ejecutoria Suprema 06/08/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8653-97).

"Que el tipo objetivo de los delitos culposos e imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo; y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico. Que en el caso de autos no existe violación del deber objetivo de cuidado en la conducta del encausado quien conducía su vehículo a una velocidad prudente y razonable, coligiéndose por ende que su actuación no originó ningún riesgo; que muy por el contrario existe una autopuesta en peligro de parte del propio agraviado, y por ende debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, pues este caminaba por una vía destinada a la circulación de vehículos, en completo estado de ebriedad".

(Resolución Superior 09/09/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2505-98).

"El acusado ha realizado una acción sin la diligencia debida, infringiendo con ello un deber de cuidado que debió cumplir, el cual es el no haberse detenido el tiempo suficiente para que las agraviadas bajen del vehículo, y cerrar luego la puerta y reemprender la marcha; no siendo válido como descargo el hecho de tener la puerta malograda, puesto que la negligencia radica precisamente en ello toda vez que es deber del conductor circular con vehículo en perfecto estado técnico, más aun si se trata de uno destinado al transporte público".

(Resolución Superior 29101/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6685-97).

"El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo,

y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico".
(Ejecutoria Suprema 13104/98. Exp. 4288-97. Ancash)

"Si bien es cierto se ha acreditado que el vehículo se desplazaba a velocidad mayor de la permitida, no se le puede imputar objetivamente al procesado el fallecimiento de los agraviados a título de imprudencia, al haberse acreditado que estos ingresaron temerariamente en una zona vial de alta velocidad, interponiéndose en la marcha de la unidad de transporte conducida por el acusado, en circunstancias en las que el manejar bajo la velocidad permitida no hubiese evitado el resultado".

(Resolución Superior 14112/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4988-98).

"La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que aunque el querer de este no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo".

(Exp. 589-94. Ancash. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Págs. 137-138).

"La infracción del deber de cuidado en los delitos de lesiones culposas como resultado de prácticas deportivas debe determinarse sobre la base de la regla técnica previamente establecida para el juego en cuestión. Realiza una conducta típica con dolo eventual quien se representa seriamente la posibilidad del daño y, a pesar de ello, se conforma con el posible resultado de su conducta, aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá".

(Exp. 167-97 PICOR. Camana. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 138).

"Al compobarse que el inculpado condujo una motocicleta a excesiva velocidad, lo que originó que no pudiera evitar atropellar a un peatón, se evidencia la infracción del deber de cuidado y la comisión de un delito culposo (lesiones culposas)".

(Exp. 19-97. Arequipa. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 138).

"El tipo objetivo culposo exige, básicamente, la realización de una conducta que origine un riesgo típicamente relevante y que el riesgo creado, no permitido, sea el resultado de la inobservancia del deber de cuidado (momento del disvalor de la conducta, el cual resulta agravado si lo que se infringe son reglas técnicas de profesión). Generando la profesión del médico una obligación de medios, es necesario determinar, tratándose de delitos culposos, si se aplicó diligentemente su ciencia con vista a la obtención del resultado".

(Exp. 167-97 PICOR. Camana. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 138).

"Al acreditarse que el dinero que reclama el agraviado no fue entregado en forma directa a los procesados, sino a la Cooperativa de Ahorro y Crédito, la misma que se halla en liquidación, se concluye que los acusados al promocionar los altos intereses ofrecidos por depósitos, no han actuado en forma dolosa, escapando de su dominio el hecho de que posteriormente dicha entidad entrara en una difícil situación económica".

(Resolución Superior 01106198. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 360-98).

"Debe tenerse en cuenta que en los delitos culposos nuestra legislación penal ha adoptado el sistema de los números clausus para penalizar estas acciones, es decir, es preciso que el propio tipo penal acepte la realización del delito en forma imprudente".

(Resolución Superior 18/03/98. Exp. 6534-97. Lima).

"Se requiere de un nexo de causalidad entre el comportamiento culposo del sujeto activo y el resultado; así mismo, cuando se habla de comportamiento culposo, hay que partir de la idea de que el sujeto no quiso realizar ese acto; que, en tal sentido, para que un resultado sea imputable, es preciso que además de la relación de causalidad exista una relación de riesgo, es decir, que como consecuencia del riesgo creado por la conducta se produzca el resultado".

(Resolución Superior 19111/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2671-97. Lima).

"Los procesados actuaron con conocimiento y voluntad dirigidos al resultado obtenido, con pleno conocimiento de los hechos y, finalmente, fueron quienes viciaron el conocimiento de los demás procesados al hacerles consentir que eran válidas y legales las disposiciones dictadas, no obstante que contravenían normas legales expresas".

(Ejecutoria Suprema 01/07/98. Exp. 5431-97. Arequipa).

DELITOS OMISIVOS DE RESULTADO

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

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

La pena del omiso podrá ser atenuada.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2.24.a, 2.24.d C.P. arts. 11, 12 C.C. art.212 C.J.M. arts.3, 16

Comentario

Iván Meini Méndez

I. Introducción

I. Según la Exposición de Motivos del Código Penal, con el artículo 13 CP:

"Se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada". Con esta frase, el legislador pretende dejar en claro la importancia del precepto, otorgándole un carácter constitutivo de la tipicidad de la comisión por omisión. Según la lógica del legislador, si no existiera el artículo 13 CP o un precepto que señalara explícitamente cuáles son los requisitos de la comisión por omisión, esta modalidad delictiva no podría ser sancionada amén del principio de legalidad. Ello, sin embargo, es tan solo una forma de entender a la comisión por omisión, que si bien es compatible con la literalidad del artículo 13 CP, no es, empero, la única.

Las fuentes históricas del artículo 13 CP son los parágrafos 12 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y 13 del Código Penal de Alemania Occidental de 1975(1), aunque lo cierto es que ambos preceptos alemanes difieren sustancialmente del nacional. Con todo, se puede reconocer que la función que cumple el artículo 13 CP es, en primer lugar, corroborar que un delito de resultado puede ser realizado no solo mediante un comportamiento activo sino también mediante uno omisivo y, en segundo lugar, señalar cuáles son los requisitos que ha de cumplir la comisión por omisión.

II. La omisión como comportamiento que se corresponde con la realización activa de un delito

(1) Así lo expresa el propio legislador en la Exposición de Motivos del Código Penal: Hecho Punible - Bases de la Punibilidad.

1. De conformidad con la opinión mayoritaria, la comisión por omisión es algo distinto de la realización activa de un delito. Comisión por omisión y realización activa del mismo delito no son pues idénticas. Esta es la razón de que se prevean en los Códigos penales cláusulas como el artículo 13 CP, pues si comisión por omisión y realización activa de un delito fueran idénticas, no habría necesidad de establecer los requisitos para que un delito se perpetre en comisión por omisión y no mediante un comportamiento activo. En este esquema, las "posiciones de garante" (artículo 13.1 CP) y la realización del tipo mediante un comportamiento activo (artículo 13.2 CP) equiparan a nivel de tipicidad los comportamientos activos y los omisivos a los cuales se les imputa un resultado⁽²⁾. Armin Kaufmann, uno de los dogmáticos más representativos que comulgó con esta forma de concebir la comisión por omisión, sostuvo que si la posición de garante no es un elemento del tipo en los delitos comisivos⁽³⁾, y que si la causalidad en la comisión por omisión no puede formar parte de un único concepto junto con la causalidad en los delitos comisivos⁽⁴⁾, ello conlleva obligatoriamente a aceptar que dos formas de comportamiento, como son el activo y omisivo, serán típicos únicamente en tanto que concurren presupuestos distintos para cada uno de ellos. Comisión y omisión son, entonces, tipos distintos⁽⁵⁾.

Ejemplo: cuando el médico, a pesar de estar obligado a hacerla, omite suministrar el medicamento que requiere el paciente internado cada cierto lapso de tiempo para sobrevivir y este muere a consecuencia de no haber recibido el medicamento, responde como autor del delito de homicidio en comisión por omisión⁽⁶⁾, porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente en mérito a "un contrato"⁽⁷⁾. Pero si el mismo médico perfora el corazón del paciente con un cuchillo y le mata, nadie duda que será responsable como autor de un homicidio causado por

(2) Vide KAUFMANN, Armin. "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Göttingen, 1959. Págs. 282 y sgtes.; JESCHECK y WEIGEND. "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil". 5 Aufl. Berlin, 1996. § 591V; RUDOLPHI. en RUDOLPHI, HORN, GÜNTHER y SAMSON. "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch". Band 1.

Allgemeiner Teil. 7 Aufl. September 2000. § 13, 27 y sgtes., WESSELS y BEULKE. "Strafrecht. Allgemeiner Teil.

Die Straftat und ihr Aufbau". 32 Aufl. Heidelberg, 2002. n.m. 715; STREE en SCHÖNKE y SCHRÖDER.

"Strafgesetzbuch Kommentar". 26 Aufl. München, 2001. § 13 n.m. 1 y sgte., TRÖNDLE y FISCHER.

"Strafgesetzbuch und Nebengesetze". 51 Aufl. München, 2003. § 13 n.m. 5.

(3) KAUFMANN, Armin. Op. Cit. Pág. 255.

(4) KAUFMANN, Armin. Op. Cit. Págs. 253 y sgtes.

(5) KAUFMANN, Armin. Op. Cit. Pág. 255. Véase, en detalle, GRACIA MARTÍN, Luis. "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)". En: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y Criminología. UNED. Madrid, 2001. Págs. 432 y sgtes.

(6) Si responde por homicidio doloso o negligente es algo que ahora carece de importancia.

un comportamiento activo; para lo cual el que el médico tenga o no una posición de garante carece de la más mínima importancia. En otras palabras, según la concepción que entiende que comisión por omisión y realización activa de un delito no son idénticas, sino que a lo sumo se pueden corresponder, el omitente ha de detentar una posición de garante⁽⁸⁾ que le obligue a actuar y con ello evitar el resultado. De otro modo no sería posible imputarle el resultado. De todo esto se deduce que para esta concepción es necesario prever en los Códigos penales⁽⁹⁾ una cláusula en la que se indique las posiciones de garante que permiten afirmar que alguien debió evitar un resultado, y conceder tipicidad a la comisión por omisión. Si no se procede de esta manera, se dice, la comisión por omisión sería atípica y cualquier intento de sancionar en comisión por omisión sería contrario al principio de legalidad. Y esto, en realidad, es coherente con el punto de partida de esta concepción, pues las posiciones de garante no se encuentran previstas en los tipos de la Parte Especial, ya que los tipos de la Parte Especial que podrían ser perpetrados en comisión por omisión se encontrarían redactados exclusivamente de manera comisiva.

2. Este razonamiento bien podría encajar en la literalidad del artículo 13 CP⁽¹⁰⁾.

En el numeral 1 del precepto se establece que las posiciones de garante son (i) tener un deber jurídico de evitar el hecho punible, o lo que es lo mismo, el contrato y la ley, y (ii) crear un peligro inminente propio para producirlo, o lo que es lo mismo, ingerencia. El numeral 2 del precepto cumple la función de declarar, después de establecerse la infracción del deber de garante, que la producción de un resultado a consecuencia de la omisión se corresponde con la producción del mismo resultado mediante un comportamiento activo. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: una vez comprobado que el médico tiene un deber de garante frente al paciente que le obliga a cuidar de él (artículo 13.1 CP), el que el paciente haya muerto a consecuencia del no suministro de la medicina se corresponde con la realización activa del delito de homicidio (causar la muerte de otro) del artículo 106 CP (artículo 13.2 CP).

(7) La concreta posición de garante, en realidad, no es ahora tan importante como el hecho de advertir que para responder en comisión por omisión se requiere de una posición de garante.

(8) Según la doctrina mayoritaria, una que consista en la protección de un bien jurídico o una que verse sobre el control de una fuente de peligro. En vez de muchos, véase solo JESCHECK y WEIGEND. Op. Cil. § 49 IV.

(9) Ya en la Parte General, ya en la Parte Especial.

(10) Recuérdese lo que alegremente pregona el legislador en la Exposición de Motivos, que con el artículo 13 CP "se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada".

3. Todo esto nos lleva irremediablemente al punto de partida de esta concepción: si un comportamiento omisivo no es, per se, idéntico a uno activo, y si para lograr que ambos se correspondan es preciso que el omitente detente una posición de garante (posición de garante que los delitos comisivos no requieren), la omisión resulta siendo algo "inferior" a la comisión. Solo cuando a

la omisión se le agrega una posición de garante es factible que se corresponda con el comportamiento activo descrito en el tipo de la Parte Especial y recién, pero solo recién, que sea un comportamiento típico.

III. La omisión como comportamiento valorativo y estructuralmente idéntico a la realización activa de un delito

1. Comúnmente se dice que detrás de los delitos omisivos subyace una norma preceptiva que obliga a su destinatario a llevar a cabo una determinada actividad (por ejemplo, la norma del delito de abandono de persona en peligro del artículo 127 CP conminaría a "ayudar a la persona cuando se encuentra en peligro"(11)). Mientras que detrás del delito activo se encontraría una norma prohibitiva, que prohíbe realizar determinadas conductas (por citar el ejemplo típico, el homicidio, cuya norma le diría al destinatario: "no mates"). Detrás de la comisión por omisión se aprecia una norma prohibitiva(12), representada por la obligación de no causar un resultado. Esto demostraría que algunos delitos de resultado, como el homicidio, por ejemplo, pueden realizarse indistintamente por activa o por pasiva.

La norma penal del homicidio (por citar solo un ejemplo) se refiere únicamente a la producción del resultado muerte, sin mencionar los medios en mérito de los cuales no se ha de matar, ni los medios en virtud de los cuales se tiene que salvar la vida de otro.

2. En algunos casos la norma penal no distingue entre delito activo u omisivo, toda vez que una cosa es el mandato que ella transmite y que se plasma en el tipo de lo injusto, y otra cosa distinta las formas en que dicha norma penal puede transgredirse. Para decirlo de nuevo con el ejemplo del médico: él desobedece la norma penal que le prohíbe "no matar". El que haya matado al paciente mediante un comportamiento omisivo (no suministrarle las medicinas que lo mantenían con vida) o mediante uno activo (clavándole un cuchillo en el corazón) en nada afecta a la tipicidad del delito de homicidio, al agotarse la tipicidad de este delito con la producción del resultado muerte. Pues el verbo matar, según el sentido normativo-social/de las palabras, puede ser realizado no solo por activa, sino también por pasiva. Es pues la propia tipicidad del tipo de lo injusto del homicidio la que permite que sea perpetrado en comisión por omisión.

(11) Si los delitos omisivos tienen como fundamento el deber de asistencia o de solaridad es algo en lo que ahora no puedo detenerme. Sobre esto, KOHLER. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". Heidelberg, 1997. Págs. 207 y sgtes.

(12) JESCHEGK y WEIGEND. Op. Cil. § 581112; WESSELS y BEULKE. Op. Gil. n.m. 687; RUDOLPHI. Op. Gil. previo al § 13 n.m. 8.

El sentido normativo-social de las palabras es un criterio de suma importancia para interpretar los elementos del tipo penal. Él tiene en consideración que lo que el Derecho Penal regula jurídicamente es una realidad social concreta, propia de un contexto y de un momento socio-cultural determinado. En muchos casos la realización de un delito a través de un comportamiento omisivo es ya la realización directa del delito (por ejemplo, el homicidio, las lesiones, etc.), tan igual como lo es cuando se realiza mediante un comportamiento activo. En estos casos es inexacto decir que opera una equivalencia, pues ello solo es

predicable de dos situaciones que no son iguales. La perpetración mediante una omisión de un delito que puede ser realizado tanto por comisión como por omisión no puede corresponderse a su perpetración activa, ni viceversa. Simplemente son lo mismo, son idénticas.

3. De esto se sigue que para sancionar por el delito de homicidio en comisión por omisión (al igual que otros muchos delitos) no es necesario acudir al artículo 13 CP, pues la tipicidad del artículo 106 CP no descarta que el homicidio (causar la muerte de otro) pueda realizarse mediante un comportamiento omisivo, ni establece que se trate solo de un delito comisivo. La ley no distingue entre delitos de comisión por omisión y delitos activos. Tal es una construcción dogmática que, como cualquier otra, responde a determinados presupuestos ideológicos. Lo único que hace la ley distinguir, en primer lugar, entre delitos que solo pueden ser realizados de manera activa, que son los casos en los que la conducta descrita en el tipo de lo injusto gira en torno a un verbo inequívocamente comisivo. Ejemplos:

denuncia calumniosa del artículo 402 CP (denunciara la autoridad un hecho punible a sabiendas que no es tal); falso testimonio del artículo 411 CP (efectuar una falsa declaración en un procedimiento administrativo); y, prevaricato del artículo 418 CP (juez o fiscal dicta una resolución o emite un dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley). En segundo lugar, según la ley, existen también delitos que únicamente pueden cometerse mediante comportamientos omisivos. Ejemplos: omisión de auxilio del artículo 127 CP (omite prestarle auxilio a un herido o a persona en estado de peligro); y, omisión de denuncia del artículo 407 CP (omite denunciara la autoridad las noticias sobre un delito). En tercer lugar, la ley reconoce delitos que pueden realizarse indistintamente mediante comportamientos activos u omisivos. Dentro de esta categoría se puede incluir, por ejemplo, la mayoría de modalidades de los delitos contra la vida independiente y lesiones⁽¹³⁾.

4. Lo dicho hasta este momento permite cuestionar aquella extendida opinión que denomina "comisión por omisión" a la realización, mediante un comportamiento omisivo, de un delito de resultado que se encuentra redactado de manera comisiva. Las razones son, en primer lugar, que es inexacto que el presupuesto para realizar un delito en comisión por omisión sea que el delito se encuentre redactado de manera activa. Por el contrario, el delito se encuentra redactado de forma tal que puede ser perpetrado tanto de manera comisiva como omisiva. Y, en segundo lugar, la expresión "comisión por omisión" resulta poco feliz ya que distorsiona el verdadero significado del injusto cometido omisivamente. Tal locución refleja solo una de las dos posibilidades de cometer un delito de resultado, por lo que su aceptación debería conducir inmediatamente al reconocimiento y empleo de la locución "comisión por comisión", para mentar con ella la realización activa de un delito de resultado⁽¹⁴⁾.

(13) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "La omisión impropia en la dogmática alemana". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1997. Págs. 419 y sgtes.

5. Diferenciar si el sujeto ha actuado u omitido carece de trascendencia. El actuar o el omitir son solo las formas del comportamiento humano en que el sujeto puede transgredir la norma penal, en aquellos casos en los que el tipo penal, según su propia redacción, puede ser consumado indistintamente por un comportamiento activo o por uno omisivo. Ello conduce, de nuevo, a que entre un comportamiento activo (realización activa del delito de resultado) y uno omisivo (realización omisiva del delito de resultado) que realizan el mismo delito, no puede haber correspondencia, sino únicamente, y según la literalidad de los preceptos de la Parte Especial, plena identidad.

El presupuesto del artículo 13 CP: Omitir impedir la realización del hecho punible. Disfunciones eramaticales

1. El encabezado del artículo 13 CP señala que será sancionado "el que omita impedir la realización del hecho punible". Nótese que el legislador ha echado mano de tres verbos: omitir impedir la realización del hecho punible. Una interpretación literal del precepto obliga a acotar su campo de aplicación de manera poco deseable político-criminalmente, dando cabida únicamente a los supuestos en que el hecho punible es realizado por un tercero. En efecto, la única forma de impedir la realización de un hecho punible es que el hecho punible sea realizado por otra persona, pues si el omitente es quien realiza el hecho punible, no se entiende cómo el propio omitente puede omitir impedir algo que él mismo realiza. En este caso en el que el hecho punible es realizado solo por el omitente -que es buena parte de los supuestos de comisión por omisión-, es el propio omitente quien realiza el hecho punible. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: él no omite impedir la realización del hecho punible homicidio, sino que es él mismo quien lo realiza. Si se opina lo contrario habría que asumir el sinsentido de que el hecho punible, en este caso la muerte del paciente, ha sido realizado por alguien que no es el médico. ¿Quién sino el médico ha matado en términos jurídico-penales?, ¿acaso la naturaleza?

IV. El hecho punible le pertenece únicamente al médico. Él no ha omitido impedir la realización del homicidio; él lo ha realizado en comisión por omisión.

Lo contrario sucede cuando el omitente omite impedir la realización de un hecho punible que comete u omite un tercero. Así, por ejemplo, la madre que nada hace mientras su esposo abusa sexual mente de la hija menor de edad, omite impedir el hecho punible violación de la libertad sexual que realiza su esposo. Si la madre responde como autora o partícipe, o cuál es la "posición de garante" que obliga a la madre a intervenir, es algo que por el momento carece de importancia.

Me interesa ahora dejar en claro que al haber sido el hecho punible realizado por un tercero, el tenor literal del encabezado del artículo 13 CP permite que el precepto sea utilizado, pues la madre omite impedir que otro realice el hecho punible.

(14) No obstante, utilizaré aquí la locución "comisión por omisión" para referir la realización mediante un comportamiento omisivo de un delito de resultado.

2. En el encabezado del artículo 13 CP se hace mención a la omisión de evitar un hecho punible. Una interpretación literal obligaría, de nuevo, a restringir de manera poco lógica el campo de aplicación del artículo 13 CP, toda vez que hecho punible es el hecho antijurídico culpable que amerita una pena. Ello es tanto como decir que no hay comisión por omisión en aquellos supuestos en los que el hecho es realizado por un inimputable (menor de edad, por ejemplo, o persona que sufre alteraciones en la percepción), cuando concurre una causa de exculpación (miedo insuperable, error de prohibición invencible), o cuando hay una excusa legal absolutoria o no se cumple la condición objetiva de punibilidad que, en su caso, requiere el delito. Más aun, todo esto es incompatible con la accesoriedad limitada que rige la participación, pues si para responder como partícipe basta que el autor haya realizado un hecho antijurídico con independencia de su capacidad de culpabilidad o de su culpabilidad, parecería que lo mismo habría de regir para que realice un hecho en comisión por omisión. Esto es especialmente importante porque para responder como partícipe en comisión por omisión se requiere que el autor haya realizado un hecho punible, lo que es incluso más que la accesoriedad máxima, pero para responder como partícipe activo se requiere simplemente que el autor haya realizado un hecho antijurídico.

3. La única forma de salvar todas estas incoherencias causadas por una deficiente redacción es interpretar que cuando el artículo 13 CP dice hecho punible, se ha de entender como hecho previsto como delito o falta.

V. Las posiciones de éarante (artículo 13.1 CP)

1. Marco general: La incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de dominio personal

A. El fundamento último de cualquier posición de garante es diferenciar quién, de aquellos que pueden, tienen el deber de evitar el resultado. Según la teoría funcional de las posiciones de garante, las posiciones de garante se dividen en aquellas que obligan a controlar una fuente de peligro (comportamiento de terceros, ingerencia, control propiamente de una fuente de peligro) y entre aquellas que obligan a proteger un bien jurídico (contrato, ley, estrechas relaciones familiares, comunidad de peligro). La principal crítica que se esboza contra esta forma de clasificar a las posiciones de garante⁽¹⁵⁾ -que es por cierto la que asume de manera ampliamente mayoritaria la doctrina- es que la protección de un bien jurídico es la obligación de controlar los peligros que amenacen a dicho bien jurídico, y el control de una fuente de peligro es protección para quienes pueda lesionar dicha fuente de peligro. Esto conllevaría a que ninguna de las tres fuentes de garante que el artículo 13 CP reconoce (contrato, ley e ingerencia), pueden ser siempre y en todos los casos clasificadas solo como deber de proteger un bien jurídico o como deber de controlar una fuente de peligro. Ejemplo, el contrato de un médico con el hospital en el cual trabaja le obliga a cuidar la vida de un paciente terminal (protección de un bien jurídico), pero el domador de leones, en mérito de su contrato con el circo, está obligado a controlar una fuente de peligro.

B. Si se atiende al fundamento material de las fuentes de garante, se ha de reconocer que el común denominador de todas ellas es que se dirigen a quienes han asumido voluntariamente el control de una fuente de peligro, y con ello se obligan a evitar el resultado lesivo. La forma en que se asume dicho control está dada siempre por un comportamiento precedente. De ahí que, por ejemplo, el contrato sea solo la forma en que se exterioriza un compromiso adquirido por el garante: mantener estable la fuente de peligro. Esta forma de fundamentar la responsabilidad penal no es, sin embargo, exclusiva de la comisión por omisión, sino que se extiende a los delitos realizados activamente. Tanto para la realización activa de un delito de resultado como para su comisión por omisión, es necesario que el sujeto haya asumido las consecuencias de su comportamiento, que puede ser activo u omisivo. En los delitos de resultado que se perpetran de manera activa ello pasa normalmente desapercibido, ya que la "exteriorización" del comportamiento activo (disparar, empujar, atropellar, etc.) permite que podamos percatarnos de que el sujeto crea el riesgo típico que permite que se le impute el resultado. En la comisión por omisión, por el contrario, resulta más fácil advertir este principio, en tanto que la no realización de la acción debida presupone claramente que el sujeto debió actuar de una manera determinada. En resumen: el sujeto responde por las consecuencias lesivas de su comportamiento (activo u omisivo) que haya asumido.

C. No interesa tanto el título en virtud del cual se asume el compromiso de contener el riesgo para el bien jurídico, ni las formalidades que lo rodeen, sino que efectivamente se asuma. Resulta entonces intrascendente si es el propio agente quien configura su esfera de organización y los deberes que de ella surgen, o si esta se encuentra previamente configurada y el sujeto simplemente la asume.

Relevante es la incorporación voluntaria del deber de controlar la causa del resultado en la esfera de organización. Así, por ejemplo, el fundamento último de la responsabilidad penal del funcionario público en comisión por omisión no hay que ubicarlo en que haya infringido un deber "institucional" o "institucionalizado", sino en que el sujeto aceptó voluntariamente ocupar el cargo de funcionario público y con ello cumplir todos los deberes que dicho cargo conlleva. Cada uno de los deberes que se incumplen y que dan lugar a responsabilidad en comisión por omisión encuentran su génesis en la misma idea: a nadie se le obliga a asumir, por ejemplo, el cargo de funcionario público; a nadie se le obliga, por ejemplo, a comprar un arma. Dicho con otras palabras, cuando un ciudadano responsable actúa voluntariamente asume las consecuencias de su comportamiento. Por lo mismo, cuando un sujeto, voluntariamente, asume el control de una fuente de peligro, responde por las consecuencias que se derivan de la mala explotación de dicha fuente de

(15) Cfr. JAKOBS, GÖnter. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación". 2ª edición. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. 29/27. Con múltiples referencias bibliográficas, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1995. Pág. 255, nota 195.

peligro, con independencia de si el resultado se imputa a un comportamiento activo o a uno omisivo. El acto de asunción del control de la causa del resultado genera pues que la indemnidad del bien jurídico protegido dependa del sujeto que asume dicho deber(16).

D. Cuando la fuente de peligro no es creada por quien luego omite, pero él asume voluntariamente el compromiso de mantenerla estable, pueden surgir igualmente supuestos de comisión por omisión. Y es así porque el sujeto realiza un acto de incorporación de esa situación, previamente organizada, a su esfera de dominio personal(17). Por ejemplo, el encargado de controlar que el nivel de radiación del reactor nuclear no sobrepase el límite permitido no ha creado la fuente de peligro (reactor nuclear), pero sí que la ha incorporado a su esfera de organización al haber aceptado de forma voluntaria ser contratado como responsable del control del reactor. Lo mismo sucede en el ámbito empresarial cuando opera la delegación de funciones, pues el empresario que originalmente organiza la actividad no puede encargarse personalmente de controlar todos los riesgos que ella desencadena, y tiene que recurrir a terceras personas para confiarles dicha función. Ellos asumen voluntariamente unos deberes previamente configurados.

2. El deber jurídico de evitar el hecho punible

A. Si el adjetivo "jurídico", que califica al sustantivo "deber", denota que este "atañe al derecho o se ajusta a él"(18), una interpretación racional del término enseña que por jurídico puede entenderse todas las posiciones de garante que tengan un reconocimiento jurídico. Así, las posiciones de garante que la doctrina reconoce habrán de pasar por el "filtro" del artículo 13 CP, dando como resultado que solo aquellas que puedan ser vistas como contrato y ley, pues son estas las únicas formas jurídicas, podrán ser consideradas como fuentes de deberes de garante en el Derecho Penal peruano. Esto, en realidad, presenta menos problemas de lo que a primera vista podría pensarse, pues si el contrato es simplemente el acuerdo de voluntades y el término "ley" se interpreta en sentido amplio, incluyéndose a todas las normas jurídicas con independencia de su rango, luego la gran mayoría de supuestos de posiciones de garante según la teoría funcional, quedaría cubierta. Así, por ejemplo, el guía de la excursión alpinista tiene un deber de garante frente a los novatos, pero no por la llamada "relaciones de comunidad", o "comunidad de peligro", sino porque ha operado un acuerdo de voluntades en virtud del cual, por un lado, los novatos participan en la excursión confiados en que el guía los socorrerá de ser necesario y, por otro, el guía dirige la excursión y asume la obligación de socorrer a los novatos.

(16) SCHÜNEMANN. "Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte". Göttingen, 1971. Págs. 232 y sgtes., 241 y sgtes.; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. S' edición. Barcelona, 1998. 12/38, 12/39 Y 12/47.

(17) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cil. Pág. 702.

B. En la medida en que deber jurídico es todo aquel deber que atañe al Derecho, se ha de entender también que tiene cabida en este extremo del artículo 13 CP la promesa unilateral (artículos 1956 CC y ss.). No obstante, al igual que para el caso del contrato, aquí se ha de prescindir de las formalidades propias del Derecho Civil⁽¹⁹⁾. Por lo demás, el deber jurídico de impedir el hecho punible ha de ser un deber extra penal, pues si fuera penal no haría falta acudir al artículo 13 CP para su represión, al constituir su violación, per se, delito.

3. Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible

A. Si se entiende que el hombre es parte de una sociedad y como tal su comportamiento, directa o indirectamente, repercute en el resto de los hombres con los cuales se relaciona, el comportamiento precedente es aquel comportamiento lícito con el cual una persona responsable realiza voluntariamente actos determinantes que inequívocamente configuran normativamente su esfera de competencia, y que se constata en un momento anterior a la perturbación del bien jurídico.

Así, comportamiento precedente puede ser tanto la asunción de un determinado cargo, con la consiguiente asunción de los deberes que dicho cargo trae aparejados, como el iniciar una determinada actividad. Ejemplo de lo primero es el funcionario público, que está obligado a actuar por determinados deberes propios del cargo de funcionario público que libremente ha aceptado. Ejemplo de lo segundo es el empresario que inicia una actividad productiva y tiene que asegurarse de cumplir con las medidas de seguridad vigentes.

B. El comportamiento precedente tiene que representar una ocasión de riesgo⁽²⁰⁾, en el sentido de que la causa del resultado tiene que tener algún peligro para algún bien jurídico penalmente protegido. De no ser así, todo comportamiento humano podría ser visto como la asunción de un deber de cautelar una fuente de peligro. Así, por ejemplo, no se puede afirmar que el comprar un chocolate sea un comportamiento precedente que conlleve la asunción del deber de controlar una causa del resultado, pero sí lo es el comprar una pistola, pues el comprador deberá asegurarse, por ejemplo, de no dejarla al alcance de sus menores hijos.

Además, por consecuencia lógica, el comportamiento precedente debe concurrir en un momento previo a la lesión del bien jurídico, pues de otra forma no se podría explicar que el sujeto tuviera el deber (que al final incumple) de controlar la fuente de peligro cuya inestabilidad es la que origina el proceso causal que termina en la lesión del bien jurídico.

(18) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Tomo 2. 21ª edición. RAE. 1992. Pág. 1214, primera acepción.

(19) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Artículo 11". En: Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Conde-Pumpido Ferreiro (director). Tomo 1. Madrid, 1997. Págs. 435 y 536; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. Pág. 78.

c. El comportamiento precedente ha de ser voluntario, en el sentido de que habrá de participar de las características que permitan imputarlo a una persona. Y la razón de esto consiste en que la situación de riesgo que se crea a consecuencia del comportamiento precedente no fundamenta por sí sola la responsabilidad penal en comisión por omisión, sino que simplemente se exige al sujeto que ha creado la situación de riesgo que asuma el deber de vigilar la estabilidad de dicho foco de peligro, impidiendo que este se desestabilice y logre perturbar bienes jurídicos penalmente protegidos. Pero para que sea exigible tal obligación, el comportamiento precedente de donde surge el foco de peligro, o a partir del cual se incorpora al ámbito de dominio personal un foco de peligro ya existente, habrá de poder ser imputable al sujeto, puesto que de otro modo no existirá título alguno que permita identificar a quién compete el deber controlar la causa del resultado.

Quien se ha mantenido ajeno a la creación de un riesgo no tendrá por qué asumir el deber de controlar riesgo alguno, pero aquella persona cuyo comportamiento ha creado un foco de peligro no tiene por qué exonerarse de su cuidado. En mérito de ello, el comportamiento precedente tiene que ser, como mínimo, conciente y voluntario (en los términos del concepto de acción jurídico-penal). No son comportamientos precedentes, en consecuencia, los hechos fortuitos⁽²¹⁾, al no ser dable afirmar que en ellas el sujeto omitente ha creado la situación de riesgo típico⁽²²⁾, pero sí se incluyen casos de fuerza mayor y, por supuesto, los de dolo e imprudencia⁽²³⁾. No obstante, debe precisarse que en algunas hipótesis de hechos fortuitos, por ejemplo un desastre natural, el comportamiento precedente puede estar dado por la ostentación de un cargo que se ha asumido previamente, (policía o bombero) y que obligue a actuar de determinada manera ante casos de desastres naturales.

D. El comportamiento precedente tiene que ser lícito⁽²⁴⁾. Si el comportamiento precedente pudiera ser, como frecuentemente se afirma, también -o solamente un acto antijurídico, no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la fuente de peligro, toda vez que el riesgo de dicha fuente sería ya típico. Si el comportamiento precedente fuera ilícito, el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más. Desde el punto de vista de lo que aquí propongo, el comportamiento precedente no es más que la asunción del deber de mantener estable una fuente de peligro. De ahí se deduce que solo podrá incurrirse en responsabilidad penal en comisión por omisión cuando, habiendo asumido previamente el deber de controlar la fuente de peligro, se haga caso omiso de tal obligación y la fuente se desestabilice lesionando un bien jurídico. Ejemplo, no se puede decir que quien atropella a un peatón y lo deja herido en la calle, muriendo este luego, haya cometido un homicidio en comisión por omisión porque asumió, por su comportamiento precedente (el atropellar), la obligación de evitar tal resultado de muerte del peatón.

(20) Próximo, MAZUELOS COELLO, Julio, "Control social y dogmática penal", San Marcos. Lima, 1995, Pág, 102,

VI. La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer (artículo 13.2 CP)

1. Una vez establecido que el omitente detenta una posición de garante, el artículo 13.2 CP cumple la función de declarar que para que una comisión por omisión sea punible tiene que corresponderse con la perpetración activa de un delito. Ejemplo, cuando la madre omite dar de lactar a su hijo de 2 meses y este muere, el comportamiento omisivo de la madre que produce la muerte de su hijo se correspondería con la muerte que a través de un comportamiento activo se pueda causar (del artículo 106 CP, en su caso, artículo 107 CP). Ello presupondría que los tipos penales que pueden ser cometidos en comisión por omisión son tipos que, en principio, solo pueden ser cometidos activamente. Pero como ya se vio⁽²⁵⁾ ello no es correcto. Acertado es, por el contrario, entender que los tipos penales que pueden ser cometidos tanto mediante comportamientos activos como omisivos son precisamente eso, tipos que se encuentran redactados de manera tal que pueden ser cometidos indistintamente por activa o por pasiva.

2. Además, establecer que hay comisión por omisión solo cuando la omisión se corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer, es una consecuencia de entender que entre comisión por omisión y la realización activa del mismo delito no hay una relación de identidad, sino una, a lo sumo, de correspondencia⁽²⁶⁾. Si se tiene en cuenta lo dicho hasta este momento, se puede inferir que comisión por omisión y realización activa de un delito son exactamente lo mismo. De ahí que el numeral 2 del artículo 13 CP no tenga cabida en la comisión por omisión, sino, solo, en los supuestos de no evitación del resultado por el garante⁽²⁷⁾.

(21) También, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. Págs. 434 y sgte.

(22) Así, MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 12/66.

(23) Próxima, HUERTA TOCILDO, Susana. "Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995". Valencia, 1997. Págs. 45 y sgte.

(24) De la otra opinión, MAZUELOS COELLO, Julio. Op. Cit. Pág. 102.

(25) Supra 111. (26) Supra 11.

(27) Inlra 8. En detalle, MEINI MÉNDEZ, Iván. "La comisión por omisión: una interpretación alternativa del artículo 13 CP". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal. Hurtado Pozo (director) y Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003.

(28) TRÖNDLE Y FISCHER. Op. Cit. § 13 n.m. 20.

(29) STREE. Op. Cit. § 13 n.m. 64, RUDOLPHI. Op. Cit. § 13 n.m. 65, SCHÜNEMANN. "Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96. 1984. Pág. 317.

(30) ROXIN, Claus. "Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch".

En: Juristische Schulung. 1973. Pág. 200; JESCHECK y WEIGEND. Op. Cit. § 58 V 1, JESCHECK, en "Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar". Erster Band. Jescheck, RuB y Willms (Hrsg.). 10 Aufl. Berlin, 1985. § 13 n.m. 61, RUDOLPHI. Op. Cit. § 13 n.m. 65, LACKNER Y KÜHL. "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen". 23 Aufl.

München, 1999. § 13 n.m. 17y 18.

VII. La atenuación facultativa de la pena

1. El fundamento de la atenuación facultativa de la pena

A. La atenuación facultativa de la pena para el omiso se intenta justificar desde diferentes puntos de vista. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo(28); que la energía delictiva o criminal (verbrecherische Energie, kriminelle Energie) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos(29) (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que este devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente(30), pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar(31). Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizados a través de comportamientos activos(32). Esto último se ejemplifica en la doctrina alemana afirmando que cuando el esposo mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, el injusto de este comportamiento activo es mayor que si simplemente no la rescata(33). Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional(34). Aunque esto conllevaría a aceptar que la atenuación facultativa de la pena sería aplicable a todos los delitos en virtud de responsabilidad institucional, tanto omisivos como omisivos(35), algo que, de lege data, es imposible(36). Se señala, igualmente, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, toda vez que en estos casos se podría reducir la pena a los partícipes(37) (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la pena!). Se dice, también, que la atenuación facultativa de la pena para el omiso tendría un campo de aplicación en aquellos supuestos en los que no es claro si el sujeto ha actuado como autor o partícipe(38).

(31) STRATENWERTH. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Die Straftat". 4 Aufl. Berlín, 2000. § 13 n.m. 79.

(32) JESGHEGK y WEIGEND. Op. Gil. § 58 V 1, JESGHEGK. Op. Gil. § 13 n.m. 61.

(33) STREE. Op. Gil. § 13 n.m. 64, JESGHEGK y WEIGEND. Op. Gil. § 58 V 1.

(34) JAKOBS. Op. Gil. 29/125.

(35) Op. Gil. 29/126.

(36) No solo en Perú, sino también en Alemania.

(37) Lo mencionan JAKOBS. Op. Gil. 29/125.

(38) STRATENWERTH. Op. Gil. § 14, n.m. 23.

(39) JESGHEGK y WEIGEND. Op. Gil. § 58 V 2; JESGHEGK. Op. Gil. § 13 n.m. 61; TRONDLE y FISGHER. Op. Gil. § 13 n.m. 20; KOHLER. Op. Gil. Págs. 232 y sgte.

(40) JESGHEGK y WEIGEND. Op. Gil. § 58 V 1; JESGHEGK. Op. Gil. § 13 n.m. 61; próximo SEELMANN, en "Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch". Band 1. Neumann, Puppe y Schild (Gesamtredaktion). BadenBaden, 1995. § 13 n.m. 145.

Con todo, la aceptación de una de estas ideas que intentan explicar por qué la pena del omiso puede ser atenuada, no implicaría que ello sea siempre así. Incluso los partidarios de estas corrientes de opinión reconocen que en muchos casos el injusto y la culpabilidad en la comisión no serán mayores que en la realización del mismo delito de resultado mediante un comportamiento omisivo. En algunos casos serán idénticos(39), Y cuando ello sea así, la relación entre la comisión activa de un delito y su realización omisiva no sería más de correspondencia (Entsprechung) o equivalencia, sino de igualdad (Gleichheit)(40) y, lógicamente, no será viable la atenuación facultativa de la pena,

B. La atenuación facultativa de la pena en la comisión por omisión nada tiene que ver con la culpabilidad del omitente. Pues si la culpabilidad hace referencia a la capacidad para ser motivado por la norma penal, no es lógico privilegiar al sujeto que comete el hecho antijurídico en comisión por omisión disminuyéndole la pena, frente a quien lo comete de manera activa y no se le reduce la pena(41). De hecho, las causales de inimputabilidad, las de no exigibilidad de otra conducta y la regulación del error de prohibición, no distinguen entre comportamientos omisivos y comisivos. De esto se sigue que la capacidad para motivarse por la norma penal en nada influye para que el sujeto ejecute el delito por activa o por pasiva, ya que la (in)culpabilidad no condiciona al sujeto a que actúe u omita, sino solo a que no pueda comprender el mensaje de la norma penal o no pueda comportarse de acuerdo a esa comprensión.

C. La justificación de la atenuación facultativa de la pena del omiso tendría que ubicarse en el injusto de la comisión por omisión. Pero ya se dijo que la comisión por omisión es idéntica a la realización activa desde una perspectiva valorativa y estructural. La única forma de afirmar lo contrario sería otorgar relevancia al "esfuerzo físico" que tiene que desplegar el autor para consumar el delito mediante un comportamiento activo. Y ello conllevaría a reconocer que, por ejemplo, el injusto del delito de parricidio del marido por no salvar a su esposa de morir ahogada (comisión por omisión) es menor que si la hubiera introducido en el agua con sus propias manos. Pero este razonamiento, obligaría a aceptar que el injusto del delito de homicidio de quien solamente percute el gatillo de la pistola y mata a su víctima, o el injusto del autor mediató que se vale de otro para matar a su enemigo mientras él se queda en su casa durmiendo, es menor que el injusto de homicidio de quien "se toma el trabajo" de matar a la víctima a golpes!(42).

2. La no evitación del resultado por el garante

A. Queda claro entonces que la justificación de la atenuación facultativa de la pena para el omiso del artículo 13 CP in fine no se encuentra ni en la culpabilidad del sujeto ni en el injusto de la comisión por omisión. El Código Penal contiene ya una serie de criterios que permiten al juez determinar la pena a imponer a partir de la pena conminada del delito de la Parte Especial [v.gr. las reglas para la determinación de la pena (artículos 45 y 46 CP), la tentativa(43) (artículo 16 CP), los preceptos sobre autoría y participación

(artículos 23 CP sptes.) y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del artículo 21

CP]. Estas reglas se aplican indistinta e igualmente cuando el delito se comete mediante un comportamiento activo que cuando se comete mediante uno omisivo. Si además de este marco general se prevé en el artículo 13 CP -y solo para la producción del resultado mediante un comportamiento omisivo- la posibilidad de reducir la pena, ello solo puede explicarse si se reconoce que el merecimiento y la necesidad de pena del comportamiento omisivo y el resultado a él imputado que dan lugar a la reducción de pena, es menor que cuando esta no se disminuye.

Esto quiere decir que la atenuación de la pena del artículo 13 CP procede cuando el juicio de (des)valor que recae sobre el comportamiento omisivo al cual se le imputa el resultado, no es igual que el juicio de (des)valor que se hace respecto del comportamiento activo que produce el mismo resultado, sino que es menor. Por regla de tres, la atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo al comportamiento(44).

Formulado con otras palabras, si se reduce la pena es (o mejor dicho, debería ser) porque el comportamiento omisivo que se sanciona, según la valoración que lleva a cabo el Derecho Penal, no es idéntico al comportamiento que se describe en el tipo de la Parte Especial que se imputa, sino que merece una reprobación menor. Por el contrario, si el juez no reduce la pena, sino que la impone tal cual se encuentra prevista en el tipo de la Parte Especial, es (o mejor dicho, debería ser) porque entre el comportamiento omisivo que sanciona y el comportamiento que se describe en el tipo de la Parte Especial hay una plena y absoluta identidad desde el punto de vista de la valoración que hace el Derecho Penal. La segunda hipótesis.(identidad (des)valorativa) es la comisión por omisión, mientras que la primera (no identidad (des)valorativa) -siguiendo a un todavía reducido sector de la doctrina(45L "no evitación del resultado por el garante".

(41) En detalle, MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Gil. Pássim.

(42) y ello con independencia de si este caso puede ser uno en que concurra gran crueldad (artículo 108.3 GP).

(43) SEEIMANN. Op. Gil. § 13 n.m. 81 sptes.; ESER. Op. Gil. § 22 n.m. 47 sptes. y 53; STRATENWERTH. Op. Gil.

§ 14 n.m. 2 y sptes; JAKOBS. Op. Gil. 29/113 Y sptes.

(44) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Gil. Pág. 423.

(45) Op. Gil. Pág. 414.

(46) ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre". Band 1. 3 Aufl.

München, 1997. § 11, n.m. 41; JESCHKE y WEIGEND. Op. Gil. § 28.IV; KÜHL. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 4 Aufl. München, 2002. § 4, n.m. 43; LENGKNER. Op. Gil. previo al § 13, n.m.

92; WESSELS y BEULKE. Op. Gil.

n.m. 179; STRATENWERTH. Op. Gil. § 8 n.m. 38 y sptes.

B. Que exista una identidad valorativa entre el comportamiento omisivo y el activo que realizan el mismo tipo penal, permite afirmar que si un comportamiento activo es penalmente relevante siempre y cuando con él se haya desencadenado un riesgo típico o se haya incrementado uno permitido a niveles prohibidos, realizándose aquel riesgo en el resultado(46) lo mismo se debe demandar para que un comportamiento omisivo sea también penalmente relevante. Para manifestarlo a modo de principio: en la comisión por omisión se tiene también que haber creado o aumentado el riesgo típico, en los mismos términos en que se hace en un delito comisivo. La consecuencia inmediata de esto es que habrá que rechazar que pueda existir comisión por omisión, al menos de acuerdo con este planteamiento, cuando el sujeto activo omita con posterioridad al momento en que se creó o incrementó el riesgo típico. Planteamiento, este último, perfectamente compatible con que la pena de una comisión por omisión sea la misma que la perpetración activa del mismo delito, pues en ambos casos se trata del mismo desvalor de acción y de resultado. Expresado ya desde la perspectiva de la imputación objetiva del resultado, así como se exige que el resultado sea la plasmación del riesgo típico de un comportamiento activo, de la misma manera se ha de requerir que, en los casos de comisión por omisión, en el resultado se realice el riesgo típico que se desencadena con el comportamiento omisivo. El campo de aplicación de la comisión por omisión es entonces más estrecho de lo que con frecuencia se estima, toda vez que ahí donde el sujeto "se encuentre" con el riesgo típico, ahí donde solo sea factible decir que el comportamiento omisivo no disminuyó el riesgo ya típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino, a lo sumo, de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del artículo 127 GP.

Para explicarlo con un ejemplo: el chofer encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda y comunicar a la autoridad lo ocurrido, muriendo luego el peatón. En este caso el surgimiento del riesgo típico que se plasma en el resultado (muerte del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión del conductor según lo exige la comisión por omisión, y ello con independencia de que se compruebe que si el chofer hubiera auxiliado al peatón herido, o hubiera llamado a la autoridad para que ella se haga cargo, aquel no hubiera muerto. En la medida en que le chofer no ha creado el riesgo típico con su omisión, no puede imputársele el resultado a título de comisión por omisión.

c. Pero la situación es distinta cuando es el conductor quien atropella al peatón y lo deja abandonado en la calle, muriendo luego a consecuencia de las heridas producidas por el accidente. Si se quiere conceder cierta lógica al artículo 13 GP, hay que reconocer que la diferencia entre el conductor que atropella y abandona a su víctima y el que simplemente se encuentra al peatón herido en la calle y no lo socorre, consiste en que el primero tiene un deber de garante frente a la vida e integridad de quien ha atropellado, pues, en terminología del artículo 13.1 GP, ha creado un peligro inminente que es propio para producir el hecho punible.

El segundo conductor no detenta posición de garante alguna frente a la vida e integridad de la persona a quien encuentra herida en la calle, no obstante estar obligado a socorrerle según el artículo 127 GP.

Entiendo que para la opinión mayoritaria, el caso aquí descrito sería uno de homicidio en comisión por omisión. Pues si alguien atropella imprudentemente a otro y le causa lesiones y luego lo deja abandonado en la calle a sabiendas de que puede morir, lo que a fin de cuentas ocurre, se trataría de un supuesto de ingerencia al haberse creado un riesgo (atropellar imprudentemente) y haberse omitido (dolosamente) la obligación de evitar el resultado al no prestarle ayuda. Este planteamiento, sin embargo, no me parece convincente. Es más, entiendo que aquí no hay homicidio en comisión por omisión porque el comportamiento omisivo del chofer se da cuando el riesgo era ya típico, tanto así que existen ya lesiones imprudentes. De manera que si el riesgo es ya típico, no puede haber una obligación de evitar que este se convierta en prohibido, pues ya lo es. La explicación detallada del razonamiento que he seguido es la siguiente: (i) el comportamiento activo de atropellar al peatón es el que crea el riesgo típico y del cual se derivan las lesiones imprudentes. Es decir, por lo pronto, el chofer es responsable del delito de lesiones culposas cometido activamente; (ii) el abandonar y no prestar ayuda al peatón que se ha herido, insisto, no puede ser visto como comisión por omisión, desde que la omisión de abandonar al herido y no socorrerlo no es el comportamiento que crea el riesgo típico (este ya existe). De hecho, este comportamiento omisivo configura el delito (de omisión pura) del artículo 126 CP ("el que omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud o..."). El análisis revela que hasta este momento, y según la interpretación del artículo 13 CP propuesta, el chofer responde por lesiones culposas y por abandono de persona del artículo 126 CP. (iii) La muerte del peatón se imputa al chofer a título de "no evitación del resultado por el garante", ya que este es garante por ingerencia (artículo 13.1 CP) y el resultado muerte del peatón, al sin llegar a ser valorativamente idéntico a la realización activa del delito de homicidio (otra vez: porque el comportamiento omisivo no ha creado el riesgo típico de muerte), se corresponde con él (artículo 13.2 CP).

En este caso no se reprime la producción de un resultado muerte del peatón a consecuencia de haber creado un riesgo típico mediante un comportamiento omisivo (insisto, eso sería comisión por omisión), sino por no evitar el resultado a pesar de ser garante de su evitación. La diferencia entre una "comisión por omisión" (por ejemplo del delito de homicidio) y una "no evitación del resultado por el garante" (por ejemplo del delito de homicidio) es que el resultado será imputado, en el primer caso, cuando sea consecuencia de la creación del riesgo típico generado por el comportamiento omisivo, mientras que en el segundo caso cuando el resultado sea consecuencia de un riesgo típico ya existente. La (des)valoración que el Derecho Penal haga de ambos supuestos no puede ser la misma. Dicho con otras palabras, la comisión por omisión, por el simple hecho de haber creado un riesgo típico que se realiza en el resultado, es más grave, y como tal merece una pena superior, que una "no evitación del resultado".

La solución que se propone sería entonces: no hay delito de homicidio en comisión por omisión. Hay, empero, concurso ideal entre lesiones imprudentes (activas) del artículo 124 CP, omisión de socorro del artículo 126 CP y

homicidio en la modalidad de no evitación del resultado por el garante (artículos 13 y 106 CP).

D. Todo esto es perfectamente compatible con el tenor literal del artículo 13 GP. Pues si entre la comisión por omisión y la realización activa del mismo delito de resultado hay plena identidad valorativa, y si la comisión por omisión de un determinado delito es más grave (al merecer una desvaloración mayor) que la no evitación del resultado por el garante, luego, la no evitación del resultado por el garante será siempre, por aquello de $A = S$, $A > G$, luego $G < S$, menos grave que la realización activa de un delito de resultado. Por lo mismo, entre ellos no puede haber una relación de identidad, sino una de correspondencia. La no evitación del resultado (por ejemplo muerte) por el garante, se corresponde, pero no llega a ser idéntica, con la realización del delito de homicidio mediante un comportamiento activo.

E. Se podría objetar a esta postura que la voluntad del legislador, al redactar el artículo 13 GP, no pensó en esta tercera categoría de delito omisivo. Y, en efecto, es así. Pero ello no significa que la letra de la ley no dé cabida a la propuesta aquí formulada. Por otro lado, no se me escapa que si comisión por omisión y realización activa de un delito de resultado son valorativa y estructuralmente idénticas, y que la omisión pura es tanto como un delito comisivo de mera actividad (en ellos se sanciona solo por la realización o no realización de una conducta, independientemente del resultado), las hipótesis de no evitación del resultado no tendrían un paralelo en el mundo de los delitos comisivos. Esto es verdad, y además puede resultar no coherente desde un punto de vista político-criminal, pero lo cierto es que el artículo 13 GP se refiere únicamente a los delitos omisivos, y no existe una cláusula que otorgue tipicidad a una tercera clase de comportamientos activos.

VIII. Autoría y participación en comisión por omisión

1. Introducción

A. En un delito omisivo son posibles todas las formas de intervención activa⁽⁴⁷⁾, incluso la instigación⁽⁴⁸⁾, pues el acto de participación (no el comportamiento principal que constituye autoría) es uno activo, siendo irrelevante que el autor cometa un delito de resultado en comisión por omisión o mediante un comportamiento activo.

B. La calificación jurídica de quien colabora con un comportamiento omisivo en el hecho de un tercero es discutida en doctrina. Se argumenta, en primer lugar, que el omitente responde siempre como autor, pues si se entiende que la comisión por omisión es un delito de infracción de un deber⁽⁴⁹⁾, quien detenta el deber

(47) Con referencias bibliográficas, CRAMER y HEINE. Op. Cit. previo a §§ 25 n.m. 99.

(48) Con múltiples referencias, SEELMANN. Op. Cit. § 13 n.m. 90.

(49) ROXIN, Claus. "Taterschaft und Tatherrschaft". 7 Aufl. Berlín, 2000. Págs. 459 sgtes.

y lo infringe responde siempre como autor⁵⁰). Las excepciones vienen dadas cuando el propio tipo penal contiene un elemento objetivo especial de autoría, uno subjetivo (ánimo de lucro, por ejemplo), o cuando el delito es de propia mano⁵¹) y cuando el hecho no impedido por el omitente es ya una participación⁵²). La segunda posibilidad es entender que el omitente responde como partícipe⁵³). Según una aplicación rigurosa de la teoría del dominio del hecho, solo se puede dominar fácticamente el hecho mediante un comportamiento activo, pues el omitente tiene únicamente un dominio potencial del hecho. La excepción se da cuando quien comete activamente el delito deja de tener el dominio fáctico del hecho, pasando a detentarlo ahora el omitente⁵⁴). No obstante, esto distingue sin razón supuestos en donde la única diferencia es que el curso causal es creado por una persona o por la naturaleza⁵⁵), y no se entienda por qué, por ejemplo, el terrorista domina más el hecho que quien desde su ventana le observa, si ambos realizan la misma conducta de esperar⁵⁶). En tercer lugar, se propone que el omitente responde como autor⁵⁷) si la posición de garante que detenta consiste en proteger un determinado bien jurídico, con independencia del origen causal de la lesión que sufre el bien jurídico; mientras que si la posición de garante es una que obliga a cuidar o vigilar una fuente de peligro, la responsabilidad del omitente sería la del partícipe, sin tener en cuenta si la fuente de peligro es una persona o consiste en el empleo de una cosa⁵⁸). Excepciones: cuando concurren las condiciones de la autoría mediata y cuando el sujeto a quien se debe vigilar es un no culpable (por ejemplo, enfermos mentales)⁵⁹). Esta tercera propuesta parece ser la más acertada, pero, como se dijo, en muchos casos no queda claro si se está ante una u otra forma de posición de garante.

2. Toma de postura: La aplicación de la reglas de los delitos que pueden cometerse por comisión o por omisión al campo de la participación

A. Los principios que rigen la participación omisiva son exactamente los mismo

(50) Op. Cil. Págs. 462 y sgte.; STRATENWERTH. Op. Cil. § 14 n.m. 20 y sgte.

(51) ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 479 y sgte.; RUDOLPHI. Op. Cil. previo al § 13 n.m. 41; STRATENWERTH. Op. Cil. § 14 n.m. 21.

(52) RUDOLPHI. Op. Cil. § previo al 13 n.m. 42; BLEI. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 18 Aufl. München, 1983. Págs. 318 y sgte.

(53) JESCHECK y WEIGEND. Op. Cil. § 64 IV 5; JESCHECK. Op. Cil. § 13 n.m. 57; BOCKELMANN y VOLK. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 4ª edición. München, 1987. Pág. 207; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 2. 7ª edición. Traducción de Bofill Genzsch. Buenos Aires, 1995. § 50 n.m. 72.

(54) JESCHECK. Op. Cil. § 13 n.m. 57.

(55) En esta línea KAUFMANN, Armin. Op. Cil. Pág. 227.

(56) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. Cil. Pág. 257.

(57) CRAMER y HEINE. Op. Cil. previo a §§ 25 n.m. 104; HERZBERG. "Täterschaft und Teilnahme". München, 1977. Págs. 82 y sgte.; KÜHL. Op. Cil. Pág. 757; GROPP. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Heidelberg. § 21 n.m. 22.

(58) CRAMER y HEINE. Op. Cil. previo a §§ 25 n.m. 106 y 108.

(59) Op. Cil. previo a §§ 25 n.m. 106.

que rigen la participación activa, pues, como ya se dijo, la realización de un delito de resultado mediante un hacer es idéntica a la realización del mismo delito mediante un comportamiento omisivo. De esto se deduce que no debe haber razón alguna que, en principio, diferencie a la intervención activa de la omisiva.

Sin embargo, esto no quiere decir que en aquellos delitos cuya ejecución es eminentemente activa, es decir, aquellos como la violación de la libertad sexual o como el robo, no quepa participación omisiva. El que en estos casos solo vayan a responder como autores quienes realizan activamente la conducta típica (practicar el acto sexual mediante violencia o amenaza, o apoderarse mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno) es algo que viene ya condicionado por la propia redacción del tipo, en la medida en que se trata de delitos en los que la conducta de autoría no puede ser realizada mediante un comportamiento omisivo. Pero esto en modo alguno conlleva a que la participación tenga que llevarse a cabo, siempre, mediante un comportamiento activo. Ejemplo: la madre que nada hace mientras su esposo viola sexualmente a su hija no puede responder como autora del delito de violación de la libertad sexual, sino como cómplice (por omisión) de este delito, pues no es posible tener relaciones sexuales mediante comportamientos omisivos.

B. Si entre los tipos de lo injusto omisivo y comisivo existe una identidad normativa que se proyecta sobre la realización de los tipos de la Parte Especial, y si los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, luego, toda omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa del delito tendría que ser una omisión de autor⁶⁰). Son pues los preceptos que regulan la participación criminal (artículos 24 CP ss.) los que tienen que dar la respuesta a la participación omisiva, de la misma manera en que la dan para la participación activa. Así, cuando el deber que voluntariamente asume el sujeto no se refiera al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyan a que este se realice, se tratará de participación omisiva⁽⁶¹⁾.

C. Cómplice primario por omisión es quien dolosamente presta auxilio mediante un comportamiento omisivo para la realización del hecho punible sin el cual no se hubiere perpetrado (artículo 25 CP primer párrafo), y cómplice secundario o accesorio quien a través de un comportamiento omisivo doloso hubiera prestado asistencia a la perpetración del hecho punible de cualquier otro modo. Con esto, todos los problemas que pueda suscitar la intervención omisiva se limitan a diferenciar si el comportamiento omisivo se corresponde a uno de autoría, de complicidad primaria o de complicidad accesorio.

(60) SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. "Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención.

El ejemplo del funcionario penitenciario". En: Cuadernos de Política Criminal 38. 1989. Pág. 388.

(61) SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marra. Op. Cil. Págs. 389 y sgte.; NÚÑEZ CASTAÑO, Marra Elena. "Responsabilidad penal en la empresa". Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 204.

Y esto no es poco, pero tampoco es más que los problemas que ya existen para diferenciar si un comportamiento activo es autoría o participación, y si es participación, si es principal o accesoria.

Para decirlo con otras palabras: la intervención omisiva en hecho ajeno adolece de las mismas dificultades de las que padece la intervención activa en hecho ajeno. y la participación es, tal vez, el tema más espinoso y sobre el que menos consenso existe en material penal. Lo trascendental, entonces, es determinar el peso del aporte, con independencia de que este haya sido manifestado de manera activa u omisiva. Así, por ejemplo, si quien facilita el arma con la cual el homicida consuma el delito responde como cómplice, lo tendrá que hacer también el almacenero que dolosamente no impide que el asesino tome la pistola y cometa el delito.

D. No es posible la instigación omisiva, pues el artículo 24 CP señala explícitamente que la instigación es el comportamiento doloso en virtud del cual se determina a otro a cometer un hecho punible(62). Esto quiere decir que si el partícipe omite evitar que el autor no lleve a cabo la idea de delinquir -lo cual presupone' que el autor se encuentra ya decidido o convencido a realizar el delito- podrá haber participación omisiva pero no a título de instigación. Además, la naturaleza de las cosas obliga a descartar la instigación omisiva. Igual que no todos los delitos pueden ser realizados en autoría mediata (violación de la libertad sexual de persona puesta en imposibilidad de resistir del artículo 171 CP), en coautoría (bigamia del artículo 139 CP, auto aborto del artículo 114 CP cuando es la propia mujer la que causa se aborto), o igual como no todos los delitos de resultado se pueden perpetrar en comisión por omisión (por ejemplo, bigamia), de la misma manera hay una modalidad de participación que no puede ser realizada mediante comportamientos omisivos. Los supuestos que aquel sector de la doctrina que asume la instigación por omisión son, desde mi punto de vista, hipótesis de complicidad omisiva.

DOCTRINA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Artículo 11". En: Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Conde-Pumpido Ferreiro (director). Tomo 1. Madrid, 1997. BLEI. "Strafrecht.

Allgemeiner Teil". 18 Aufl. München, 1983. BOCKELMANN NOLK. "Strafrecht.

(62) Estas son las razones que se esgrimen con normalidad para descartar la inducción omisiva, SEELMANN. Op. Cit. § 13 n.m 91. De otra opinión, SCHMIDHAUSER. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Tübingen, 1984. 13/ 10 Y sgte.; JAKOBS. Op. Cit. 29/27. Próximo VOGEL. "Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten".

Berlín, 1993. Págs. 288 y sgte., para quien el comportamiento que constituye instigación en omisión debe, además, tener valor declarativo o explicativo de la situación (Erklärungswert).

Allgemeiner Teil". 4ª edición. München, 1987. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Tomo 2. 21ª edición. RAE. 1992. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "La omisión impropia en la dogmática alemana". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

1997. GRACIA MARTÍN, Luis. "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)". En: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y Criminología. UNED. Madrid, 2001. GROPP. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Heidelberg. HERZBERG. "Taterschaft und Teilnahme". München, 1977. HUERTA TOCILDO, Susana. "Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995". Valencia, 1997. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans-Heinrich. Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Jescheck / RuB / Willms (Hrsg.). Erster Band. 10 Aufl. Berlín, 1985. JESCHECK I WEIGEND.

"Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil". 5 Aufl. Berlín, 1996. KAUFMANN, Armin.

"Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Gottingen, 1959. KOHLER. "Strafrecht.

Allgemeiner Teil". Heidelberg, 1997. KÜHL. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 4 Aufl.

München, 2002. LACKNER/KÜHL. "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen". 23 Aufl.

München, 1999. MAURACH/GOSSELIZIPF. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11.

7ª edición. Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires, 1995. MAZUELOS COELLO, Julio. "Control social y dogmática penal". Lima, 1995. MEINI MÉNDEZ, Iván.

"La comisión por omisión: una interpretación alternativa del artículo 13 CP". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal. Hurtado Pozo (director) I Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 5ª edición. Reppertor. Barcelona, 1998.

NÚÑEZ CASTAÑO. "Responsabilidad penal en la empresa". Valencia, 2000. ROXIN, Claus. "Unterlassung. Vorsatz und Fahrlässigkeit. Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch". En: Juristische Schulung. 1973. ROXIN, Claus. "Strafrecht.

Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre". Band 1. 3 Aufl.

München, 1997. ROXIN, Claus. "Taterschaft und Tatherrschaft". 7 Aufl. Berlín, 2000.

RUDOLPHI/HORN/GÜNTHERISAMSON. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band „. Allgemeiner Teil. 7 Aufl. 2000. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZTRELLES. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1995. SCHMIDHAUSER.

"Strafrecht. Allgemeiner Teil". 2 Aufl. Tübingen, 1984. SCHONKE/SCHRODER. "Strafgesetzbuch Kommentar". 26 Aufl. Puesta al día por Cramer/Heine/Eserl Lencknerl Stree. München, 2001. SCHÜNEMANN. "Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte". Gottingen, 1971. SCHÜNEMANN. "Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für

Unterlassungen". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96. 1984. SEELMANN et al. Nomas Kommentar zum Strafgesetzbuch. Neumann/Puppe/Schild (Gesamtredaktion). Band 1. Baden-Baden, 1995. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario". En: Cuadernos de Política Criminal 38. 1989. STRATENWERTH, Günther. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat". 4 Aufl. Berlín, 2000. TRONDLE/FISCHER. "Strafgesetzbuch und Nebengesetze". 51 Aufl. München, 2003. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. VOGEL. "Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten". Berlín, 1993. WESSELS/BEULKE. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau". 32 Aufl. Heidelberg, 2002.

JURISPRUDENCIA

"La modalidad delictiva genérica de omisión impropia solo se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendido como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro, por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostente dicho deber. El acusado no tenía a su cargo el deber jurídico de evitar la lesión del bien jurídico vulnerado o de proteger a la víctima frente al ataque antijurídico de terceros".

(Ejecutoria Suprema 18/06/98. Exp. 1384-98. Arequipa).

"Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico, no estando todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes descritos por un tipo penal, es por eso que la doctrina reconoce la existencia de los delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión; respecto de los cuales el Código Penal en su artículo 13 establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, siendo preciso para ello constatar no solo la causalidad de la omisión sino también la existencia de un deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico, vale decir de un deber de garante".

(Ejecutoria Suprema 25/08/99. Exp. 2528-99. Lima).

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 78).

"Respecto a la posición de garante, exigida en los delitos de comisión por omisión, se entiende que quien configura establemente una organización está en todo caso obligado a eliminar el peligro de ella derivado. El fundamento

normativo de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses, donde dicha ponderación pretende responder a la pregunta acerca de quién es especialmente competente, de acuerdo con los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas para evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos de terceros. En consecuencia, atribuir responsabilidad por omisión al representante de una determinada empresa por todos los hechos cometidos por sus delegados sería negar el principio de confianza que impera en todas las relaciones contractuales de subordinación y coordinación".

(Resolución Superior 13/05198. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8380-97).

"La desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso de omisión, el cual tiene tres requisitos que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo; b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación; y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago a un extrabajador, en cumplimiento de un pacto celebrado ante el juzgado laboral, al no tener la posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad".

(Exp. 1394-98. Lambayeque. Caro Corla, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 141).

ERROR DE TIPO - ERROR DE PROHIBICIÓN

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 201,203,209 C.J.M. arto 6 C.P. arts.II, VII, 11, 12, 15

Comentario

Carlos Ávalos Rodríguez

I. Generalidades

1. El artículo 14 CP regula el tratamiento del error en la legislación penal peruana, estableciendo como causas de atenuación o exclusión de responsabilidad criminal las categorías denominadas en la doctrina como error de tipo (párrafo primero) y error de prohibición (párrafo segundo).

Manifiesta REAÑO PESCHEIRA que: "El CP no se refiere expresamente al error sobre la ilicitud del hecho como 'error de prohibición', pese a que en la Exposición de Motivos se alude al error de tipo y al 'error de prohibición' como términos sustitutivos de las expresiones 'error de hecho' y 'error de Derecho' contenidas en el CP derogado", pero lo cierto es que el texto punitivo de 1991 tampoco se refiere expresamente al error sobre un elemento del tipo o respecto de una circunstancia que agrave la pena como "error de tipo".

El párrafo primero del artículo materia de comentario confiere absolutos efectos excluyentes de responsabilidad criminal al error invencible que recae sobre cualquier elemento configurador del tipo penal objetivo. Por el contrario, en caso de error vencible sobre algún elemento conformante del tipo objetivo únicamente se excluye la posibilidad de imputar responsabilidad dolosa, pero se mantiene latente la posibilidad de atribuir responsabilidad culposa, lo cual podrá darse en caso que -de conformidad con el sistema *numerus clausus* adoptado por el texto de 1991- la conducta desplegada por el autor se adecue a alguno de los específicos tipos culposos previstos en nuestra legislación penal. Por su parte, tanto el error invencible como vencible que recae sobre alguna circunstancia que genera el aumento de la sanción inicialmente prevista para el tipo básico de un delito, hacen que el autor responda únicamente de conformidad con la sanción originaria.

De otro lado, el párrafo segundo del artículo 14 CP confiere absolutos efectos excluyentes de responsabilidad criminal al error invencible que recae sobre el carácter de ilícito del hecho constitutivo de la infracción penal, otorgando

únicamente efectos atenuantes de la sanción (a apreciarse en sede de la determinación judicial de la pena) cuando se trate de un error vencible.

Los casos que se tratan contemporáneamente bajo las denominaciones de "error de tipo" y de "error de prohibición" no son los únicos en los que se pueden presentar "errores" trascendentes para la imputación criminal.

De común, cuando se encarga del error en Derecho Penal, la doctrina se ocupa solo de los errores de tipo y de prohibición, de errores en los que existe falta de representación de elementos -como la tipicidad objetiva y la antijuridicidad- que fundan la delictuosidad del hecho, pero lo cierto es que en Derecho Penal también se pueden presentar errores trascendentes no abarcados por las categorías en mención, como ocurre, por ejemplo, cuando el sujeto desconoce que está actuando en el contexto objetivo de una causal de justificación, lo cual importa la falta de representación de un elemento que habría generado la no imputación jurídicopenal del hecho realizado, error que dará lugar a un tratamiento distinto al que el Derecho Penal hubiese otorgado al hecho en caso de no concurrir dicha representación defectuosa.

2. La fórmula que emplea el texto punitivo de 1991 resulta novedosa para nuestro ordenamiento jurídico-penal en tanto deja de lado, sin lugar a dudas, la tradicional distinción que según la doctrina patria de la época consagraba el Código Maúrtua entre error de hecho (error faet/) y error de derecho (error iuris).

El Código Penal de 1924 prescribía en su artículo 87, que:

"En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el Juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión".

La consagración de la dicotomía "error de hecho - error de Derecho" en el Código de Maúrtua fue materia de duras críticas. De inicio se puede mencionar la objeción dogmática general respecto de la falta de claridad en la distinción entre error facti y error iuris, puesto que, por ejemplo, el error iuris puede ser un error sobre el hecho de la vigencia o sanción de una ley; así como aquella objeción que dice de la falta de una adecuada correspondencia de cada uno de dichos errores con una determinada categoría en que se encuentra estructurada la teoría del delito, de tal modo que, por ejemplo, en tanto se reconoce la posibilidad de que el tipo objetivo contenga elementos normativos con significado jurídico, el error que habría de recaer sobre dichos elementos debería calificarse como un error iuris al igual que el error que se presentase respecto de la prohibición (que hace el Derecho nacional) del comportamiento en que se ha incurrido (esto es, del mismo modo que el error que se presentase respecto de la antijuridicidad de la conducta). Pero, entre las de mayor relevancia, es menester señalar la que se refiere a la escasa claridad en

la redacción legal del artículo 87, que no permitía llegar a conclusiones mínimamente seguras respecto del tratamiento que se debería otorgar al error en el Derecho Penal peruano; lo que, por ejemplo, explicaba que PEÑA CABRERA criticase que el dispositivo en mención no aceptaba la exclusión de la responsabilidad penal en caso de error, sino que únicamente hacía posible la atenuación, no obstante que la concurrencia de este defecto de conocimiento - en el marco de la sistemática causalista imperante en dicho momento debería generar la falta de dolo.

En un estudio reciente MANSO PORTO ha mantenido que en el artículo 87 del Código derogado se "contenía una regla con una estructura interesante y de carácter flexible. Lamentablemente su redacción se prestó a ciertas interpretaciones nada satisfactorias con respecto a qué errores debían tener consecuencias jurídicas y también cuáles debían ser esas consecuencias. Sin embargo, es posible que las críticas tuviesen su origen en una interpretación literal pero, sobre todo, aislada del precepto, que no atendió suficientemente a su vinculación sistemática con otros preceptos", para páginas después -luego de proponer un interesante desarrollo dogmático para dicho artículo- señalar que, no obstante lo dicho, las confusiones que generaba su redacción en cuanto a los errores que resultaban penalmente relevantes hacían que no se trate de un buen precepto.

Incluso, los problemas propios del ordenamiento jurídico patrio no solo se presentaban de cara a la interpretación de la cláusula contenida en el artículo 87, sino también en la consagración parcial en su último párrafo del error iuris non excusat (cuando se establece que: "La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión").

Que no se trata de un mero cambio de etiquetas, sino que, tanto por razón de sus presupuestos como por razón de sus consecuencias, la regulación del artículo 14 del texto punitivo de 1991 representa la asunción de una concepción distinta respecto del tratamiento del error en el Código Penal de 1924, queda en evidencia cuando se repara en que en el Código vigente la distinción no se hace en razón de si se trata de un error que incide sobre un aspecto fáctico o sobre un aspecto jurídico, sino en razón de si el error ha recaído sobre el conocimiento de los elementos (que pueden ser fácticos o jurídicos) que conforman la faz objetiva de la conducta prohibida por la norma o ha recaído sobre elementos (que también pueden ser fácticos o jurídicos) que determinan la posibilidad de conocer la contrariedad con el Derecho del comportamiento desplegado. En lo que a las consecuencias del error respecta debe anotarse como la diferencia más saltante el que para nuestro actual artículo 14 CP queda claro que el error invencible -sea que se trate de un error de tipo o de un error de prohibición- siempre habrá de generar la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal al agente, cosa que no aparecía claro en la redacción del tantas veces mencionado artículo 87, amén de no receptar el texto punitivo de inicios de los noventa -ni siquiera parcialmente- el error iuris non excusat.

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 establece que: "Notable innovación es la que se refiere al tratamiento prelegislativo del error (artículo 14

CP). Tradicionalmente se ha utilizado los términos de error de hecho y error de derecho. Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y error de prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad".

De otro lado, se debe señalar que si bien la distinción entre error de tipo y error de prohibición encuentra aceptación claramente mayoritaria en la doctrina como la más adecuada para tratar los problemas de conocimiento defectuoso de las categorías que fundamentan la responsabilidad penal, en la doctrina alemana no faltan algunos autores que debido a los problemas que presenta el conocimiento de los elementos normativos del tipo propugnan el retorno a la antigua doctrina del Reichsgericht, de distinción entre "error de hecho" y "error de Derecho extrapenal" como excluyentes del dolo y "error de Derecho Penal" como generador, por regla general, de un error de subsunción irrelevante, un error que no afecta el conocimiento necesario para afirmar la concurrencia de dolo.

3. No obstante, que en las dos categorías que consagra este artículo se parte de reconocerle relevancia al error en Derecho Penal, el análisis para determinar su concurrencia o no de cara a la exclusión o atenuación de la responsabilidad criminal corresponde a dos estratos distintos de aquellos en los que de común la dogmática jurídico-penal estructura la teoría de la imputación.

El error de tipo, en tanto error que afecta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, que es necesario para que exista dolo, encuentra su ubicación sistemática a nivel del estrato conocido como tipicidad, puesto que su concurrencia, ya sea en su forma vencible o en su forma invencible, impide afirmar la tipicidad subjetiva dolosa del hecho materia de enjuiciamiento.

Por su parte, el error de prohibición que reside sobre el conocimiento de la ilicitud del comportamiento desplegado encuentra su ubicación sistemática en el estrato conocido como culpabilidad, puesto que su concurrencia, sea que se trate de un error invencible o vencible, va a repercutir sobre la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento necesaria para fundar el juicio de culpabilidad.

Esta dicotomía es consecuencia de decantarse por la que se conoce como teoría de la culpabilidad, en la cual el dolo no requiere del conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento realizado por contra a lo que ocurre en la que se denomina teoría del dolo en la que, para para afirmar la existencia del dolo no basta el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (por eso se afirma que se trata de un "dolo neutro" o "dolo avalorado"), sino que además se requiere el conocimiento de la contrariedad con el ordenamiento jurídico de la conducta en que se ha incurrido, es decir, se requiere el conocimiento de la

ilicitud de la acción desplegada, de allí que en estos casos se hable de un "dolo malo".

En función de lo que debe ser objeto de conocimiento, puede impedir la afirmación de la tipicidad o de la culpabilidad, pero "jamás puede eliminar la antijuridicidad del hecho; el juicio de desvalor del ordenamiento jurídico global acerca del hecho no puede ser dejado sin efecto ni siquiera por el error más claro y disculpable" (MAURACH/ZIPF).

4. En la redacción legal del artículo 14 se emplea el término "error", siendo también este término el utilizado en la denominación doctrinal y jurisprudencial de la materia de nuestro estudio.

Para evitar posibles confusiones, debe precisarse que en Derecho Penal el significado del término "error" es parcialmente distinto al que de común se le otorga en la teoría del conocimiento. En esta última disciplina el error indica una representación falsa de la realidad, pero en Derecho Penal de común se incluye en su contenido supuestos en los que en sentido estricto no solo existe un error sino también una mera falta de representación de la realidad, esto es, supuestos que en la teoría del conocimiento se engloban bajo el epígrafe de la ignorancia. De ahí que en la doctrina penal se pueda encontrar que existe "error" en los casos de ignorancia, equivocación, desinformación o creencia errónea.

De esta manera, las causas de exclusión o atenuación de responsabilidad penal contenidas en el artículo 14 no solo surten efectos cuando el sujeto tenía una representación incorrecta de la realidad (de cara al tipo o a la ilicitud de su acto) sino incluso cuando ni siquiera había tenido representación alguna.

En la doctrina nacional, ÁNGELES y FRISANCHO han criticado la identificación que para efectos del Derecho Penal se hace entre error e ignorancia, pero no otorgan razones en favor de su postura crítica a dicha equiparación.

II. Error de tipo

1. La doctrina ha denominado error de tipo al error o falta de representación que recae sobre algún elemento configurador del tipo penal objetivo (v. gr. en el artículo 185 de nuestro CP el tipo penal objetivo del delito de hurto se configura con los elementos: el que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra; en el artículo 106, el tipo penal objetivo del delito de homicidio se configura con los elementos:

el que mata a otro; en el artículo 173, el tipo penal objetivo de la violación sexual de menor se configura con los elementos: el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad).

En el error de tipo el agente obra cumplimentando los elementos objetivos de un determinado tipo penal, pero sin conocer el sentido social del comportamiento que está realizando (por ejemplo, en el caso del hurto el sujeto puede tener una representación incorrecta sobre la ajenidad del bien que

sustraer del lugar donde se encuentra, puede pensar que es de su propiedad; en el caso del homicidio el sujeto puede creer que dispara sobre un animal cuando en realidad lo hace sobre una persona, dándole muerte; en el caso de la violación sexual de menor puede pensar que la persona con la que se tiene acceso carnal tiene más de catorce años de edad).

El error de tipo hace que el sujeto desconozca el significado social del comportamiento que está desarrollando, por lo que su concurrencia elimina la posibilidad de afirmar la presencia del dolo.

Lo dicho queda reflejado en el precepto materia de comentario, pues de acuerdo a la redacción del artículo 14 CP, sin importar que se trate de un error vencible o invencible, en cualquier caso la concurrencia de un error de tipo elimina la posibilidad de afirmar la presencia del dolo.

La doctrina es unánime en expresar que no puede existir dolo si el sujeto no conoce qué tipo de comportamiento está realizando, no importando para ello el concepto de dolo que se asuma.

En la doctrina nacional es criterio mayoritario -en la jurisprudencia podría asumirse como criterio unánime- la conceptualización del dolo sobre la base del conocimiento y la voluntad, como, por ejemplo, lo hace VILLAVICENCIO TERREROS cuando señala que: "El dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. El dolo precisa de dos momentos: cognoscitivo y volitivo (...) El dolo no solo es conocimiento sino también voluntad de realización de los elementos que integran el tipo objetivo". Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina penal comparada ha reavivado la discusión respecto de si el dolo debe estructurarse únicamente sobre el conocimiento que pueda tener el sujeto (teoría cognitiva del dolo) o si además es necesario añadir el querer (teoría volitiva o mixta del dolo). No es este el lugar para explicitar los argumentos del porqué, pero debe dejarse sentado que existen importantes razones para optar por la primera de las teorías nombradas.

2. El error de tipo únicamente abarca el conocimiento defectuoso de los elementos que conforman la parte objetiva de la descripción de la conducta prohibida por la norma penal, quedando fuera de su campo de acción los errores que recaen sobre la ilicitud de la conducta realizada por el sujeto, supuestos que forman parte de la categoría que se conoce como error de prohibición.

En la doctrina se acostumbra señalar que actúa en error de tipo quien no conoce, esto es, quien no es consciente de lo que hace; y, en cambio, actúa en error de prohibición, quien sí conoce, sí es consciente de lo que hace pero no sabe que su comportamiento se encuentra prohibido.

En este sentido, por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor constituye error de tipo el que recae sobre la edad de la víctima, cuando el agente se representó una edad superior a los catorce años de edad, pero no lo

constituye la creencia de que en caso de menores edad, del mismo modo que en el de los mayores, el Derecho Penal peruano únicamente prohíbe el acceso carnal cuando se consigue por medio de violencia o grave amenaza, supuesto en el que nos encontraremos frente a un error de prohibición. En el delito de bigamia (artículo 139, primer párrafo), incurre en error de tipo el poblador andino que contrae nuevo matrimonio, creyéndose divorciado (por haber suscrito un acta en tal sentido ante un juez de paz, conjuntamente con su cónyuge), pues desconoce su condición de casado; pero incurre en error de prohibición la mujer que conociendo su situación de casada está convencida de que no existe prohibición para casarse en nuestro país con el ciudadano de un país en el que se admite la poligamia.

Del mismo modo, quedan por fuera del contenido del error de tipo aquellos supuestos que importan error o falta de representación de las condiciones objetivas de punibilidad (como la necesidad de que el hecho haya causado algún perjuicio como condición para que se pueda reprimir el delito de publicación indebida de correspondencia epistolar o telegráfica no destinada a la publicidad previsto en el artículo 164 del CP), de las excusas absolutorias (como la cláusula contenida en el artículo 406 del CP, que establece que "están exentos de pena los que ejecuten cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 CP si sus relaciones

con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta") y de los condicionamientos para la perseguibilidad del hecho (como la no concurrencia de las causal es de extinción de la acción penal previstas en los artículos 78 y 79 del CP o la exigencia, por imperio de la Ley N° 26631, de que en los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal se tenga que requerir de las entidades sectoriales competentes opinión fundada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental como condición para la promoción de la acción penal), pues para que surtan efectos jurídicos no necesitan encontrarse abarcados por el conocimiento del sujeto, sin que tampoco encuentren relación alguna con los supuestos propios del error de prohibición, ya que tampoco afectan en lo más mínimo la antijuridicidad del comportamiento desarrollado.

En efecto, en ocasiones la ley hace depender la imposición de la pena de que se presenten (sin importar que sea durante el hecho o más tarde) algunas condiciones (no solo resultados, sino también otras circunstancias) objetivas externas al suceso típico, que no requieren ser abarcadas por el conocimiento del sujeto, las que se conocen como condiciones objetivas de punibilidad; así, por ejemplo, en el artículo 244 del CP: la necesidad de que la institución incurra en situación de insolvencia como consecuencia de la aprobación de créditos u otros financiamientos por encima de los límites legales en favor de personas vinculadas a accionistas de la propia institución. Estas condiciones objetivas constituyen presupuestos para la imposición de la pena, pues en caso de que no concurrieren resulta imposible imponer la sanción jurídico-criminal, no obstante la comisión del delito.

En otras ocasiones la ley prevé ciertas circunstancias cuya concurrencia en el supuesto global materia de enjuiciamiento impide la imposición de la pena, no

obstante la existencia de un delito, circunstancias que se conocen como excusas absolutorias. Estas circunstancias pueden presentarse o encontrarse en la realidad fáctica en el tiempo en que tiene lugar el hecho criminal o producirse con posterioridad a la consumación del delito. En el primer caso la doctrina habla de excusas absolutorias preexistentes a la comisión del delito, las que funcionan excluyendo de antemano la posibilidad de imponer una pena (así, por ejemplo, la cláusula contenida en el artículo 208 del CP que declara que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los parientes a que se refieren los tres numerales del artículo en mención). En el segundo caso, se habla de excusas absolutorias posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito, y funcionan suprimiendo la punibilidad del hecho criminal (así, por ejemplo, el pago por parte del agente del monto total del cheque dentro del tercer día hábil previsto para los delitos de libramiento indebido en el último párrafo del artículo 215 del CP).

Queda claro, entonces, que las condiciones objetivas de punibilidad tienen un carácter positivo, son requisito para la pena. Las excusas absolutorias, por su parte, tienen un carácter negativo, impiden la imposición de la pena.

3. El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo penal objetivo, esto es, puede recaer tanto sobre sus elementos descriptivos como sobre sus elementos normativos.

Partiendo del sector de la realidad al que se refieren, la doctrina acostumbra distinguir en el tipo penal objetivo entre elementos descriptivos y elementos normativos. En el caso de los primeros, en tanto se trata de elementos que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, la afirmación del dolo necesita de la simple percepción sensorial del elemento en cuestión (v.gr. el "otro" en el delito de homicidio, el "fuego" en el de asesinato, la concurrencia de "dos o más sujetos" en el delito de violación sexual agravada, etc.). En el caso de los segundos, la simple percepción sensorial no es suficiente, sino que, en tanto se trata de elementos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, para que el sujeto pueda tener la conciencia de lo que hace -imprescindible para afirmar su actuar doloso- se necesita la comprensión intelectual del elemento en cuestión (v.gr. la calidad de "funcionario o servidor público" en los delitos contra la administración pública, la condición de "casado" en los delitos de bigamia, el "bien" en los delitos contra el patrimonio, el "documento" en los delitos contra la fe pública, el "apropiarse" en los delitos contra el patrimonio, la "información privilegiada" en el delito de uso abusivo de información privilegiada del artículo 151-A CP, las "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" del delito de tráfico ilícito de drogas, etc.).

I Hay que darle la razón a MIR PUIG cuando señala que a menudo los elementos descriptivos deben precisarse con arreglo a criterios normativos; siendo así que, por ejemplo, en el elemento "matar" del delito de homicidio, la precisión del momento de la muerte (¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valorativa; lo mismo que ocurre respecto del concepto de "otro", cuya distinción respecto del feto no parece posible, en los casos límite, con arreglo a exclusivos criterios biológicos.

Pero, pasando por la advertencia de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, quienes señalan que "cuando la ley exige algo con palabras -y no puede menos que usar palabras- no es posible inventar algo diferente con solo cambiarle el nombre, so pretexto de juridizarlo o normativizarlo, sino que hay una realidad que debe respetarse", deben rechazarse planteamientos como los de PUPPE, quien partiendo de que todos los elementos contenidos en una norma penal requieren de una valoración para su comprensión, sostiene que todos los elementos del tipo tendrían la calidad de normativos.

En tanto los elementos normativos pueden encontrarse referidos a una realidad determinada por una norma jurídica o por una norma social, la doctrina los clasifica en elementos normativos jurídicos (v.gr. la "posesión" en el delito de despojo, la "minoría de edad" del rehén como circunstancia agravante del delito de extorsión, la "resolución" en el delito de prevaricato, la condición de "destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo" como elemento del delito de usurpación de funciones) y elementos normativos sociales (v.gr. el "acto análogo" en el delito de violación de la libertad sexual, el elemento "prostitución" en el delito de trata de personas del artículo 182 CP, los elementos "honor o reputación" en el delito de difamación).

Explica ROXIN que la comprensión intelectual que caracteriza al dolo típico en los elementos normativos jurídicos no requiere de una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto.

De esta manera, para afirmar la presencia de dolo respecto de los elementos normativos de naturaleza jurídica del tipo objetivo no se requiere poseer las especiales condiciones de apreciación que solo tendría una especialista o una persona versada en Derecho, sino que es suficiente la apreciación de los hechos que pudiera hacer un sujeto cualquiera de acuerdo a los conocimientos que le resulten propios al hombre medio. En este sentido, según la doctrina mayoritaria, respecto de los elementos normativos, bastará el conocimiento que se obtenga de las circunstancias del hecho fruto de una "valoración paralela en la esfera del profano", puesto que "el objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino las "circunstancias del hecho", es decir, los hechos externos junto con su significación social" (ROXIN).

Por lo dicho, el "error en la subsunción" no puede considerarse como error de tipo (generador de la exclusión de responsabilidad penal dolosa). Esto debido a que en el error de subsunción el sujeto comprende el significado social del hecho, por tanto, conoce lo que está haciendo, lo único que acontece es que incurre en una calificación jurídica incorrecta de dicho suceso; por ejemplo, en los delitos de prevaricato, cohecho, malversación, abuso de autoridad, entre otros, incurre en error de subsunción la persona que, conociendo que su cargo dentro de un determinado órgano del gobierno central le da la capacidad para tomar decisiones en nombre de la administración pública, considera que no tiene la calidad de funcionario público por no haber sido nombrado por concurso ni estar inmerso en la carrera administrativa; en este caso, el sujeto ha incurrido en un error sobre la definición del concepto jurídico de funcionario

público, pero dicho error no le genera un desconocimiento o falsa representación de las circunstancias que hacen socialmente reconocible que una persona ejerce función pública.

Se debe advertir que si bien el error de subsunción resulta irrelevante en sede de la tipicidad penal, en algunos casos podrá generar un error de prohibición, lo que ocurrirá en los supuestos en que -debido a la incorrecta subsunción en que se ha incurrido- el sujeto asume que su comportamiento no resulta contrario al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, un sector de la doctrina (como, por ejemplo, ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR) califica como no necesaria la categoría del "error de subsunción", manifestando, además, que se trata de una denominación contraproducente por equívoca, sin contar con que la subsunción, en principio, es tarea que compete a los jueces.

Debe dársele la razón a ROXIN cuando sostiene que hay sin embargo casos en los que el contenido de sentido social no puede ser entendido sin una determinada calificación jurídica, supuestos en los que la calificación jurídica acertada pertenece a la comprensión intelectual de la circunstancia del hecho de que se trate, razón por la cual se torna en requisito para la afirmación del dolo; lo que puede ocurrir, por ejemplo, en el tipo penal contenido en el artículo 316 del CP cuando se prescribe: "El que, públicamente, hace apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe", puesto que en la legislación penal contemporánea en no pocas oportunidades la calificación de un hecho como delito se hace no en atención a su mero grado de dañosidad social o antijuridicidad, sino que entran en consideración otros factores que hacen que incluso se otorgue la protección del Derecho Penal a conductas de mediana o escasa trascendencia social o que existan supuestos de hecho en los que a pesar de su trascendencia social no se considere necesario el recurso al poder punitivo estatal, por lo que para determinar si se ha incurrido en apología de un delito se tiene que hacer una calificación jurídica correcta, ya que de faltar esta no se podría afirmar que la persona ha accedido al contenido de sentido social de su comportamiento, razón por la cual el dolo se encontraría ausente.

4. El error que recae sobre un elemento que dice de la antijuridicidad de la conducta debe ser tratado como error de prohibición, sin importar para ello que dicha referencia a la antijuridicidad se haya realizado de manera expresa en la descripción legal del comportamiento penalmente prohibido; como ocurre, por ejemplo, en el artículo 377 CP, que prescribe: "El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo", o en el artículo 417 CP, que prescribe: "El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo".

La doctrina se ha ocupado principalmente de los "elementos de valoración global del hecho", es decir, de aquellos componentes de la configuración legal del comportamiento prohibido que sirven para describir el hecho y, además, incorporan en ellos el juicio de antijuridicidad como tal; lo que se puede apreciar, por ejemplo, en el artículo 303-A CP, que prescribe: "El que

ilícitamente y con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, ejecuta, promueve, favorece o facilita el ingreso o salida del país de terceras personas", o en el artículo 390 CP, cuando se prescribe: "El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente". En estos casos, como hemos señalado, no se puede aceptar que concorra un error de tipo, sino que nos encontramos ante a un error de prohibición, puesto que el error recae sobre la contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico.

La solución es diversa en los casos en que la apreciación errónea está referida a la concurrencia de las circunstancias que constituyen la base fáctica del elemento normativo de valoración global del hecho; lo que ocurrirá, por ejemplo, en el delito de detención ilegal previsto en el artículo 419 CP (que prescribe: "El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar") cuando el error recaiga sobre alguna de las circunstancias fácticas que hubiesen tornado legal el mandato de detención, dígase la lectura errónea de alguna acta de la investigación preliminar, que generó que el juzgador asumiera la existencia de prueba suficiente. En estos supuestos, toda vez que se trata de un error que impide que el sujeto pueda apreciar el significado social de su hecho, la representación incorrecta impide afirmar la concurrencia del dolo.

ROXIN se ha encargado de señalar que los criterios anteriormente establecidos no rigen en los supuestos de elementos de valoración global del hecho que no solo condicionan la antijuridicidad sino también la comprensión del propio significado social del suceso. En estos casos la representación incorrecta generará un error de tipo, pues el sujeto no se encontrará en capacidad de conocer el significado social de su conducta, circunstancia imprescindible para afirmar la concurrencia de un comportamiento doloso.

5. En el caso de que las leyes criminales en blanco (supuestos en los que el legislador remite a una norma extrapenal la complementación de la descripción legal de la conducta penalmente prohibida; por ejemplo, en el artículo 304 CP se prescribe: "El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos", del mismo modo que en el artículo 308 se prescribe: "El que caza, captura, recolecta extrae o comercializa especies de flora o fauna que están legalmente protegidas"), se debe distinguir entre el error que recae sobre los presupuestos fácticos de la norma complementaria y el error sobre la existencia y el contenido de dicha norma.

El error que recae sobre los presupuestos fácticos de la norma complementaria, en tanto condiciona la comprensión del significado social del hecho, debe tratarse como un error de tipo; lo que ocurre, por ejemplo, cuando en el supuesto contenido en el artículo 308 CP se mata una vicuña o un gallito de las rocas pensando que se trata de especies distintas a las que realmente son.

El error sobre la existencia o el contenido de la norma que complementa el sentido de la prohibición penal debe ser tratado como un error de prohibición, puesto que en dicho caso el sujeto sabe lo que está haciendo, únicamente desconoce que se trata de un suceso que se encuentra dentro de lo que el ordenamiento jurídico ha considerado como un hecho ilícito. De este modo, en el supuesto del artículo 308 CP, incurre en un error de prohibición quien conociendo la especie del animal que caza o captura ignora que se trata de una especie que ha sido considerada por el Estado peruano como protegida mediante una norma legal dictada con dicho propósito.

No obstante lo señalado, también para las leyes penales en blanco debe puntualizarse como criterio determinante el que el sujeto haya estado en capacidad de comprender el significado social del hecho, requisito indispensable para afirmar la presencia del dolo. En ese sentido, en caso de que el error que incide sobre el contenido de la norma extrapenal condicione la posibilidad de conocer lo que se está haciendo nos encontraremos ante un error de tipo. Esto ocurre, por ejemplo, en el literal a. del artículo 2 de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros) en el que se prohíbe penalmente "extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera", puesto que para poder apreciar que se está ante mercancías de la zona primaria necesariamente se tiene que recurrir al contenido de la Ley General de Aduanas o las leyes especiales que para el efecto se promulguen, en caso contrario no podrá asumirse que el sujeto conocía lo que estaba realizando.

6. En el marco general fijado, según el cual la presencia del error sobre al menos un elemento del tipo penal objetivo elimina la posibilidad de afirmar la concurrencia del dolo, debe señalarse que el artículo 14 establece consecuencias distintas dependiendo de si el elemento sobre el que recae la falta de representación correcta pertenece a un tipo penal básico o únicamente concurre para generar su agravación.

En caso de que el error recaiga sobre un elemento que conforma el tipo penal básico (supuestos en los que la doctrina habla de "error sobre elementos esenciales") su presencia elimina por completo la posibilidad de atribuir responsabilidad dolosa por dicho tipo legal; lo que ocurre, por ejemplo, cuando el error recae sobre alguno de los elementos de la descripción del delito de hurto previsto en el artículo 185 CP, como puede ser la ajenidad del bien materia de sustracción, o cuando recae sobre alguno de los de la descripción legal del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el primer párrafo del artículo 296, como puede ser la calidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de los bienes con los que el sujeto trafica.

En caso de que el error recaiga sobre un elemento que en la descripción legal de la conducta concurre para generar la agravación del tipo penal básico (supuestos en los que la doctrina habla de "error sobre elementos accidentales"), dicha falencia en la representación hará que no se pueda atribuir responsabilidad dolosa por el tipo penal agravado, pero subsistirá la

responsabilidad dolosa por el tipo legal básico. Puede mencionarse en calidad de ejemplos: el error sobre la calidad de casa habitada (en tanto el sujeto pensase que se trataba de un inmueble abandonado) del lugar en que se materializa el delito de hurto, supuesto en que no se podrá atribuir al agente la realización del tipo penal de hurto agravado (conforme a lo prescrito en el inciso 1 del artículo 186 CP), pero sí la realización del hurto simple previsto en el artículo 185 CP (en tanto el error únicamente haya afectado al elemento de agravación); del mismo modo, que el error que recae exclusivamente sobre la minoría de edad de las personas a las que se le vende drogas no elimina la atribución de responsabilidad penal dolosa por el tipo penal contenido en el artículo 296 CP, pero imposibilita la atribución de responsabilidad penal por el tipo agravado consagrado en el inciso 5 del artículo 297 CP.

No ha contemplado, sin embargo, nuestro Código Penal solución expresa para los supuestos en los que el error incide en un elemento objetivo de lo injusto que da lugar a un tipo atenuado de la conducta inicialmente prohibida; lo que ocurre, por ejemplo, cuando frente al tipo penal objetivo del homicidio piadoso el agente, desconociendo la calidad de enfermo incurable de la víctima, ha dado muerte a quien le solicitaba de manera expresa y consciente que acabe con su vida para poner fin a sus intolerables dolores. En estos casos el sujeto perfecciona el tipo penal objetivo atenuado, pero no conoce que se está comportando en dicho sentido social.

En España, la redacción del precepto legal en que se contempla el error de tipo (artículo 14 del CP español) tampoco ha previsto expresamente una solución para los casos del error que recae sobre los elementos objetivos de lo injusto generadores de la atenuación del tipo penal, lo que según la doctrina ibérica genera "problemas nada fáciles de resolver" (COBa y VIVES). En descargo, CUELLO CONTRERAS ha señalado que ello es así porque el principio de culpabilidad lo que pretende es garantizar que nadie sea castigado, en su caso con pena agravada, si desconoció los elementos que hacen punible su comportamiento, lo que, evidentemente, no alcanza, necesariamente, a aquellos elementos de los que depende que su comportamiento quede impune o experimente una atenuación;

afirmando que, en estos casos serán decisivas otras razones, de política criminal, por ejemplo el merecimiento o no del privilegio en función de la menor culpabilidad, lo que requiere, ciertamente, conocimiento de las circunstancias que atenúan la responsabilidad, pero no razones propiamente culpabilísticas; para concluir manifestando que aquí, por lo demás, el autor que ignora el privilegio podrá beneficiarse de él, pero no podrá decirse que el legislador infringe el principio de culpabilidad si se le hace responder conforme al tipo básico, pues, al fin y al cabo, el autor conoció sus elementos esenciales.

Para BACIGALUPO ZAPATER el agente debe responder por el tipo que establece la menor penalidad, toda vez que solo ha incurrido en el tipo objetivo del tipo atenuado y, por tanto, este debe ser el único fundamento de su responsabilidad, pero lo debe hacer en concurso ideal con la tentativa del delito básico, toda vez que quiso incurrir en este comportamiento pero no lo pudo consumir por razones que no son su propio y voluntario desistimiento. Para VIVES ANTÓN la vigencia del principio de culpabilidad impone, en términos

generales, que se haya de responder por el delito que se creía realizar, no por el que efectivamente, y, por error, se llevó a cabo. En el mismo sentido, para CEREZO MIR, de la concepción personal de lo injusto que inspira el código se deduce que el desconocimiento de las circunstancias atenuantes que supongan una menor gravedad de lo injusto impedirá la aplicación del tipo atenuado o privilegiado.

En Alemania, donde tampoco existe regulación expresa para el supuesto materia de análisis, JESCHECK ha sostenido que cuando el privilegio descansa sobre una disminución de lo injusto debe prevalecer la situación objetiva. Para JAKOBS, si el autor no conoce elementos típicos atenuantes, no obstante podrá ser condenado por consumación dolosa solo del tipo privilegiado si se trata de elementos del tipo de lo injusto, pues entonces falta precisamente un elemento objetivo para el tipo de lo injusto entero (no privilegiado), pero junto a ello se da la tentativa del tipo no privilegiado.

Para ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, se impone considerar las reglas sobre errores conforme a la idea funcional del dolo y no por efecto de un juego deductivo dependiente de la mera formulación legal de los tipos, por ello en cualquier caso de escalas penales alteradas en razón de mayor o menor contenido de injusto de una acción típica, el dolo como concepto destinado a eliminar la responsabilidad objetiva: en ningún caso puede alterar los límites señalados por la imputación objetiva y fundar una imputación subjetiva correspondiente a un injusto mayor (así, tanto en la falsa suposición de agravantes como en la ignorancia de atenuantes).

REAÑO PESCHEIRA sostiene en la doctrina patria que si partimos del principio de culpabilidad, propio de una concepción personal de lo injusto, en cuya virtud se exige congruencia entre tipicidad objetiva y representación del autor, se debe concluir en que no se puede apreciar aquella circunstancia atenuante - vinculada al injusto objetivo- que al momento de la realización del hecho no haya sido conocida por el autor. En favor de su posición esgrime su compatibilidad con el principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del CP que proscribe la responsabilidad objetiva en materia penal, agregando -en cita de COBO y VIVES- que la vigencia material del principio de culpabilidad "exige que el sujeto responda por el tipo que quería realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo", para finalizar citando a ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, cuando sostienen que en tanto concepto jurídico, el dolo se erige como límite del ejercicio del poder punitivo -excluyendo del ámbito penal toda forma de responsabilidad objetiva o *versari in re illicita*-, por lo que "no puede imputarse subjetivamente elementos objetivos que funden un mayor injusto cuando sean desconocidos por el agente". De esta manera, para el autor nacional mencionado, en el ejemplo del homicidio a petición con que graficamos el problema en análisis, al sujeto se le deberá atribuir la realización del tipo penal del homicidio simple.

En el supuesto utilizado para nuestro ejemplo, en que el error recae sobre uno de los elementos objetivos de lo injusto que dan lugar a un tipo atenuado de la conducta inicialmente prohibida se presenta la siguiente situación: el sujeto perfecciona el tipo penal objetivo atenuado, pero no conoce que se está

comportando en dicho sentido social, lo que el sujeto se representa es la realización del suceso contenido en el tipo penal básico, sin que haya razones para negar que el aspecto objetivo de dicho tipo penal básico es el que se ha producido en la realidad. El sujeto ha matado, por piedad, a un enfermo incurable que para poner fin a sus intolerables dolores se lo solicitó de manera expresa y consciente (por lo que se afirma la tipicidad objetiva de la figura atenuada) sin saber que la persona sobre la que re cayó su acción tenía la condición de enfermo incurable (por lo que se niega la tipicidad subjetiva de la figura atenuada); lo único que el sujeto se representó era que mataba al otro al que se refiere el tipo penal objetivo del homicidio simple (por lo que se afirma la tipicidad subjetiva de la figura básica) y, en efecto, mató a otro (por lo que se afirma la tipicidad objetiva de la figura básica).

Esta es la solución a la que se llega si se hace un análisis lógico del problema planteado, pero pareciera que, como lo anotan ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, considerada desde la perspectiva funcional del concepto de dolo, no resulta la solución correcta. En este sentido, en tanto partamos de la faz externa de la conducta realizada, respecto de la cual el dolo se encuentra destinado a impedir la atribución de una responsabilidad penal meramente objetiva, debería concluirse en que, debido a su condición de elemento complementario de la valoración de la gravedad del hecho que concurre en favor del ciudadano para impedir un ejercicio arbitrario del ius puniendi estatal, el dolo no podría estar en condiciones de fundar la atribución de un ilícito mayor al objetivamente producido (aunque nos parece que, por razones de política criminal y por la configuración de la tentativa en nuestro CP, el tratamiento debería ser distinto al sugerido por el grupo que encabeza el maestro argentino en los casos de los errores al revés -falsa suposición- que recaen en las circunstancias de agravación).

De esta manera, en contra de lo que parece sustentar REAÑO PESCHEIRA, la posición fijada también resulta compatible con el principio de necesidad de responsabilidad subjetiva o de prescripción de la responsabilidad meramente objetiva -denominado aun por muchos autores como principio de culpabilidad-, no presenta la menor contradicción con el artículo VII del TP del CP, pues este proscribía la responsabilidad meramente objetiva en materia penal, pero no necesariamente -como sostiene dicho autor nacional citando a COBO y VIVES- "exige que el sujeto responda por el tipo que quería realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo". Por otro lado, la cita de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, que en favor de su posición hace REAÑO PESCHEIRA, es incorrecta, puesto que en el error sobre la concurrencia de un elemento que genera la atenuación del tipo básico no se está ante un supuesto en que se pretenda imputar subjetivamente elementos objetivos que fundan un mayor injusto que son desconocidos por el agente (corrección que no se puede achacar a ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, pues estos incluso entre paréntesis aclaran que lo que dicen está referido a los supuestos de ignorancia de las agravantes o de falsa suposición de atenuantes).

Distintos a los casos tratados en este apartado son los supuestos que se conocen en la doctrina como de "error al revés", que ocurre cuando la incorrecta representación del sujeto hace que suponga una circunstancia (un elemento del tipo penal objetivo) de su actuación que en realidad no existe,

suceso que puede ocurrir tanto cuando el error en la representación hace que se tengan por presentes circunstancias que configuran el tipo básico del delito (v.gr. cuando por la oscuridad de la noche el agente piensa que está disparando sobre un humano cuando en realidad lo hace sobre un animal), como cuando el "error al revés" recaiga en circunstancias que generan su agravación (v.gr. cuando los sujetos del delito de hurto creen haber ingresado en una casa habitada y resulta que, manteniendo algunos muebles en su interior, la misma se encontraba abandonada desde hace mucho tiempo), del mismo modo que cuando recaiga en circunstancias que generan su atenuación (v.gr. en nuestro ejemplo del homicidio piadoso, cuando el sujeto piensa que está matando a un enfermo incurable cuando en realidad el mal que él padecía dicho enfermo sí tenía cura). Estos casos no pertenecen a la regulación contenida en el artículo 14 del CP, ni pueden calificarse como de error de tipo, conforme al entendimiento que la doctrina y jurisprudencia tienen del mismo; pero queda referir que en cuanto se suponga la concurrencia de elementos del tipo básico o de elementos que ocasionen la agravación del delito nos encontraremos ante problemas que encuentran su tratamiento dentro del acápite reservado a la tentativa delictiva; por su parte, el error que importe la suposición de elementos que generan la atenuación del tipo penal nos enfrenta nuevamente con un problema cuya solución no resulta pacífica para la doctrina.

MAURACH y ZIPF expresan que si este caso fuera juzgado tal como el de desconocimiento de circunstancias que generan la agravación, la ratio de la privilegiación se tornaría en su contra: el autor que equivocadamente supusiera un elemento privilegiador debería, estrictamente, recibir una pena más grave por tentativa del delito privilegiado en concurso ideal con el delito consumado no privilegiado; razón por la cual el StGB alemán ha prescrito en el inciso 2 de su parágrafo 16 que el autor que supone equivocadamente la existencia de elementos privilegiadores debe ser castigado del mismo modo que si su representación fuera correcta; decisión legislativa que -para dichos autores- confirmaría la concepción compartida por buena parte de la doctrina alemana antes de la introducción en el StGB del parágrafo en mención, de que los elementos típicos privilegiados son solo elementos subjetivos, esto es, que su existencia objetiva no tiene importancia en sentido alguno.

Nos parece que también respecto de este tema se debe partir de una idea funcional del concepto de dolo, como lo hacen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, para señalar que si se acepta que en los casos de falsa suposición de una circunstancia atenuante el tipo penal atribuido tiene que ser necesariamente el de la fórmula básica del delito (por haberse perfeccionado tanto la tipicidad objetiva como subjetiva), nos encontraríamos ante un supuesto en que se está atribuyendo subjetivamente circunstancias no conocidas por el agente, por lo que se recaería en una responsabilidad meramente objetiva. Esto queda en evidencia cuando se repara en que de haberse representado el sujeto el real significado social de su actuación, lo más seguro es que no se hubiese comportado como lo hizo; así, por ejemplo, en el caso del homicidio a petición con que venimos graficando el tema, es muy probable que en caso de que el agente hubiese conocido que la enfermedad tenía cura (esto es que simple y llanamente "mataba a otro") no hubiese dado muerte a quien se lo solicitaba.

7. La presencia del error de tipo elimina en todos los casos la posibilidad de afirmar la concurrencia del dolo respecto del tipo penal objetivo en cuyo elemento o elementos recae, pero -como se habrá podido apreciar del desarrollo que venimos efectuando- ello no quiere decir que necesariamente se tenga que concluir en la falta de relevancia penal del comportamiento realizado.

El artículo 14 materia de comentario solo confiere absolutos efectos excluyentes de responsabilidad criminal al error invencible que recae sobre algún elemento configurado del tipo penal objetivo básico, mas en los casos en que dicho error fuese vencible únicamente la posibilidad de imputar responsabilidad penal dolosa es la que queda excluida, pero se mantiene latente la posibilidad de atribuir responsabilidad penal culposa. Por ejemplo, en el tan utilizado supuesto del cazador que dispara sobre unos matorrales "matando a otro" pensando que su acción recaía en un animal cuando en realidad recaía sobre la persona que para gastarle una broma se había ocultado en ellos; en caso de que el error fuese invencible no se le podrá imputar la realización del tipo penal doloso de homicidio ni tampoco el culposo; ahora, en caso de que el error fuese vencible, debido a que desconocía el significado social de su conducta, no se podrá afirmar la presencia de dolo de homicidio, pero se podría afirmar la realización de un homicidio imprudente.

Eso sí, en contra de lo que parecen creer PEÑA CABRERA, VILLAVICENCIO TERREROS, HURTADO POZO Y los BRAMONT ARIAS, se debe advertir que en los supuestos de error vencible no se puede asumir una atribución automática de la tipicidad penal culposa, sino que esta únicamente podrá afirmarse en caso de que -de conformidad con el sistema *numerus clausus* adoptado por el texto de 1991-la conducta desplegada por el autor se adecue a alguno de los específicos tipos culposos previstos en nuestra legislación penal, lo que ineludiblemente requiere de que el sujeto haya infringido un deber de cuidado con su comportamiento además de que se den los otros elementos que configuran esta forma de tipicidad.

En lo que respecta al error que recae sobre alguna de las circunstancias que generan la agravación del tipo, la doctrina no reporta mayores problemas en los casos en que se trata de una incorrecta representación de carácter invencible, en estos casos el autor responderá de conformidad con la sanción que se ha previsto para la fórmula básica. Pero, no ocurre lo mismo cuando el error que recae sobre dichas circunstancias tiene el carácter de vencible.

En nuestro concepto debe reconocérsele razón a REAÑO PESCHEIRA cuando sostiene que "pareciera que el precepto normativo solo concede efectos eximentes de agravación al error invencible, pues -en lo que aquí interesa- se afirma que 'el error (...) respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye (...) la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa (...)', que 'efectivamente, a partir de una interpretación literal, podría sostenerse teóricamente la extensión de las reglas generales del error de tipo al desconocimiento vencible (evitable) de una circunstancia agravante, y apreciar en estos supuestos un concurso ideal entre el tipo básico consumado dolosamente y el tipo agravado cometido imprudentemente". No

obstante, a favor de la solución contraria de carácter restrictivo, se ha dicho que "si la cualificación no es abarcada por el dolo y se produce solo por imprudencia, no hay suficiente desvalor como para responder penalmente de la misma". De este modo, "aceptar la posibilidad del concurso implicaría un doble castigo respecto a la porción esencial del acontecimiento, vulnerándose el principio del *ne bis in idem*", para finalizar sosteniendo que "así, la propia naturaleza de las circunstancias agravantes les impide fundamentar un injusto culposo adicional al doloso que sirve de base, por lo que debe entenderse que la exclusión de la agravación prevista en el artículo 14 CP operará sin importar la vencibilidad o invencibilidad del error".

8. Respecto a la determinación de la vencibilidad o invencibilidad (evitabilidad o inevitabilidad) del error en que se ha incurrido, puede asumirse un criterio predominantemente objetivo, tal como lo plantea en la ciencia penal española LUZÓN PEÑA, según el cual debe atenderse a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de este; o puede asumirse un criterio predominantemente subjetivo, dominante en la doctrina hispana, según el cual deberá atenderse las circunstancias concretas en las que se verificó la actuación del sujeto (resultando insuficiente el criterio *tout court*¹ de la diligencia del hombre medio), contextualizando necesariamente dicho juicio conforme a criterios objetivos y subjetivos, resultando por tanto fundamental la capacidad individual del sujeto en las circunstancias concretas de su actuación.

En nuestro concepto, la dignidad de la persona humana junto a la cláusula constitucional de no discriminación hacen que se tenga que optar por la segunda de las posiciones reseñadas, puesto que ni siquiera en el nivel de lo injusto resulta admisible cargar a la acción de una persona con juicios de valor negativos cuando esta carece de las condiciones y capacidades de reconocibilidad que le corresponden a un sujeto diferente, puesto que si bien se puede postular normativamente que las tenía el hombre medio lo cierto es que faltaban en el sujeto que realmente había actuado.

De esta manera, existe error de tipo vencible cuando en el específico contexto en que tuvo lugar el hecho el autor hubiese podido salir de su error (esto es, hubiese podido reconocer que estaba incurriendo en la conducta descrita en el tipo penal objetivo), de haber observado el cuidado debido. Por el contrario, el error de tipo será invencible en los casos en que aun cuando el sujeto hubiese observado el cuidado debido no hubiese podido tener una representación correcta de la situación social en que estaba participando. Por ejemplo, en el caso de una enfermera que aplica una inyección a un paciente causándole la muerte por tratarse de una sustancia a la que este era alérgico; estaremos ante un error de tipo vencible en caso de que se tratase de una alergia a la penicilina, puesto que respecto de esta sustancia la enfermera conoce que hay personas en quienes su administración provoca reacciones alérgicas, estando de acuerdo al cuidado debido realizar previamente pruebas dirigidas a descartar dicha posibilidad; por contra, el error de tipo será invencible cuando se trate de una sustancia que no representaba riesgo, pero respecto de la cual raramente el paciente era alérgico.

9. En la generalidad de los manuales o textos de doctrina penal se acostumbra abordar dentro del desarrollo dedicado al error de tipo los supuestos en que existe un desvío esencial del curso causal. Nosotros no haremos lo mismo dado que consideramos que se trata de un problema que corresponde a la imputación normativa de carácter objetivo.

III. Error de prohibición

1. La doctrina utiliza la denominación "error de prohibición" para referirse a los supuestos en que el sujeto ha tenido una incorrecta representación sobre la contrariedad con el Derecho del comportamiento que ha realizado. Nos encontramos . ante casos en que la persona -por razones que se desarrollarán infra- cree que su comportamiento es plenamente lícito (v.gr. en el caso del artículo 185 CP, el sujeto puede creer que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, está habilitado por la ley para concurrir a su domicilio en busca de sustraer sus bienes y apoderarse de los mismos en forma de pago; en el caso del artículo 106 CP, el sujeto puede creer que sufre un ataque inminente contra su vida, cuando realmente no es así, reaccionando y dando muerte al supuesto agresor, ataque que de haberse realmente presentado le habría dado el amparo de la legítima defensa; en el caso del artículo 173 CP, el agente puede pensar que la prohibición para tener relaciones sexuales con una menor de catorce años no rige en caso de que se trate de la menor que durante buen tiempo ha sido su enamorada y con la que ha decidido convivir).

En el error de prohibición se obra cumplimentando los elementos objetivos de un determinado tipo penal, del mismo modo que conociendo el sentido social del hecho en que se está participando, esto es, se cumple también el tipo penal subjetivo (v.gr. en el caso del artículo 185 GP, a pesar de considerar que ante el incumplimiento del deudor está autorizado por el Derecho para hacerla, el sujeto conoce que mediante sustracción se está apoderando de bienes muebles ajenos y lo hace con la intención de obtener provecho; en el caso del artículo 106 GP, a pesar de creer que está siendo agredido y, por tanto, está obrando amparado en la legítma defensa, el sujeto conoce perfectamente que mata a otro; finalmente, en el caso del artículo 173 GP, a pesar de estar convencido de que por su calidad de convivientes no rige la prohibición de acceso carnal, el agente sabe que tiene relaciones sexuales con una persona menor de catorce años); además, en esta clase de error nos encontramos efectivamente ante un comportamiento ilícito, contrario al Derecho, lo que sucede es que el sujeto no se representa dicha contrariedad.

El error de prohibición afecta la posibilidad de conocimiento de la ilicitud del hecho realizado, por lo tanto, debe ser tratado dentro de la categoría del delito denominada como culpabilidad, repercutiendo en la realización del juicio que debe recaer sobre el autor del ilícito penal. Esto debido a que es condición para que se pueda cargar en contra del sujeto el que no haya actuado de conformidad con el mensaje normativo, que este se haya encontrado en posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal de su comportamiento. En los casos de error de prohibición dicha posibilidad se encuentra, o bien excluida, en caso de que se trate de un error de prohibición invencible, o bien

menguada, en caso se trate de un error de prohibición vencible; por lo que la culpabilidad del sujeto se habrá de ver necesariamente afectada.

2. Los errores que recaen -para usar los términos de nuestro GP- sobre "la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" han sido clasificados por la doctrina en error de prohibición directo y error de prohibición indirecto.

Nos encontraremos ante un caso de error de prohibición directo en los supuestos en que el conocimiento deficiente recae sobre el sentido sustancial (mandatos o prohibiciones) de la norma jurídico-penal. En estos supuestos el sujeto incurre en error sobre la existencia o vigencia de la específica norma que impone una prohibición o mandato penal o sobre su contenido (sobre el real sentido de lo que se manda o prohíbe). Para ejemplificar cada uno de estos supuestos puede mencionarse: el caso del árabe que desconoce la prohibición de que las personas casadas contraigan un nuevo matrimonio (desconoce la existencia de la norma que prohíbe la bigamia); el caso de quien cree que se ha derogado el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 366 GP, debido a que malentendió cuando se informó de la derogatoria

del delito de desacato (desconocimiento de la vigencia de la norma prohibitiva); el caso de quien, consultando con su abogado sobre el sentido de un determinado tipo penal, obtiene una información incorrecta que le hace pensar que el comportamiento que está por realizar no se encuentra comprendido por ningún tipo penal (desconocimiento del real sentido de lo que se manda o prohíbe).

Por su parte, nos encontramos ante un error de prohibición indirecto en los casos en que el conocimiento deficiente recae sobre la existencia de una causa de justificación. Puesto que las causas de justificación hacen que excepcionalmente el comportamiento típico se tenga como no contrario a Derecho, que se tenga como lícito, por haberse realizado bajo el amparo de los especiales permisos que para comportarse de ese modo (incurriendo en comportamiento típico) otorga el ordenamiento jurídico, el error que recaiga sobre la existencia de dicha causa de justificación, sobre su sentido o sobre los presupuestos fácticos que posibilitan su aplicación, hará que el sujeto actúe desconociendo el real significado jurídico de su comportamiento, teniéndolo como permitido cuando en realidad no lo está. Por ejemplo, puede que el sujeto crea que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, existe un permiso jurídico que le habilite a sustraer sus bienes y apoderarse de los mismos en forma de pago (error sobre la existencia de una causa de justificación), puede que el sujeto considere que la legítima defensa le autoriza a disparar directamente a la cabeza, matándole, a quien se alejaba lentamente luego de haberle arrebatado su reloj (error sobre el sentido de la causa de justificación, conocido también como error sobre los límites de la causa de justificación), o puede que por la forma en que sucedieron los hechos el sujeto haya considerado que la amenaza que se le hacía con un revólver de utilería para gastarle una broma en una "cámara indiscreta" constituía un efectivo ataque contra su vida, reaccionado para dar muerte al supuesto agresor (error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación).

3. El párrafo segundo del artículo 14 CP confiere absolutos efectos excluyentes de responsabilidad criminal al error invencible que recae sobre el carácter de ilícito del hecho constitutivo de la infracción penal, otorgando únicamente efectos atenuantes de la sanción (a apreciarse en sede de la determinación judicial de la pena) cuando se trate de un error vencible. Por ejemplo, en el caso del acceso carnal con una menor de catorce años de edad serán distintas las consecuencias si quien accede es el enamorado (que cuenta con 18 años de edad), que no tiene el menor grado de instrucción, campesino, que está seguro de que no existe prohibición cuando se trata de relaciones sexuales con la pareja y que han sido libremente consentidas, supuesto en que podemos asumir que estamos ante un error de prohibición invencible, generándose la total exclusión de responsabilidad penal; que el caso en que quien se haya relacionado sexual mente con la menor sea una persona de veinticinco años de edad, con instrucción secundaria completa, que haya recurrido al engaño para lograr sus propósitos pues asumía que incluso en caso de menores únicamente se incurre en un ataque contra la libertad sexual cuando se logra el acceso carnal mediante violencia o amenaza, supuesto en el que podemos asumir un error de prohibición vencible, que hace que se afirme la culpabilidad del sujeto pero con mengua respecto de los casos normales, por lo que si bien se debe declarar la responsabilidad penal e imponer una sanción ambas deberán tener la calidad de atenuadas.

Que el error de prohibición invencible genere la falta de responsabilidad penal encuentra su explicación en que la persona que ha obrado pensando que el comportamiento que realiza no resulta contrario a Derecho sin haber podido salir de dicho error no ha tenido la posibilidad de motivarse por el mensaje normativo, por lo que mal se haría en pretender reprochársele el haber actuado del modo como lo hizo y aplicársele, por consiguiente, una sanción penal cuando dicho sujeto ni siquiera tuvo la posibilidad de representarse su comportamiento como contrario al ordenamiento jurídico.

Que en caso de que el error fuese vencible el sujeto tenga que responder de una pena atenuada encuentra su explicación en que en dicho supuesto el sujeto sí tuvo la posibilidad de representarse la contrariedad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico, estando, por tanto, en capacidad de actuar conforme al mensaje normativo, aunque no lo hizo, por lo que si bien el Derecho no le reprocha con la misma intensidad que a quien actúa con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento tampoco le exime de responsabilidad, pues si no accedió al mensaje normativo es por causas que le resultan plenamente atribuibles. Incluso, es debido a que en este supuesto se mantiene la capacidad de acceso al mensaje normativo que algunos autores plantean (de lege ferenda) que la reducción de la pena no debe resultar obligatoria (como, por ejemplo, se prevé en el artículo 14 de nuestro CP), sino meramente facultativa.

Es de remarcar que el error de prohibición, tenga la condición de vencible o invencible, únicamente afecta el juicio sobre la culpabilidad del autor, careciendo de consecuencias respecto de la tipicidad o de la antijuridicidad del comportamiento realizado. Del mismo modo que tampoco debe reconocérsele

el menor efecto respecto de la presencia o no del dolo, pues este es un tema que corresponde al juicio sobre la tipicidad (teoría estricta de la culpabilidad), esto es, sobre la relevancia jurídico-penal de la conducta, y no un juicio sobre el autor de la misma y sus posibilidades de acceso al mensaje normativo.

4. Para la doctrina mayoritaria la evitabilidad del error de prohibición se determina en razón de dos baremos; de un lado, las razones que podía haber tenido el sujeto para preguntarse por la antijuridicidad de su comportamiento; de otro lado, la posibilidad de obtener una adecuada información sobre el Derecho que le hubiese permitido representarse la ilicitud del hecho.

El juicio sobre la evitabilidad debe tener por base un criterio individual, se deben tomar en cuenta las aptitudes y posibilidades individuales del sujeto, en caso contrario se estaría infringiendo el sentido del principio de culpabilidad que hace que la responsabilidad penal deba determinarse según las condiciones de cada concreta persona. El empleo de generalizaciones únicamente resulta posible como criterio correctivo, en tanto se utilicen para limitar las exigencias que se le plantean al autor, en el sentido de que no puede exigírsele más de lo que cabe esperar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital y profesional correspondiente.

Las razones que podía haber tenido el sujeto para preguntarse por la ilicitud de su comportamiento están dadas por las circunstancias concurrentes que harían que en dicha persona surjan sospechas serias respecto de la relevancia jurídica del suceso (de no exigirse sospechas serias estaríamos propiciando un estado de permanente disquisición social sobre la existencia y sentido de las normas). Debe precisarse, eso sí, que no es necesario que en el sujeto surjan las sospechas en cuestión, sino basta que el autor se represente las circunstancias que de algún modo habrían constituido para una persona responsable que cuente con sus aptitudes y posibilidades personales motivo suficiente para aclarar la relevancia jurídica de su comportamiento, puesto que de exigir el efectivo surgimiento de sospechas en el autor se estaría perjudicando al autor escrupuloso, perjudicando al que es indiferente.

Es posible identificar tres campos en los que dichas circunstancias generadores de sospechas podrían presentarse: de un lado tenemos a las normas cuyo contenido resulta fácilmente accequible por formar parte del acervo cultural de la sociedad de que se trate (como, por ejemplo, ocurre en el caso de los delitos de homicidio, violación sexual simple, robo, etc.), caso en el que las razones para pensar en la antijuridicidad solo pueden faltar si el sujeto presenta un "déficit de socialización" (p. ej. porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas); por otra parte, pueden mencionarse las normas en las que el acceso presenta un grado de dificultad medio, por lo que se exige un dato fáctico concreto que esté en condiciones de poner en alerta respecto de la antijuridicidad del hecho; para, finalmente, encontramos con normas pertenecientes a sectores especiales donde la reconocibilidad del contenido de las mismas le corresponde a las personas que cuentan con los especiales conocimientos del sector al que pertenecen dichas norma, no así, de manera general, a los extraneos.

La posibilidad del autor de obtener una adecuada información sobre el ordenamiento jurídico que le hubiese permitido representarse la ilicitud del hecho, requiere que el sujeto haya estado en condiciones de consultar bibliografía, personas o instituciones que le brinden información respecto del contenido del Derecho (vigencia de normas o causas de justificación y sus sentidos), en caso de que dicha posibilidad no haya existido el error debe reputarse inevitable, del mismo modo que cuando la información que se le hubiese proporcionado le hubiese hecho pensar en la falta de contrariedad de su comportamiento con el Derecho.

Debiendo precisarse que esta exigencia funciona básicamente en el ámbito de normas que presentan un grado de dificultad medio en el acceso, puesto que en las pertenecientes al acervo cultural de la sociedad o a sectores especiales se parte de la posibilidad de conocimiento del agente.

En caso de que la consulta que hubiese hecho el agente en una fuente pertinente (bibliografía, personas u organismos especializados en Derecho) le llevase a tomar una posición equivocada, el error deberá calificarse necesariamente de inevitable, sin que sea exigible que el ciudadano tenga que verificar la exactitud de la información obtenida, salvo que existan razones para desconfiar de su corrección; por ejemplo, puede que el abogado que le absolvió la consulta le haya advertido que ese era el alcance que le podía dar por tratarse de un tema que pertenecía a una especialidad del Derecho distinta de la que dicho profesional tenía; no ocurriendo lo mismo -caso en que el error sí debe calificarse como inevitable cuando el abogado hubiese callado respecto de su falta de versación sobre el tema materia de la consulta y el sujeto no hubiese tenido razones para dudar respecto de la misma.

Finalmente, la doctrina mayoritaria señala que en los supuestos en que no se hubiese realizado la consulta sobre el significado jurídico del comportamiento desplegado, nos encontraremos ante un error inevitable en caso de que la búsqueda realizada no hubiese permitido que el agente salga de su error, "hace falta que ese camino hubiera llevado a buen puerto" (CUELLO CONTRERAS); únicamente puede afirmarse la culpabilidad si la consulta omitida hubiese podido eliminar el error sobre la ilicitud del comportamiento en que se incurrió.

DOCTRINA

ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. "Código Penal".

Tomo 1. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANOPIEDECASAS, José Ramón y GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Lecciones de Derecho Penal.

Parte General". Praxis. Barcelona, 1996. BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". San Marcos. 3ª edición revisada por María del Carmen García Cantizano. Lima, 2000. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General".

Gaceta Jurídica. Lima, 2001. CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tomo 11. Tecnos. 6ª edición.

Madrid, 1998. COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). "Comentarios al Código Penal".

Tomo 1. Edersa. Madrid, 1999. CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte General". Astrea, 4ª edición. Buenos Aires, 1996. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El Derecho Penal español. Parte General". Dykinson. 3ª edición. Madrid, 2002. DONNA, Edgardo Alberto.

"Teoría del delito y de la pena". Tomo 2. Astrea. Buenos Aires, 1995. ESER, Albin y BURKHARDT. "Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias". Traducción de la 4ª edición alemana. Colex. Madrid, 1995. FABBRINI MIRABETE, Julio. "Manual de Direito Penal. Parte Geral". Volume 1.

Atlas, 8ª edición. Sao Paulo, 1994. FRAGOSO, Cláudio Heleno. "Licoes de Direito Penal. A nova parte geral". Forense. 4ª edición revista e atualizada por Fernando Fragoso. Río de Janeiro, 1994. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 2ª edición alemana. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 5ª edición alemana.

Comares. Granada, 2002. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1996. MANSO PORTO, Teresa. "La regulación del error en el Código Penal peruano". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 12. Idemsa.

Lima, 2002. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 7ª edición alemana. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 6ª edición. Barcelona, 2002. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 4ª edición. Valencia, 2000. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. 3ª edición. Lima, 1997. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Comentarios al nuevo Código Penal". Arazandi. Navarra, 1996. REAÑO PESCHEIRA, Leandro. "El error de tipo en el Código Penal peruano". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano. H. Hurtado Pozo (Director). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 2ª edición alemana. Civitas. Madrid, 1997. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley, 3ª edición. Lima, 2001. VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador) "Comentarios al Código Penal de 1995". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Buenos Aires, 2002.

JURISPRUDENCIA

"El acusado actuó inmerso dentro de la previsión del error de tipo invencible que contiene el artículo catorce del Código Penal que excluye su responsabilidad, respecto a la edad de la agraviada, la misma que ha declarado y reconocido no solo haber sido enamorada del acusado sino además haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que entonces contaba con más de dieciséis años, agregando inclusive que la

relación sexual la ha sostenido voluntariamente. Asimismo, en el juicio oral se ha podido apreciar que por su fisonomía dicha agraviada efectivamente representa mayor edad de la que indica su partida de nacimiento".

(Sentencia 23/05/96. 10° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 217-92).

"Si bien el acusado acepta haber transportado los bienes, refiere que los transportó en razón de que su coacusado así se lo pidió, a lo que accedió debido a que en ese momento se encontraba presente su jefe del taller de maestranza, quien consintió que se transportara dichos bienes. Se tiene que el acusado ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo el delito de hurto agravado y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; por lo que no concurriendo el primer elemento del delito, cual es la tipicidad de la conducta, se excluye su responsabilidad pena/". \ (Ejecutoria Suprema 30/12/97. Exp. 2104-97. Huancavelica).

"Constituye error de tipo que excluye la tipicidad el hecho de haber estado la acusada en posesión de un bulto que fuera dejado ex profeso por otras personas y que contenía droga, el cual llevó consigo incluso en el patrullero ignorando su contenido".

(Ejecutoria Suprema 07/07/98. Exp. 426-97. Lima).

"Las imputaciones contra el encausado de ser el partícipe en el delito de abigeato y receptación no se han logrado corroborar, por cuanto la compra que realizó de su coencausado la hizo de buena fe, desconociendo acerca de la procedencia ilícita del ganado; no habiendo participado en el robo, pues solo colaboró en el traslado del ganado".
(Ejecutoria Suprema 26/03/98. Exp. 2744-97. Amazonas).

"El sujeto imputado actuó bajo el influjo del error de tipo invencible, previsto en el artículo 14 del Código Penal, ya que en su calidad de vendedor desconocía que el producto era de marca ilegal, además de no haber intervenido en la adquisición del mismo, no existiendo en autos indicios que desvirtúen la existencia de error".

(Resolución Superior 09/11/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3560-98).

"Ha de ser absuelto el inculpado como cómplice del delito de homicidio, quien ayudó a arrojar los restos de las víctimas, en tanto no tuvo conocimiento que el contenido de los sacos contenían los cadáveres, ni se ha demostrado fehacientemente que conocía que estaba ayudando en dicha conducta ilícita".

(Sentencia 22/09/98. 10 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Ancash. Exp. 1127-93. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 80).

"El bien jurídico tutelado es la libertad sexual, es decir, el derecho que toda persona tiene de elegir el objeto de sus relaciones sexuales. Ha quedado establecido que los intervinientes eran enamorados, no habiendo conocido el acusado que la agraviada tenía menos de catorce años, al haberle dicho esta que contaba con quince años de edad; siendo así, el acusado ha incurrido en un error de tipo, error que en teoría se habría podido evitar obrando el agente con el debido cuidado al averiguar la verdadera edad de la menor, actitud que sin embargo no es usual en nuestra realidad".

(Sentencia 22/12/97. 20 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 559-97. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 143).

"Incorre en error de tipo la inculpada que mantiene relaciones sexuales con un menor de catorce años, en tanto este reiteradamente había manifestado en su entorno social tener más de quince años, lo que resultaba creíble por sus características corporales".

(Expediente 98-3971. Huaura. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 143).

"El desconocer que mantener relaciones sexuales con una menor sin empleo de violencia o intimidación, constituye un caso de error de tipo vencible".

(Expediente 10-99. Lima. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 143).

"En vista de que el resultado típico se vio contribuido por el comportamiento negligente de la autoridad política, puesto de manifiesto al no haber tomado todas las previsiones y seguridad necesarias para evitar la fuga de los detenidos debe resolverse el hecho global como un error de tipo vencible que excluye el dolo en el obrar del autor, pero que deja abierta la posibilidad para imputarle una responsabilidad a título de culpa, en vista que el resultado en todo caso pudo haber sido evitado mediante un actuar diligente, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo catorce del citado Código sustantivo".

(Ejecutoria Suprema 05ttJ3..98. Exp. 3753-97. Ayacucho).

"El delito de usurpación de funciones es eminentemente doloso, debiéndose actuar con conciencia y voluntad de que se ejerce funciones que ya no se ostentan por haber sido cesado en el cargo. Si el encausado desconocía que había sido cesado en el ejercicio del cargo, su conducta resulta atípica, por lo que debe absolversele".

(Ejecutoria Suprema 26/11/97. Exp. 1355-97. Lima).

"Se presenta el error de tipo porque el procesado desconocía que estaba en posesión del objeto material del delito (droga), ilícito previsto en el artículo 296 del Código Penal. Si bien es cierto se trata de un error de tipo vencible, no

resulta punible, por cuanto el delito de tráfico ilícito de drogas no está tipificado en su modalidad culposa".

(Ejecutoria Suprema 07/09/01. Exp. 2612-2001. RPJ.
Año 4. N! 16. Pág. 47. § 024. San Martín. 2do párrafo).

"En autos ha quedado establecido que la acusada si bien sustrajo sistemáticamente prendas de vestir del domicilio de la agraviada, sin contar con la autorización de la agraviada, lo hizo porque pensaba que estaban en desuso y a fin de cobrarse la deuda que le tenía la agraviada, por su trabajo realizado como empleada doméstica. La procesada actuó afectada por un error de prohibición vencible al entender que al no pagársele su sueldo, era justificado apoderarse de especies de su empleadora, por lo que le alcanza el efecto atenuante previsto por el párrafo in fina del artículo catorce del precitado cuerpo de leyes".

(Sentencia 23/04/96. 12° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de L/ma. Exp. 666-95).

"El error de prohibición contemplado en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal, constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad, que exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho, o que actúa en la creencia de estar obrando lícitamente".

(Ejecutoria Suprema 04110/99. Exp. 2721-99. Junín.
Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 81).

"La resistencia al mandato judicial, producida por la creencia de que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales, y realizada tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular, configura error de prohibición invencible sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpaado, pues este no habría actuado de modo culpable".

(Sentencia 11/06/97. 1° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1298-96).

"El error de prohibición en los delitos dolosos no puede dar lugar a culpa (en caso fuera vencible o inevitable)".

(Ejecutoria Suprema 06/05/99. Exp. 1199-99. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 81).

"El tratamiento legislativo del error en el Código Penal peruano nos enfrenta ante dos alternativas: o es vencible o invencible. Este último extremo supone la adopción, por el imputado, del cuidado necesario para vencer el error y, no obstante ello, no vencerlo; es decir, exige más que el solo deber de cuidado.

En el caso de autos, tratándose de la creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante una situación de error de prohibición sobre la concurrencia de una causal de justificación (el consentimiento válido del titular)".

(Sentencia 19/06/98. Sala Mixta de Camaná. Corte Suprema de Justicia de Arequipa. Exp. 224-98). .

"El acusado no puede ser pasible de una sanción penal, pues su conducta no merece el juicio de reproche al haber actuado altruistamente y en error de prohibición sobre la ilicitud de su conducta, al creer que estaba procediendo con arreglo al orden jurídico, por lo que su proceder carece de culpabilidad conforme a lo dispuesto por el último párrafo del artículo catorce del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 15/10/97. Exp. 4103-96. Lima).

"Tratándose de una creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un caso de error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación: consentimiento válido del titular)".

(Exp. 498-98-P/CAM. Camaná. Caro. Págs. 144-145).

"Existe un error de prohibición en los inculpados que actúan bajo la creencia de que su conducta era lícita, debiendo eximírsele de responsabilidad penal.

Para determinar el error debe tomarse en cuenta la profesión de los inculpados y la existencia de un informe legal que les indicaba que su conducta era lícita". (Exp. 97-17273. Lambayeque. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 145).

"De la secuela del proceso se tiene que el encausado desconocía que tenía que pagar derechos arancelarios aduaneros dentro del mismo país, ya que el bien lo adquirió en Pucallpa para luego trasladarlo a Huánuco, por ende su conducta se enmarca dentro de la figura denominada error de prohibición sobre la existencia de la norma".

(Resolución Superior 22/02/00. SPSTA. Exp. 467-98.

Lima. Fidel Rojas. Pág. 681).

"Siendo que el delito de tenencia ilegal de armas constituye un delito de peligro abstracto, el cual implica la presunción juris tantum de que el portar ilegalmente un arma de fuego implica de por sí un peligro para la seguridad pública, resulta irrelevante el argumento de defensa del procesado en el sentido de que desconocía las disposiciones legales que obligaban a entregar dicho bien a las autoridades competentes".

(Exp. 844-99. Lima. Código Penal. Normas Legales.

Pág. 729).

"Respecto a la imputación del pago indebido de dietas a funcionarios municipales, no fluye medio probatorio que acredite de modo indubitable que

los procesados hubieren actuado con dolo, sino que se limitaron a recibir dietas por los montos que se les abonaba, en la creencia de su legalidad, pues obraba opinión a favor del asesor jurídico del municipio; inclusive, ulteriormente se dictó norma que facultaba a los Concejos fijar sus dietas; infiriéndose que su comportamiento se encuentra enmarcado dentro de lo que doctrinariamente se denomina error de prohibición, por lo que el hecho verificado de los encausados no puede ser pasible de reproche, y al no poderseles razonablemente exigir/es una mayor diligencia de consultar a otros profesionales del derecho, estando a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, se trata de un error de prohibición invencible': (Ejecutoria Suprema 01/07/98. Exp. 5431-97. Arequipa).

ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2.19, 89 C.C. arts. 201, 206 C. arts. 2, 19, 89

Comentario

Felipe Villavicencio Terreros

I. Introducción: Responsabilidad penal de los inteérantes de comunidades campesinas o nativas

El tratamiento que se le otorga a la responsabilidad penal de aquel que pertenece a una comunidad campesina o nativa en los textos penales que han regido nuestro país atraviesa por distintos estadios. Uno primero de total omisión, otro que relaciona el tema a la inimputabilidad y finalmente otro ligado a la pluralidad jurídica.

1. Código Penal de 1862

En un primer momento, el Código Penal de 1862 no prescribió norma alguna que contemple un tratamiento diferenciado de los supuestos de hecho típico cometidos por individuos pertenecientes a comunidades campesinas o nativas de aquellos que no la integran.

Claramente el profesor José HURTADO POZO, expresa que tal omisión implicaba no solo la negación de las "diferencias étnicas de los diversos grupos humanos oriundos del país sino la realidad de su existencia como una totalidad"(1). Asimismo "esta actitud fue consecuencia inmediata de la política de los liberales que fundaron la República, consistente en proclamar que 'todos los habitantes del Perú son peruanos e iguales ante la ley'. Principio que inspira el derecho que se quiere imponer en la nueva República, el mismo que implica la negación de la realidad indígena y nativa"(2).

2. Código Penal de 1924

Es recién con el Código Penal de 1924 que el legislador le otorga un trato diferenciado a los hechos delictivos llevados a cabo por los integrantes de

(1) HURTADO POZO, José. "La ley 'importada'. Recepción del Derecho Penal en el Perú". CEDYS. Lima, 1979. Pág. 77.

ámbitos culturales distintos al "oficial", pero encauza la problemática como un asunto vinculado a la inimputabilidad. Así, los artículos 44 y 45 del texto abrogado establecían que:

A. Artículo 44 del Código Penal

"Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años.

Cumplidos dos tercios de tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años.

Un reglamento del poder ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país".

B. Artículo 45 del Código Penal

"Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90. Podrán asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspon. diente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento en el artículo 42".

La fórmula legal utilizada por el legislador de 1924 vino a distinguir a los peruanos en: a. "hombres civilizados"; b. "indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo" y; c. "salvajes".

Esto implicaba la plasmación de un pensamiento antropológico etnocentrista propio de tiempos pretéritos que colocaba en un pedestal a la civilización occidental en detrimento de las comunidades o agrupaciones que no pertenecieran a ella como se consideraba a la "indígena"⁽³⁾, la cual, a través de la aplicación de sanciones penales -penas y medidas de seguridad- debía alinearse o adaptarse a aquella por "ser" la abanderada del progreso o desarrollo de la humanidad. Por ello se criticaba abiertamente que "la visión antropológica respecto a los semicivilizados que nuestro legislador plasmó en el Código Penal, no representó una toma consciente de posiciones de parte de Maúrtua y demás codificadores, por no ser peritos ni contar con el

(2) Ibidem. Pág. 78.

asesoramiento de especialistas en la materia. La concepción que se deriva de las disposiciones del Código aparece, más bien, como un saber prosaico en el cual se reconocen supervivencias, en forma de creencias sinceras aunque falsas, de tesis imperantes en el siglo XVIII y ya largamente superadas, en 1924, en el campo de la antropología"(4).

En 1926 el profesor Ángel Gustavo CORNEJO expresaba, al comentar el artículo 44, que: "Los salvajes -vale decir- los habitantes de la selva o región montañosa del territorio, viven, realmente, fuera del medio jurídico nacional. Sin contacto con las instituciones, sin vínculos con la población civilizada, hablando dialectos solo de ellos conocidos, ni los amparan ni los obligan propiamente las leyes de la República. Su vida nómada en la selva, su rudimentaria organización, los incapacitan para ser sujetos de derecho; y si alguno tienen o reconocen es el consuetudinario de germinación espontánea en todo grupo humano, si tal nombre mereciere; y es probable que tengan penalidad sanguinaria y vengativa de las tribus primitivas (oo.) El artículo que comentamos, vale pues, más que como norma necesaria y práctica, como la manifestación de un buen propósito en beneficio de estos autóctonos habitantes de la región de las montañas (oo.) El salvaje, por su misma condición, no está en condiciones de apreciar la ilicitud de los actos que practica en relación con las leyes de la República que en lo absoluto ignora, ni puede, tampoco, discernir la moralidad de sus acciones con el mismo criterio de un hombre civilizado; y esta sola circunstancia lo pondría al amparo del artículo 87, es decir, atenuaría la penalidad que hubiera de aplicársele por infracciones que merecieren una pena no mayor que la prisión (oo.) Aun tratándose de crímenes de más gravedad, nunca podría prescindirse, al individualizarse la pena, de sus condiciones personales (oo.) Pero sería siempre injusto someterlos al imperio de una ley de la que están desvinculados y apreciar su responsabilidad con relación a las normas morales de que no tienen la más mínima noción. Es, pues, de justicia absoluta aplicar a estos delincuentes un régimen de mera seguridad, de función esencialmente tutelar y educadora, para procurar su adaptación, dentro del menor tiempo posible, al medio jurídico del país"(5).

En cuanto al contenido del artículo 45 -el mismo autor- señalaba que "Los indígenas semi-civilizados -debiendo entenderse por tales a los aborígenes que viven separados de los centros poblados, en pequeños núcleos o aylllos, o diseminados en la Cordillera o en los valles andinos, ignorando el idioma castellano, sin saber leer ni escribir, o los que trabajan en los grandes fundos de la sierra, dedicados al pastoreo-; han merecido una atención especial del legislador (...) a condición de que a su calidad de indígenas se añada la de su degeneración por la servidumbre y el alcoholismo"(6), considerándolos sujetos de protección tutelar.

(3) Cfr. BALLÓN AGUIRRE, "Francisco. Etnia y represión penal". Centro de Investigación y Promoción Amazónica. Lima. 1980. Pág. 73.

(4) HURTADO POZO. José. Op. Cil. Pág. 71.

Al decir, de Gladys YRURETA el texto normativo de entonces era confuso pues no clarificaba si el "indígena" era susceptible de una pena o medida de seguridad, pues se hacía "referencia a la obtención de la libertad condicional por parte del indígena, institución posible de aplicar a las penas y no a medidas de seguridad; el artículo 44 habla de lo que correspondería "al delito si hubiera sido cometido por un hombre civilizado"; el artículo 45 habla de la "represión" de los indígenas de que trata; el artículo 90, el cual se remite al artículo 45, trata de una pena, y finalmente, el artículo 45 habla de "sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la de colocación en una colonia penal agrícola"(7).

Conceptualización que es propia de la asunción de una postura de "conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan"(8).

Estos criterios de inimputabilidad se fundaban "en una pretendida inferioridad en el indio, ya sea psicológica, social y económica, o debida a su 'decadencia' por factores de vicio o ambientales y declaran que se debe contemplar dentro de una legislación penal una regla que reconozca su inimputabilidad"(9).

En los años cuarenta del siglo pasado, Manuel ABASTOS afirmaba que "en vez de declarar la incapacidad absoluta del indio, la ley debe establecer junto a un principio común y general de capacidad penal (imputabilidad) unas cuantas excepciones de inimputabilidad"(10). Después de propugnar la creación de un Derecho especial para el indígena, agregaba que "si hay que poner al indio en un plano de incapacidad relativa, no es porque sea indio sino porque pertenece a una cultura diferente"(11).

3. Código Penal de 1991

El Capítulo I denominado "De las Bases de la Punibilidad" del Título II "Del Hecho Punible" del Libro Primero de la Parte General del Código Penal , contiene un precepto que se ocupa exclusivamente del tema de la responsabilidad penal de los miembros de otros ámbitos culturales (artículo 15).

(5) CORNEJO, Ángel Gustavo. "Comentarios al nuevo Código Penal". Librería Científica Francesa. Lima, 1926. Págs.132 y sgte.

(6) Ibidem. Pág. 135.

(7) YRURETA, Gladys. "El indígena ante la ley penal". Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. Pág. 89.

(8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo IV. Ediar. Buenos Aires, 1982. Pág. 202.

(9) CERVINI, Raúl. "Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica".

En: Revista de Derecho Penal (separata). N°8. Octubre. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1988. Pág. 98.

II. El artículo 1S del Código Penal peruano de 1991

1. Antecedentes normativos

Ya hemos resaltado los precedentes normativos del tratamiento jurídico-penal que se le otorgaba en los textos anteriores a los sujetos pertenecientes a otros ámbitos culturales que realizaban la comisión de un hecho calificado como delictivo, ahora veremos los antecedentes inmediatos, pero no debemos pasar por alto lo expresado por el profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, que considera que la referencia al tratamiento penal del indígena en los textos punitivos de América tiene su origen en el proyecto de Livingston para Louisiana, en el que se les reconocía un ámbito cultural propio: "Las tribus indias que residen dentro de los límites de este Estado se gobiernan por sus propias costumbres; ningún acto cometido por los individuos de estas tribus en sus relaciones entre ellos o con los de otras tribus, es considerado como una violación del presente código; pero en cuanto a todas las otras relaciones, estos individuos son como todos los habitantes de este Estado, protegidos o punidos por la ley que les gobierna"(12).

El antecedente normativo inmediato del artículo 15 vigente se halla en la propuesta presentada por ZAFFARONI, en el proceso de reforma del Código Penal derogado(13):

"Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal".

En aquella oportunidad, ZAFFARONI criticó el planteamiento del Proyecto de Código Penal de abril de 1986, que pretendía solucionar el dilema a través de la inimputabilidad: "... es necesario terminar con la lamentable cuestión etnocentrista de la inimputabilidad del indio (...) Considerar al indio como inimputable es considerarlo como un ser inferior, parangonarlo con el enfermo, perturbado psíquico, etc. En rigor de verdad, el indio no es un ser inferior a nadie, ni mucho menos tiene una cultura inferior a la nuestra, lo que pasa es que su cultura es distinta. No existe en el mundo razón alguna que avale la prédica hipócrita de la superioridad de nuestra cultura, por más que el indio fabrique lanzas, reduzca cabezas, nosotros no debemos olvidar que nuestra cultura fabrica misiles, bombas de neutrones, etc."(14).

(10) ABASTOS, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena", En: Asuntos Indígenas del Perú. Ministerio de Justicia y Trabajo, Año 1. Vol. 1. W 1, Lima, 1949. Pág. 28.

(11) Ibídem, (12) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 204.

(13) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La parte general del proyecto de Código Penal", En: Política Criminal (Presupuestos científicos para la Reforma del Código Penal. Ala. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1988, Pág. 30.

El artículo 21 de tal documento mencionaba que "El Juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender debidamente el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión".

La propuesta de ZAFFARONI fue asumida por el Proyecto de Código Penal de septiembre de 1989 y el correspondiente a julio de 1990, cuya descripción normativa es idéntica:

"El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal" (artículo 20).

Finalmente, el Proyecto de Código Penal de enero de 1991 estableció la siguiente descripción normativa:

"El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal" (artículo 15).

Se percibe claramente de los textos adoptados por los proyectos de Código Penal antes citados -también de la fórmula de ZAFFARONI- que se diferencian del posteriormente puesto en vigencia en abril de 1991, en la prescripción de la atenuación de la pena "por debajo del mínimo legal". Con ello, como veremos más adelante, aun se conservaba el pensamiento que los sujetos provenientes de otros ámbitos culturales deberían asimilarse a la cultura predominante(15).

2. Estudio dogmático jurídico

En principio, viene a significar un importante avance del Estado peruano el reconocimiento de la diversidad cultural a través de la prescripción legal contenida en el artículo 15 del vigente Código Penal y de la pluralidad jurídica en el artículo 149 de la Carta Política de 1993: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las

(14) Ibídem.

(15) Para HURTADO POZO el sentido del artículo 15 se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de

demás instancias del Poder Judicial". Además de la consagración del derecho de todo individuo "a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" (incis019, artículo 2).

La Exposición de Motivos del Código Penal vigente sostiene que la incorporación de esta norma se hace "en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva como la que infelizmente utilizó el 'Código Maúrtua'".

En la doctrina nacional el profesor Raúl PEÑA CABRERA afirmaba que la inclusión de esta clase de error resaltaba "normativamente el respeto por los valores culturales distintos -nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental-, en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales"(16).

Desde una óptica estrictamente jurídico-penal importa el abandono de la tesis de la inimputabilidad del sujeto y a su vez el traslado de su estudio al campo de la culpabilidad, esto es, a la capacidad de comprender el carácter delictivo del comportamiento o de determinarse conforme a dicha comprensión.

Ahora bien, del texto en comento se desprende la distinción de dos situaciones:

Cuando el sujeto por su cultura comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. Cuando el sujeto por su costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida.

El primer supuesto es denominado "error de comprensión culturalmente condicionado" (la propia Exposición de Motivos del texto punitivo nacional considera que se "ha dado acogida a una forma especial de error conocida como 'error de comprensión culturalmente condicionado)'), mientras que el segundo corresponde a la llamada "conciencia disidente".

A. Error de comprensión culturalmente condicionado

inculpabilidad", vide "Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?". En: www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf.

(16) PEÑA CABRERA, Raúl. "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano". En: Revista de Derecho Penal y Criminología (separata) N° 3. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, 1993. Pág. 608.

Se entiende por "comprensión" al "más alto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento"(17). No cualquier conocimiento supone comprensión pero toda comprensión supone conocimiento.

Dentro del planteo de la culpabilidad de acto el error de comprensión es "la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente"(18). Puesto que el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura. Ejemplo: el miembro de una comunidad nativa de la amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años(19).

Otro ejemplo graficaría lo señalado: aquel que lleva a cabo exhumaciones conforme a los rituales de su cultura en contradicción con lo previsto por las normas que rigen aquellas actividades, podría ser responsabilizado penalmente de la conducta contemplada en el inciso 3 del artículo 318 del texto punitivo vigente. Aquí el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no puede internalizarla o interiorizarla, situación que no se producirá por su condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición(20).

Debemos precisar que la simple contrastación fáctica de que el individuo no ha internalizado la norma prohibitiva, a pesar de conocerla (y también la pertenencia a otro segmento cultural), no es suficiente para eximir de responsabilidad penal ya que de acuerdo al texto del artículo 15 se demanda la determinación si le era exigible que lo hiciera (la internalización), pues se establece claramente que actúe "sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto" y no únicamente "sin comprender" la prohibición. Pues "cuando se cumple un injusto, el derecho no requiere, para afirmar la culpabilidad, que el

(17) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Pág. 82.

(18) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Política criminal latinoamericana". Pág. 51.

(19) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Lima, 2002. Pág. 87. Vide la crítica de HURTADO POZO a este ejemplo en "Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?".

(20) Cfr. GARCÍA VÍTOR, Enrique. "Diversidad Cultural y Derecho Penal (aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos)". Colección Jurídica y Social. N° 36. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Argentina. 1993. Pág. 31. Con respecto al ejemplo citado, el profesor HURTADO POZO plantea como caso semejante el de la Dráctica de la medicina tradicional (artículo 290 inciso 2), sosteniendo que si dichos actos "son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (...). sería irracional (u.) intervenir y someter al responsable del acto

sujeto haya internalizado esos valores, puesto que la mayoría de veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en grado razonablemente exigible"(21). La determinación de esta exigencia corresponde al juzgador quien deberá sopesar en su análisis los criterios, entre otros, de la cculpabilidad(22).

En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición (ZAFFARONI), por tanto no habrá culpabilidad y en consecuencia se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad).

Error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta (ilicitud del hecho). Se diferencia entre error de prohibición invencible y vencible. La invencibilidad del error de prohibición es verdaderamente discutible. Así, se dice que el error de prohibición es vencible o evitable cuando el autor pudo haber salido de su estado de error. De esta manera, evaluar la posibilidad de si el sujeto pudo o no salir de ese error requiere de una serie de comprobaciones. Una evaluación objetiva del error de prohibición evitable no coincidirá necesariamente con el criterio desarrollado para el error de tipo vencible en el que será suficiente determinar si el sujeto infringió su deber de cuidado, de manera que la infracción será castigada como culposa (artículo 14, primer párrafo). En un sentido diferente, en el error de prohibición la evitabilidad "quiere decir que el sujeto no ha hecho todo lo necesario y posible para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho. El error versa aquí sobre una situación jurídica y no fáctica. El reproche por no haber salido de ese error es mucho más amplio y extenso que el que corresponde a la imprudencia"(23). .

típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Tampoco puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se han interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el Derecho Penal. La respuesta solo puede ser negativa", en "Artículo 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?".

(21) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Págs. 197 y sgte. (La cursiva es nuestra).

(22) *Ibídem*.

(23) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General". Civitas Madrid, 1987. Pág. 487.

En otras palabras, para determinar la vencibilidad en el error de tipo basta comprobar que el sujeto no actuó con el debido cuidado, por el contrario, para determinar la vencibilidad en el error de prohibición son necesarias más exigencias, pues son más las opciones del sujeto para salir de ese error. En consecuencia, en un error de prohibición no es suficiente que se haya actuado cuidadosamente (en el sentido del deber de cuidado de los delitos culposos) para que dicho error sea considerado invencible.

Sin embargo, en la doctrina española el profesor Santiago MIR PUIG asume la posición de que el error de prohibición se ubica en el injusto penal, lo mismo que el error de tipo, pensamiento contrapuesto a los seguidores del finalismo que consideran que este último corresponde al tipo penal. Así, el autor afirma "por lo que se refiere a la teoría de la culpabilidad, si se admite que el error invencible de prohibición impide ya dirigir esta, habría que entenderla con referencia solo al error vencible: siendo posible la prohibición, esta se infringiría pero podría atenuarse la culpabilidad -en el error invencible faltaría ya el injusto(24)(25). Como podrá apreciarse, del texto citado, únicamente se admitirá que el error de prohibición se ubica en el plano de la culpabilidad cuando es vencible.

Las consecuencias prácticas de la asunción de la adopción de cualquiera de las posiciones señaladas, tanto la que ubica el error de prohibición en la culpabilidad como en un nivel de injusto penal, son distintas. Así, para la primera implicaría que el supuesto infractor sería sometido a un proceso penal y sufriría todos sus efectos perniciosos, como son la investigación prejudicial, detención, estigmatización y sus consecuencias colaterales para su familia (financiamiento para la defensa legal, traslado para la visita en el penal, entre otros gastos). Por el contrario, si se asume la segunda postura la defensa podría interponer una excepción de naturaleza de la acción, pues el hecho imputado no sería delito ya que el error de prohibición invencible lo afectaría (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales). De modo que el sujeto ya no tendría que esperar el término de un proceso penal para que se determine su responsabilidad penal en los hechos imputados(26) .

El profesor José HURTADO POZO, al comentar el tema, señala lo siguiente: "... al elaborarse el nuevo Código Penal (oo.) se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal (oo) este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de

(24) La cursiva es nuestra.

(25) MIR PUIG, Santiago. "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español".

En: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho. Ariel. Barcelona, 1994. Pág. 223; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 4ª edición, corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. PPU. Barcelona, 1996. Págs. 553 a 561.

(26) Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Control penal y diversidad étnico-cultural". En: Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma). Colex. Salamanca, 1996. Pág. 88.

comunidades culturales diferentes en caso de que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces (...) si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado "error de prohibición culturalmente condicionado", lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre (...) esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (artículo 20, inciso 1), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor, En lugar de estas circunstancias, en el artículo 15, son los patrones culturales del agente, diferentes a los que se hallan en la base del Código Penal, los que "afectan gravemente su concepto de la realidad", en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera que aquel que se haya debidamente integrado a la cultura dominante. Es decir, aun cuando no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de "un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (artículo 14, párrafo 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños"(27).

Como se podrá apreciar, el autor no asume en momento alguno la fórmula del artículo 15 del Código Penal, puntualizando su disconformidad con el tratamiento jurídico-penal propuesto por el legislador porque aun se mantiene las características negativas del código anterior, dado que se sigue calificando de incapaces a los sujetos comunitarios por criterios étnicos o culturales.

Un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de "vencibilidad del error" que desde nuestra postura no sería de aplicación para los sujetos provenientes de las comunidades campesinas o nativas porque significaría la imposición de "otra cultura" y que, de cara al futuro, se estaría pregonando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante, únicamente la evaluación de la vencibilidad sería para los casos de conciencia disidente(28). La descripción normativa del artículo 15 da cabida a una tesis contraria, por ello prescribe que en estos casos, es decir, de "vencibilidad", el juzgador "atenuará la pena" a imponerse.

Respecto al criterio de la vencibilidad o evitabilidad del error que es de suma valía para el juzgador al momento de fundamentar la exclusión de la pena (en la hipótesis de la invencibilidad) sino también para determinar la penalidad (en la hipótesis de ser vencible o evitable)(29), se destaca la postura de JAKOBS al considerar como uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, si el error recae sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, aquellos intereses como la vida, la salud, por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas(30). Pero advierte que "en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización 'exótica) de modo que este no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un caso extremo de

inimputabilidad"(31)(32). Como se podrá advertir, el autor decanta el problema de los sujetos provenientes de otras culturas como un asunto de "socialización" a los que califica como in imputables, lo que significaría la adopción de una visión tributaría del positivismo sociológico.

Raquel YRIGOYEN sostiene, acertadamente, que "la penalización -aunque en el caso de la "vencibilidad del error", parece suponer que los miembros de minorías estuviesen obligados a asimilarse en la cultura dominante -pues es un descuido punible no conocer o no integrarse, según la teoría del error-. En todo caso, parece que estuviesen obligados a justificar de modo suficiente la creencia errónea -teoría de la conciencia diferente (...). Creemos que puede seguir utilizándose la figura del error de prohibición para la exención de pena a quienes realizan hechos punibles por un condicionamiento cultural, pero consideramos que debe interpretarse del modo extenso posible -incorporando no solo el conocimiento sino la comprensión cultural- y debe entenderse que la evaluación de "vencibilidad" no se aplica a los casos de diferencia cultural porque implícitamente obliga a una asimilación no compatible con los derechos culturales y no es eficaz para la protección de bienes jurídicos valiosos"(33). "La graduación -continúa la autora- del error por el condicionamiento cultural, implicaría la posibilidad de considerar "grados" de "asimilación" o "integración" cultural. Con ello no se estaría reconociendo la diversidad cultural, tal como lo indica la exposición de motivos del Código, sino que se estaría regresando a la vieja fórmula etnocentrista del superado Código de 1924, que sí hablaba en términos de "grados de civilización"(34).

Un juicio distinto mantiene el profesor HURTADO POZO, quien afirma que no es conveniente la aplicación del Derecho Penal en las "tribus que viven aisladas y en la autarquía" siendo la situación diferente "cuando el grupo social está más o menos en contacto con el sistema cultural predominante. La cultura de las comunidades indígenas de los Andes, por ejemplo, ha sido profundamente modificada, pero conserva rasgos propios. Sin embargo, ella ha influido grandemente en la cultura mayoritaria del país. El problema reside en cómo respetar las diferencias culturales de los diferentes grupos sociales (...) la centralización política, la homogeneización (a través, por ejemplo, de la educación) y la interpretación hecha por los aborígenes tanto de los moldes culturales propios como de los que se le imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en un renacimiento de una sociedad y de un Estado de indios en oposición a una sociedad y un Estado de peruanos occidentalizados (...) el progresivo mestizaje, la fuerte inmigración del campo a la ciudad, la alfabetización de la mayor parte de la población, el desarrollo de los medios de comunicación (principalmente de la radio y la televisión), la participación cada vez más importante de los indígenas en el sistema productivo, han producido una cierta uniformidad de las pautas culturales primarias. Se trata de aquellas que están estrechamente vinculadas a la supervivencia y cohesión del grupo social. Las costumbres o los ritos crueles, de acuerdo con nuestras pautas culturales más humanas, han desaparecido o han sido fuertemente modificados por la aculturación secular (...) un caso bastante citado es del 'servinacuy' que constituye una etapa previa al matrimonio, en la cual la pareja cohabita antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las

relaciones sexuales practicadas comportan, según el Derecho Penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo por el contrario, y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento justificado por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo.

La práctica de esta costumbre constituye un buen ejemplo para poner en evidencia los inconvenientes que tiene la regulación prevista en el artículo 15 del Código Penal. Para no reprimir al varón que cohabita con la menor debería declarársele incapaz, por razones culturales, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Lo que podría ser factible con relación a los miembros de las comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de las otras ciudades importantes"(35).

Es importante destacar el razonamiento expuesto por Esther SÁNCHEZ BOTERO, respecto de "las características de ser indígena", cuestionando el razonamiento antes expuesto: "Se cree, muy erróneamente, que un sistema muere y cambia, porque cualquier modificación en su 'tradición', ya sea por creación interna, incorporación, apropiación o imposición de fenómenos, es pérdida y 'descaracterización' (...) La condición indígena tampoco puede ser el conjunto de fenómenos relacionados con base en una visión evolucionista según la cual a mayor implementación de fenómenos de otras sociedades, menor es la identidad o la cultura. Se ha fijado, y con efectos muy problemáticos en Colombia, la regla por la cual la protección que la Constitución Política otorga a la identidad e integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas y a sus usos y costumbres tradicionales, tiende a ser mucho más intensa en cuanto mayor sea la preservación de la identidad, los usos y costumbres 'tradicionales' de la comunidad indígena de que se trate. Por contraste, en este sentido, entre mayor sea el grado de aculturación, menor será el de protección que la Corte dispense a su integridad étnica y cultural ¿Será que un indígena que vive en un núcleo urbano a kilómetros de distancia del lugar donde nació y creció, cambia necesariamente de cultura e identidad en un proceso de transfiguración?, ¿será que el número de horas, días, años, compartido con otra cultura, podrá ser indicador positivo de pérdida de identidad? Esta 'visión' aplicada en concreto, define que un indígena que alcance niveles de educación fuera de su pueblo, se vista como un campesino o como universitario urbano, no hable su lengua o desconozca elementos de su cultura que no están homogéneamente repartidos en todas las sociedades, ha dejado de ser indígena o está en proceso de pérdida de identidad (...) La interiorización de elementos socioculturales y de cultura material pertenecientes a otras sociedades y culturas que supuestamente acaban con la identidad, en muchos casos es condición necesaria para poder existir. La singularidad propia de estas comunidades en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social, son los sentimientos y las vivencias colectivas que siempre son cambiantes y siempre se recrean en el tiempo. No se trata de estructuras petrificadas o 'camisas de fuerza' que no se modifican temporal o definitivamente"(36).

Por su parte, el colombiano Hernán DARÍA BENÍTEZ, criticando a Gladys YRURETA respecto a la existencia de indígenas en "situación intermedia", a

quienes le correspondería los casos de "vencibilidad", sostiene que ello no es cierto "porque el grado de aculturación no es susceptible de medida en términos cuantitativos ¿en qué medida debe estar imbuido de los principios y reglas de "comportamiento social" un individuo para determinar si se puede excluir plena o parcialmente su culpabilidad?-, ni tampoco se produce el proceso de aculturación parejamente en todos los campos de la personalidad (...) porque sostener esto equivale a predicar la vigencia de la clasificación en salvajes, semisalvajes y civilizados alentada por el evolucionismo sociológico..."(37).

Debemos precisar por otro lado que el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de error: errores sobre la causalidad (error de tipo) o una justificación putativa.

- Error sobre la causalidad (error de tipo)

Así por ejemplo podría presentarse el supuesto en el cual los miembros de una comunidad nativa apliquen a uno de sus integrantes, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un "tratamiento" consistente en una golpiza con el propósito de "curarlo", pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aun, la muerte. Evidentemente que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el "tratamiento") y el resultado de lesiones o muerte -o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, o el resultado producido por el "tratamiento" es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción-. Sin embargo, no será calificada como un comportamiento doloso por existir ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos (primer párrafo del artículo 14 CP).

- Justificación putativa (error de prohibición indirecto)

También puede concurrir una hipótesis de justificación putativa -error de prohibición indirecto- pues en ciertas comunidades del oriente ecuatoriano los lugareños dan muerte en defensa de la supervivencia y continuidad de su ámbito cultural en el convencimiento de que los hombres extraños les agredirán(38) (hipótesis de justificación putativa, comprendida en el 2° párrafo del artículo 14 del CP). No hace poco -septiembre de 2000- un grupo de pescadores de la localidad de Iberia (departamento de Madre de Dios) sufrió un ataque, resultando uno de ellos herido de gravedad, por parte de un grupo de indígenas que viven en situación de aislamiento o "no contactados" en el río Alto Tahuamanu, comportamiento que respondía a una actitud de defensa de la supervivencia de su ámbito, pues los "extraños" muchas veces son portadores de enfermedades gripales lo cual ha provocado la muerte de sus integrantes. Suceso que es resaltado por el comunicado de prensa de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluyentes (FENAMAD) del 14 de septiembre de 2000, que destaca en su punto 2 que "las poblaciones indígenas en aislamiento mantienen una actitud de defensa y protección de sus familias, debido a experiencias traumáticas que han sufrido en épocas anteriores, sobre todo, por el contagio de enfermedades, como la gripe, que les ha ocasionado muerte

masiva. Esto explica su aislamiento y su permanente actitud de defensa para evitar cualquier contacto con la población foránea".

Finalmente, resulta muy dudoso que en todos los casos que la fórmula pretende resolver, el sujeto actúe por "error". En realidad, no está actuando por un "error" sino de acuerdo a sus pautas culturales diferentes, puesto que "aunque el miembro de la comunidad (...) conozca el carácter antijurídico de su conducta en el marco de un entorno cultural que no lo contiene, él tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto sociocultural"(39). Por ello, se afirma que esta fórmula todavía contiene una visión etnocentrista, que podría ser superada a través del reconocimiento y práctica real de la identidad y autonomía cultural(40).

Pero la propuesta planteada por el artículo 15 del Código Penal patrio vigente, a través de la figura del "error de comprensión cultural mente condicionado", no es la única -junto a la tesis de la inimputabilidad o la planteada por el profesor MIR PUIG- para tratar la problemática de la responsabilidad penal de aquel que pertenece a la cultura "no oficial", sino que existe otra, ligada al terreno de las causales de justificación. Enrique GARCÍA VITOR, es el defensor de tal tesis, quien sostiene que "cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...) en la confrontación de las culturas, nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida esta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro"(41).

GARCÍA VITOR, se plantea dos interrogantes, la primera, determinar "si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente"; la segunda, "si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o, si se está en presencia de un actuar justificado"(42).

El autor, principalmente se ocupa de la última, al considerar que "la cuestión de los deberes posibles de colidir", es la interrogante principal, respondiendo que "la premisa en este sentido ha sido la de afirmar que la confrontación debe involucrar a deberes jurídicos, no quedando comprendidos los deberes morales (...) simplificándose el problema cuando existe una norma que reconoce el deber moral (...) puesto que en tales casos, aun manteniéndose el sustrato de su naturaleza, el mismo se juridiza (...) La reciente reforma constitucional argentina ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (artículo 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad (...) La disposición constitucional aporta a la discusión (...) un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad -cuando se sustenta en las culturas abarcadas-, construyendo una causa de justificación, marginada de su solo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y con otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple estará justificado"(43).

Esta posición considera al deber de preservar la cultura como una suerte de ejercicio legítimo de un derecho que resulta oponible a otros provenientes de la cultura predominante. Tesis que no compartimos, porque la preservación del ámbito cultural-que, según el autor, es por conciencia- es un interés harto complicado de medir o comparar con otros intereses jurídicos protegidos, con los cuales hipotéticamente entraría en conflicto.

En suma, pensamos que de todas las fórmulas o planteamientos teóricos que pretenden dar una solución al problema en cuestión, la prescrita por el artículo 15 del texto sustantivo vigente es la menos permeable a las críticas(44). Asimismo, consideramos que solamente sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura.

Creemos que lo conveniente es fortalecer los sistemas jurídicos campesinos o nativos, pues como producto de la injerencia del Derecho estatal estos han sufrido merma.

B. Conciencia disidente

La norma prevista por el legislador de 1991 también contiene la figura denominada de la "conciencia disidente". En la ciencia penal peruana asumen este criterio BRAMONT-ARIAS(45), Raquel YRIGOYEN FAJARDO(46) y Luis FRANCIA SÁNCHEZ, quienes plantean que la interpretación correcta de la norma en cuestión es la que considera que esta contempla no solamente al denominado error de comprensión culturalmente condicionado, sino que también regula a la conciencia disidente; siendo que para el primer supuesto se excluiría la culpabilidad y cualquier sanción de carácter penal, mientras que para la otra únicamente se disminuiría la culpabilidad y la sanción de índole penal. Los argumentos que avalarían tal tesis parten de los términos cultura y costumbre, pues este último señalaría que "la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida", mientras que el primero indicaría que "quien por su 'cultura' no puede comprender que su actuar constituye delito" se excluiría su responsabilidad penal(47).

Por su parte, el profesor Raúl PEÑA CABRERA consideraba que si bien "es cierto que esta forma de error de prohibición también alcanza a la conciencia disidente, en el caso de nuestra legislación la especificidad está referida a lo culturalmente condicionado"(48). Obviamente que tampoco compartimos tal argumentación por lo anteriormente señalado, pues a nuestro parecer le faltó un desarrollo ulterior a la tesis planteada en sus estudios, en los que solamente se avoca al error de comprensión culturalmente condicionado.

De otro lado, Javier VILLA STEIN se contrapone a la admisibilidad de la "conciencia disidente" al considerar que "con ese 'amparo' se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en que incurre sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten 'esquemas de valores distintos al nuestro'(49). El autor tampoco desarrolla tal planteamiento, únicamente muestra un temor por el privilegio del

cual gozarían los elementos terroristas (al parecer se referiría a éstos a través de la expresión "fundamentalismo político"), al momento de determinarse judicialmente la pena.

Un sujeto obra con conciencia disidente, cuando siente su actuar como resultado de un esquema general de valores diferente al nuestro. Téngase presente que no nos estamos refiriendo al individuo que pertenece a una cultura distinta a la nuestra sino a uno que se "encuentra" en ella pero a la cual no se ha "integrado" valorativamente. En el seno de nuestra sociedad pluralista se generan "subculturas" "que siempre muestran alguna faceta disidente, propia del derecho a la diferencia", las mismas que pertenecen a una misma cultura, de la cual no pasan de ser una variante de esta, "fenómeno que es propio del dinamismo característico de lo social y humano"(50).

EL texto legal del artículo 15 del Código Penal utiliza el término "costumbre" para referirse a esta problemática y de esta forma, asume una variante nueva del pluralismo jurídico(51) que importa la coexistencia pacífica de varias formas de derecho o sistemas jurídicos aliado del derecho oficial, dentro del espacio cultural social de este último. "La comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre los distintos sistemas de valores, a veces contradictorios"(52).

Un caso típico de conciencia disidente es la insumisión al servicio militar obligatorio o el de los Testigos de Jehová que se oponen a la transfusión de sangre, o el del médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada - cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida (119 CP)-, actitud con la que podría ser responsable del delito de omisión de auxilio (127 CP). En todos estos casos los sujetos actúan motivados por razones de conciencia.

Se niega relevancia a la objeción de conciencia cuando los comportamientos se dirigen a vulnerar bienes jurídicos individuales, como lo son la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad o el patrimonio pues estos son necesarios e importantes para el desarrollo social de los demás ciudadanos -se incluye aquí el ataque a bienes jurídicos de índole política cuando se emplea violencia y se menoscaban bienes jurídicos individuales- más que el propio ejercicio de la libertad de conciencia(53), además sería un absurdo que el Estado admitiera la lesión de intereses que sustentan su propia existencia o continuidad de su sistema político u orden constitucional, pues de esa manera se estaría abriendo el camino para su disolución(54).

Sin embargo, únicamente se sancionará legítimamente tales conductas cuando no existan alternativas al respeto de la libertad de conciencia, así por ejemplo en el supuesto de la negativa a la transfusión de sangre entre los miembros de la congregación religiosa Testigos de Jehová, si esta no es objetivamente imprescindible o podría ser suplantada por otros sistemas de regeneración sanguínea o cualquier otra clase de tratamiento médico, no se podría sancionar como una conducta típica de omisión de auxilio u homicidio, cualquiera que sea

el resultado que posteriormente se produzca⁽⁵⁵⁾. Solamente se sancionará en la hipótesis de que se impida cualquier sustituto a la atención médica, como por ejemplo en el caso del médico antiabortista si este anula toda acción destinada a conjurar el peligro que corre la embarazada.

En la problemática de la conciencia disidente la posibilidad de comprensión del carácter delictuoso de la conducta o la determinación conforme a esa comprensión se encuentra disminuida, porque pertenece a una "subcultura" que asume otros valores, por lo tanto el juzgador deberá atenuar la pena a imponerse (artículo 1015 CP).

III. Responsabilidad de las personas que ejercen la justicia paralela Aquí debemos partir de lo establecido en el artículo 149 de la Carta Política vigente:

"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

En primer término la norma constitucional viene a consagrar la jurisdicción especial o comunal ejercida por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. De esta forma, en nuestro territorio la función jurisdiccional no solamente es ejecutada por el Poder Judicial, mediante sus órganos jerárquicos (1º párr., artículo 138 Const.), la jurisdicción militar y la arbitral (inciso 1º, artículo 139) sino también por la denominada "jurisdicción especial o comunal".

Este reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y de sus órganos jurisdiccionales significa la legitimación sociológica de la pluralidad jurídica⁽⁵⁶⁾ del Perú. Esta pluralidad puede significar, en otras cosas, "un verdadero camino hacia la descentralización, una auténtica democracia participativa y mayor auge a la gestión del poder local, así como también la "desjuridización" en la medida en que se tienda a desmontar parte de la estructura jurídico-penal que existía con anterioridad"⁽⁵⁷⁾. Con ello se permitiría la reducción de los ámbitos de control social formal, lo cual debería interpretarse como una tarea enmarcada en los lineamientos del Derecho Penal mínimo.

En consecuencia las autoridades comunales con el apoyo de las rondas campesinas quedan autorizadas o legitimadas para ejercer la jurisdicción especial. De manera que no podrán ser pasibles de una imputación penal por usurpación de funciones, ni ejercicio de justicia por propia mano -delito contra la administración de justicia- (artículo 417 CP) ni tampoco de delitos contra la libertad como sería el caso de la ejecución de una detención de un presunto infractor, que hipotéticamente se calificaría como secuestro o coacción.

Este no sería el caso de los que tratan de reprimir ilícitos penales producidos en las zonas marginales de la capital de la República (ámbito popular urbano) o

de otro ámbito geográfico que no constituya una comunidad campesina o nativa pues el fundamento de su especial ejercicio jurisdiccional se encuentra en motivaciones culturales. En estos supuestos sería de aplicación, conforme a las particularidades del caso, los artículos 14 y 15 del texto penal patrio. Aquí, postulamos que el legislador tome parte de la realidad desatendida por la justicia formal y piense en fórmulas de solución para los hechos delictivos que se producen en la periferia de las grandes ciudades, pues no es poco frecuente que los pobladores ante la insatisfacción por la justicia formal impongan, a su manera, el orden y control social esperado, como una respuesta social al problema. Todo lo cual nos hace pensar en la oportunidad de dejar de lado el sistema tradicional e implantar en su lugar otro carente de sus rasgos esenciales, apoyado en controles naturales o informales, apoyado en coordenadas nuevas creadas con potente y sensata imaginación(58).

Ahora bien, el ejercicio de la jurisdicción especial deberá efectuarse "dentro de su ámbito territorial", frase que viene a poner un límite a la potestad jurisdiccional, lo cual es correcto pues solamente a la agrupación comunal le interesa resolver los conflictos ocurridos en su seno, más aun cuando los intereses son de vital importancia para la convivencia y continuidad de sus relaciones sociales. Salvo que las partes involucradas en el mismo decidan someterse a la jurisdicción ordinaria. Excepcionalmente los conflictos que sucedieran al exterior del espacio territorial de la comunidad campesina o nativa podrán ser vistos por la autoridad comunal cuando los actores pertenezcan a la comunidad -analógicamente lo sería la decisión de las partes de un conflicto de someterse a la jurisdicción arbitral-, lo cual implicaría asimismo el ejercicio del derecho a su "identidad étnica y cultural"(59). Pero cuando solamente una de las partes sea de la comunidad y el acontecimiento registrado sea de relevancia jurídico penal, la justicia ordinaria deberá analizar el caso en el marco del error de comprensión cultural mente condicionado, de ser el caso.

IV. Actuación judicial y responsabilidad en consideración a la costumbre No existe, en la labor de la judicatura ordinaria, criterios uniformes que ilustren la resolución de casos donde el autor o partícipes de un hecho considerado delictivo actuaron bajo un condicionamiento cultural o conciencia disidente -es necesario indicar que en esta última, hasta donde hemos podido revisar, la jurisprudencia no registra caso alguno, tal vez se explique implícitamente en la asunción de una interpretación restrictiva del artículo 15 CP, que solo admite el error de comprensión cultural mente condicionado-.

1. Error de comprensión culturalmente condicionado en el marco de la culpabilidad

A. En un caso ocurrido el 09 de marzo de 1998 en el que un integrante de la comunidad nativa de Quichua del Napo ultimó a otro que practicaba la brujería, bajo el argumento de que "representaba una amenaza contra la vida de la comunidad", pues, conforme a los valores comunales, la muerte se encuentra representada por el brujo. En primera instancia se sostuvo que "justificar el acto... no solo importaría mantener un estado de impunidad ostensible, sino convalidar un acto reñido con la ley y las costumbres de los pueblos más

remotos, que respetan la vida humana; que, si bien existe el imperativo de respetar la comunidad y las etnias de nuestra nacionalidad, con sus hábitos, costumbres y tradiciones no puede tal consideración significar la convalidación de un acto de muerte"(60), asimismo, señalan que el artículo 15 del texto punitivo vigente "obliga exonerar o atenuar la responsabilidad penal del agente que al momento de obrar "no ha comprendido el carácter delictuoso de su acto, por sus costumbres y cultura"(61). Posteriormente, en segunda instancia -última- los magistrados argumentaron que "el encausado no obstante pertenecer a una comunidad nativa tenía la posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto; es decir valoraba la vida de un ser humano, como cuando refiere que el agraviado había causado la muerte de sus familiares tildándolo de 'brujo' y por eso lo mató, dando a entender que el móvil fue la venganza; (...) de otro lado, el juzgador tiene en consideración las implicancias que podría generar una absolución en este proceso o una pena suspendida, si se tiene en cuenta que hay pérdida de una vida humana, por lo que más bien debe sentarse un precedente para las comunidades de esta parte del país en el sentido de que deben respetar la vida de sus semejantes"(62).

B. En otro caso similar al precedente, es decir, la muerte de otro que se dedicaba a actividades ligadas a la brujería, acaecido el 16 de mayo de 1998, los magistrados establecieron que "es admisible ciertamente que, habiendo... detectado al autor de sus males hubiera optado por su eliminación física, para acabar con él; sin que significara ello en su cosmovisión, un acto de magnitud, como para alertar su sentimiento de culpa; no obstante, la argumentación señalada... no resulta entera y rigurosamente validas, desde que, el derecho a la vida constituye un bien de superlativa significación, incluso en las etnias más alejadas y de menos desarrollo social", asimismo -al igual que en el caso precedente- se sostuvo que la norma del artículo 15 del Código Penal "obliga exonerar o atenuar la responsabilidad penal del agente" que al momento de obrar, "no ha comprendido el carácter de su acto, por sus costumbres y cultura", y que los hechos sometidos a proceso penal ""no solo ha violentado las normas básicas de su entorno, sino las que regulan la vida en sociedad de entidades ajenas a ella", y que "...la muerte violenta del agraviado, no ha constituido sino la terminación de la vida, bien jurídico protegido de primer orden, no solo en sociedades como las del imputado, sino en grupos y etnias que no han transitado por ella, dado que en ambas la valoración de la vida, es superlativa"(63).

Crítica

Observaríamos estas decisiones y sus argumentaciones por lo siguiente:

. En primer término por la falta de un desarrollo dogmático que encuadre el análisis de los hechos en la institución de la justificación putativa pues el procesado actuó, en ambos casos, en la creencia de que defendía o protegía (regla permisiva) la permanencia y continuidad de su ámbito cultural -interés macro-.

Esta carencia de deslinde dogmático lo único que provoca es la generalización del caso en detrimento de los derechos del individuo (privación de la libertad,

piénsese en el encarcelamiento de la persona, ¿se cumpliría los fines resocializadores en alguien que pertenece a otro ámbito cultural? Pensamos que únicamente implicaría la imposición de otros valores y cultura).

En segundo término la exaltación de la protección del valor de la vida humana solamente es predicable cuando se tiene en cuenta otras valoraciones provenientes del ámbito de procedencia del sujeto como podrían ser de corte sociológico o antropológico, en los casos en estudio, escuetamente, se cita "las conclusiones y recomendaciones" de un peritaje antropológico "¿odo este soporte legal si bien no va a eximir de la pena a quien cometa un delito, en el caso que nos ocupa, si bien es un acto punible, puede comprenderse mejor las circunstancias en que se cometió el delito y puede atenuarse la pena, por ausencia de la culpa subjetiva...", esta última frase es incongruente con el resto del texto pues si no existe una "culpa subjetiva", que debe traducirse en la falta de intencionalidad homicida, entonces, bajo qué razones se establece la responsabilidad penal del sujeto y se atenúa la pena, ¿acaso no se encuentra desterrada de nuestro sistema jurídico penal la simple responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva")?

. Asimismo, lo correcto era que el caso fuera conocido por la jurisdicción especial que autoriza la Constitución Política vigente, pues no existen limitaciones por clases de materias -en este caso un delito contra la vida humana- únicamente se proscribía que en el desarrollo de la actividad jurisdiccional especial no se conculquen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149 de la Constitución)(64). La administración de justicia oficial no debería sustraer y tratar de "resolver" los asuntos que son de competencia de la jurisdicción especial pues de esta manera solamente se estaría impidiendo realmente la consolidación de esta, y la declaración enarbolada por la actual Carta Magna devendría en mera literatura jurídica.

Por ello, que resulta incorrecto sostener que con la aplicación efectiva de la pena privativa de libertad -como sucede en ambos casos- se pretende "sentar un precedente para las comunidades" con la finalidad de tutelar el derecho a la vida;

es decir, a través de la prevención general negativa (prevención intimidatoria) se busca prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos, pero simplemente con esto se está imponiendo -visión del conquistador occidental- una valoración cultural en otro ámbito, desconociendo y aniquilando su identidad cultural.

. Lo incorrecto del tratamiento jurídico en ambos casos permitió que en el primero se aplicara una pena privativa de la libertad de cinco años mientras que en el otro una de cuatro años, ¿qué es lo condujo a esta diferenciación al momento de determinar judicialmente la pena?

. De otro lado, se interpreta erradamente los alcances del artículo 15 del Código Penal, al considerar que la confirmación de la culpabilidad del agente requiere simplemente que "no haya comprendido" la prohibición sino que "haya tenido la posibilidad de internalizar los valores protegidos", pues la norma es

clara al establecer "el que por su cultura o costumbres comete un hecho sin poder comprender... (65)".

. También, se percibe en el lenguaje utilizado en las decisiones judiciales rezagos de corte etnocentrista con las expresiones "... etnias más alejadas y de menos desarrollo social".

C. En un caso de secuestro y violación de la libertad sexual de una menor, de ocho años de edad, los magistrados consideraron que "los actos cometidos por el encausado son antijurídicos por no existir ninguna causa de justificación ni eximentes de responsabilidad penal y el procesado resulta culpable por no reunir ninguna causal de inimputabilidad... para la graduación de la pena a imponerse al acusado; si bien es cierto que proviene de la comunidad nativa de los 'Secoyas', no es menos cierto que la agraviada no es integrante de dicha etnia ni menos sus señores padres por lo que no resulta justificada su conducta, desde que no puede imponer su cultura y costumbres en una comunidad ya civilizada como era San Antonio de Lanche Poza, máxime si los padres de la agraviada no se la entregaron voluntariamente en cuyo caso sí hubieramos estado ante un error de prohibición por comprensión que señala el artículo quince del Código Penal, para eximirlo de responsabilidad; por lo que estando a sus condiciones personales y por su cultura y costumbres ya anotados que disminuyó su comprensión del carácter delictuoso de su acto, solo cabe la atenuación de la pena conforme a lo dispuesto por la parte in fine del referido numeral quince del Código Penal"(66). Al procesado se le condenó a ocho años de pena privativa de libertad efectiva.

Crítica

. Se puede notar del texto reseñado que el juzgador prescinde, para la reducción de la pena, de una pericia antropológica u otro elemento que permita conocer cuáles son las costumbres de la comunidad nativa de los "Secoyas" en la unión conyugal. Instrumento que posibilitaría demostrar o no que los hechos en cuestión responden a una pauta de índole cultural pues según la transcripción antes glosada no nos hallaríamos ante una conducta que tenga tales características, de modo que el juzgador no realizó una evaluación correcta de los hechos y aplicó indebidamente los alcances del artículo 15 del texto punitivo vigente.

. A su vez, la sentencia considera a la comunidad antes nombrada como incivilizada ("... no puede -se refiere al inculcado- imponer su cultura y costumbres en una comunidad ya civilizada..."(67)). Lo que implica una vez más la constatación de que algunos magistrados aún mantienen una visión retrógrada respecto de las comunidades nativas.

. De otro lado, conforme a la evaluación hecha por el juzgador los hechos no corresponden a un comportamiento que debería ser valorado desde el ángulo cultural pues se considera que los actos son antijurídicos y que no existe causal de justificación alguna, además se precisa que los padres de la agraviada no dieron su consentimiento para que el procesado se la llevara, elemento que hubiese permitido encuadrar la conducta del agente como un

error de prohibición por comprensión, por tanto los hechos no debieron ser evaluados bajo los lineamientos del artículo 15 del Código Penal.

D. En otro caso de violación de la libertad sexual de menor de edad, en el que los sujetos procesales pertenecen al ámbito comunal y no ha mediado una coacción para el acto sexual, asimismo habían contraído matrimonio(68), los magistrados aplicaron una pena privativa de libertad reducida al imputado (cuatro años de pena privativa de libertad suspendida), sosteniendo que "si bien... la Constitución Política del Estado protege el derecho a la identidad étnica y cultural de las Comunidades Nativas, también lo es que conforme al artículo ciento cuarenta y nueve de dicha Carta Magna el ejercicio de la función jurisdiccional de las Comunidades Nativas puede ejercerse, cuando la ley lo reglamente, de conformidad con el derecho consuetudinario, pero siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona; y el derecho a la integridad moral, física y el honor son derechos fundamentales que se encuentran también protegidos por la Constitución en sus artículos primero y segundo inciso primero, que en consecuencia no pueden ser lesionados por costumbre alguna... por lo que su transgresión no puede ser ocultada por un supuesto error de comprensión culturalmente condicionado; que lo que sí puede y debe aceptarse es que por el hecho de ser una persona producto de esa cultura nativa, criada y desarrollada conforme a sus valores culturales autóctonos, por cuya razón la comprensión del carácter delictuoso de su acto haya sido disminuida y por ello sea pasible de atenuación de la pena, debe ser amenguada su pena, en aplicación de la última parte del artículo quince antes enunciado".

Crítica

. En principio, los magistrados interpretan incorrectamente los alcances de la norma contemplada en el artículo 149 de la Carta Magna pues la barrera infranqueable que supone los derechos fundamentales de la persona es para aquellos que en el ejercicio de la jurisdicción comunal se excedan en sus funciones y vulneren esos límites y no para aquellos que no poseen tales facultades, como es el caso del procesado.

. Asimismo, conforme al texto reseñado, la jurisdicción comunal aun se encuentra suspendida en su ejercicio pues requiere de la autorización de una norma reglamentaria ("... puede ejercerse, cuando la ley lo reglamente"). Tesis que no compartimos pues tal jurisdicción se encuentra vigente, siendo lo único necesario una ley que regule la coordinación de ella con las distintas instancias del Poder Judicial, como se dejó establecido en el segundo capítulo del trabajo presente.

. También, se destaca el hecho de que se haya aceptado que el procesado es "producto y desarrollo" de una cultura nativa y por tanto su comportamiento responde a tal cultura pero no se le haya eximido de responsabilidad penal sino, contradictoriamente, tan solo se haya reducido la pena.

. Por otro lado, no se menciona pericia antropológica que permita conocer por qué la comprensión del carácter delictuoso se halla disminuida sino

simplemente se infiere de su condición de nativo, lo cual nos permite concluir que los magistrados se limitan a constatar esa realidad para reducir la pena.

2. La conducta delictiva evaluada como una causal de justificación

A. En otro caso similar, es decir, de muerte de un sujeto que se dedicaba a la brujería en una comunidad nativa, cercana a la frontera con la República del Ecuador, los magistrados sostuvieron que "... encuadrándose dichos hechos como una cuestión de costumbre, no de matar a los brujos sino que por sus costumbres estos individuos no logran determinar que matar a una persona por más que este sea brujo es un delito que en los parámetros de nuestra cultura occidental debe ser sancionada drásticamente, por el contrario, y como lo demuestra de manera tangencial el memorial dirigido al juzgado efectuado por los moradores de la comunidad, el hecho de haberle dado muerte al 'brujo malo' es un acto de liberalización de la comunidad por las fuerzas malignas y tratando de restituir el balance perdido en dicha comunidad, por ello deberá enmarcarse dicho acto en el artículo quince del Código Penal que si bien es cierto que no elimina la responsabilidad sin embargo sí la atenúa(...) que se trata de un homicidio simple(...) producto del condicionamiento cultural de un pueblo que cree en las fuerzas de la brujería y de la alteración de su propia existencia, por lo que es de aplicación no solo las normas ordinarias del Código Penal(...) sino también las contenidas en el Convenio ciento sesentinueve de la Organización Internacional del Trabajo..."(69). Finalmente, se impuso al procesado una pena privativa de libertad de cuatro años, cuyo cumplimiento le fue suspendido.

Crítica

. Esta decisión judicial es coherente en su contenido y resolución -a diferencia de las dos anteriores- pues acertadamente se considera que la conducta imputada al procesado estuvo motivada en una valoración cultural distinta ("acto de liberación de la comunidad de fuerzas malignas"), que deberá ser entendida como una causal de justificación incompleta pues los magistrados consideraron que no era suficiente para eximir de responsabilidad penal sino únicamente para atenuarla (decisión que no compartimos por los argumentos desarrollados en las líneas precedentes).

. Lo que habría que observar a esta resolución es que si bien se ampara en un peritaje antropológico "donde se da explicaciones sobre el desarrollo de los miembros de estas comunidades y de la fuerte cosmovisión (costumbres, creencias, mitos, simbolismo) donde los brujos malos alteran el mundo y solamente la muerte puede salvar a dicho grupo porque si no lo hace puede desaparecer a los miembros de dicha comunidad", no se haya eximido de responsabilidad penal al procesado sino por el contrario se haya penado bajo el pretexto de que a pesar de todo "es un delito", con ello nuevamente se comprueba la imposición de valores culturales a otros ámbitos distintos del oficial.

. Asimismo, al igual que en los casos anteriormente citados lo recomendable era que los hechos sean conocidos por la jurisdicción especial o comunal que autoriza la Carta Magna.

3. El error de comprensión como un error de tipo

A. En un caso de "violación sexual de menor de edad", donde la "víctima" tenía trece años de edad y el sujeto activo, al igual que la citada, pertenecía al "ámbito comunal" (se reconoce que el procesado es "de procedencia campesina y por lo tanto carece de muchos elementos de la cultura occidental"), además entre ambos mediaba un vínculo sentimental (enamorados) y las relaciones sexuales que sostuvieron no fueron en contra de la voluntad -pues así lo expusieron en el desarrollo de la instrucción penal-(70). Los magistrados consideraron que se había acreditado la comisión del delito imputado y la responsabilidad penal del procesado y que a efectos de determinar el quantum de la pena imponible se debería tener en consideración "las condiciones personales del imputado, quien efectivamente es un hombre de campo donde las costumbres arraigadas en la zona de donde proviene es precisamente tener relaciones sexuales con mujeres menores y formar sus hogares a corta edad, costumbre que ha sido asimilada por las comunidades ribereñas que tienen su origen precisamente en comunidades ancestrales y cuyos conceptos de familia están basados en presupuestos socioeconómicos y sexuales distintos a los que se tienen en la sociedad occidental, por ello es que en este proceso de manera clara acepta haber mantenido relaciones sexuales con esta niña, como si fuera lo más normal por cuanto en su concepción no está concebido esto como un delito, situaciones que las normas penales, como el artículo quince del Código Penal, establecen como un error de tipo culturalmente condicionado, sin embargo por tratarse de personas que están integradas a nuestro mundo cultural solo le alcanza la última parte de dicho dispositivo penal es decir la posibilidad de una atenuación de la pena".

Crítica

. Los argumentos expuestos por los magistrados son incoherentes puesto que por una parte afirman que el procesado procede de un lugar de "costumbres arraigadas", donde es "normal" que se mantenga relaciones sexuales con menores de edad e inclusive se forme un hogar ("presupuestos distintos a los de la sociedad occidental"), por otra parte se concluye penando. En otros términos esto significa que se ha sancionado simplemente por el ejercicio de una pauta cultural y con ello se trata de imponer los valores de la llamada "cultura occidental", en contradicción con lo previsto en el inciso 19 del artículo 2 de la Carta Magna vigente (derecho a la identidad cultural).

. De otro lado, se califican los hechos como "error de tipo culturalmente condicionado", y, como es reconocida en la doctrina, la institución del error de tipo tiene dos clases, una invencible y otra vencible, y tal como se exponen los sucesos en la sentencia estos corresponderían a un caso de vencibilidad, pues finalmente se atenuó la pena. Llama la atención que no se haya reparado en que los casos de vencibilidad del error de tipo solamente son sancionados cuando el delito se encuentra previsto en la modalidad culposa, y haciendo una

revisión del texto punitivo no existe una violación de la libertad sexual culposa (tampoco podría imaginarse). En suma, los magistrados utilizaron equivocadamente una institución del Derecho Penal y más aun cuando el artículo 14 del Código sustantivo es claro al respecto. Lo recomendable era que desarrollaran el error de comprensión culturalmente condicionado en el marco de la teoría de la culpabilidad para darle coherencia a su decisión.

. Tampoco existe una pericia antropológica u otro elemento que sustente la idea de que el procesado era una "persona integrada al mundo cultural occidental", circunstancia que permitió -según la sentencia- que le alcanzará la reducción de la pena.

B. En otro caso de supuesta omisión de comunicar un delito a la autoridad (delito contra la función jurisdiccional), donde se le imputa la comisión de tal conducta al teniente gobernador de una localidad amazónica, al haber pretendido solucionar un problema de violación sexual de una menor de edad a través de una indemnización económica, haciendo firmar un acta de compromiso de pago a agente infractor. Los magistrados sostuvieron que "si bien es cierto que esta persona tiene el cargo de teniente gobernador, es una costumbre de estas autoridades solucionar conflictos que se presentan en su jurisdicción pero, sin embargo, nunca han recibido una capacitación para obrar en casos de delitos de esta naturaleza, incluso el procesado ha referido que la comunidad ha nombrado a dos cabos y un sargento, que son las personas que le apoyan para ejercer mejor su función de teniente gobernador, es decir se obra con desconocimiento de la ley en relación a que cosa es un delito, por cuanto sus costumbre y su realidad es muy ligera, nada tiene que ver con la comisión de delitos, con lo que se demuestra que esta persona ha obrado dentro de un error de tipo penal previsto y sancionado en el artículo catorce del Código Penal, por cuanto los miembros de diversas comunidades campesinas de Loreto, ubicadas en las riberas de los ríos de nuestra amazonía así conviven con la naturaleza y en sociedad muy naturalmente, tratando de dar solución a sus conflictos de manera inmediata, sin emplear ni conocer los parámetros de la justicia occidental, pero sobre todo tratan de vivir en paz social y los conflictos que aparecen en dichas comunidades son solucionados de manera inmediata a través de la intervención directa de las autoridades comunales"(71). Finalmente, se absolvió de los cargos al imputado porque después de todo él había informado de los hechos ilícitos (violación de la libertad sexual) a la autoridad policial.

Crítica

. Observamos en el razonamiento de los magistrados un craso error al calificar una conducta que tiene en su base al "desconocimiento de la ley en relación a que cosa es un delito" como un error de tipo cuando en realidad es un error de prohibición, pues no gira sobre una condición o situación fáctica sino jurídica, tal como lo reconocen los propios magistrados. Asimismo, se hace mención de que el procesado forma parte de una comunidad en la que es una costumbre que los conflictos se solucionen de manera inmediata, entonces por qué se le procesa si es que está simplemente ejerciendo la jurisdicción especial que

autoriza la Carta Magna vigente. En suma, existe imprecisión y desconocimiento en el manejo de las herramientas dogmáticas.

. Además, en el texto transcrito se observa un razonamiento de corte etnocéntrico al considerarse que el procesado tiene "costumbres de una realidad ligera".

4. Casos que no corresponden al error de comprensión culturalmente condicionado

A. En un caso de corrupción de magistrados, (el procesado entregó una suma de dinero a cambio de que se le favorezca en dos procesos judiciales por el ilícito penal de abigeato iniciados en su contra), se redujo la pena (2 años de pena privativa de libertad suspendida) atendiendo a los efectos previstos por el artículo 15 del Código Penal, al considerar que "el procesado es persona humilde, de más de sesenta años de edad, dedicada a la agricultura, únicamente con instrucción primaria y su actuación ha sido en la creencia de que actuaba correctamente pues no estaba en la capacidad de discernir la ilegalidad de la infracción penal que estaba cometiendo"(72).

Crítica

. Aquí prima la carencia de fundamentos que expliquen los motivos que conducen a canalizar los hechos investigados bajo los alcances del artículo 15 del CP (error de comprensión cultural mente condicionado o conciencia disidente). Se considera, escueta y erradamente, que la simple falta de instrucción y la condición humilde del procesado es suficiente para comprender su actuar bajo los lineamientos del error de comprensión cultural mente condicionado, cuando lo correcto es considerar esas circunstancias bajo los lineamientos establecidos por los artículos 45 y 46 del CP (individualización judicial de la pena) y no por los del articulado en cuestión puesto que aquí solamente se subsume el comportamiento de aquellos que pertenecen a otro espacio o ámbito cultural distinto al oficial como el de los miembros de una comunidad campesina o nativa, calidad que no ostenta el procesado. Por tanto el tratamiento jurídico que se otorga al caso en estudio es incorrecto. .

. Asimismo, si se afirma que "su actuación ha sido en la creencia de que actuaba correctamente" lo correcto era que se analizara el caso en el marco de un error de prohibición indirecto, previsto por el artículo 14 del texto penal vigente.

B. En otro caso se procesó penalmente a una persona por el delito de ejercicio ilegal de la medicina (artículo 290 CP), a quien se le incautó objetos utilizados en sesiones de curanderismo. En primera instancia se impuso la sanción de un año de pena privativa de libertad y posteriormente la Sala Penal lo absolvió argumentando que "la simple posesión de objetos que presumiblemente sirven para sesiones de curanderismo resulta insuficiente para acreditar en el grado de certeza positiva la comisión del delito imputado, toda vez que nadie lo ha denunciado como agraviado y siendo el ejercicio de la medicina folklórica una práctica habitual en nuestras serranías y campiñas donde tiene mayor vigencia

el error de comprensión culturalmente condicionado al que se refiere el artículo quince del Código Penal"(73).

Crítica

. Notamos que básicamente dos son los argumentos que sustentan el fallo del juzgador: la insuficiencia probatoria y la práctica habitual del curanderismo en lugares de primacía del error de comprensión culturalmente condicionado. En primer término diríamos que no estaríamos ante un supuesto de insuficiencia probatoria sino ante un hecho atípico pues la posesión de los indicados elementos es irrelevante ya que el ejercicio ilegal de la medicina implica la usurpación de una actividad profesional, que supone labores de diagnóstico, tratamiento y prevención, pero en el caso se trata de un comportamiento ligado a la llamada "medicina natural" (o folklórica), es más, la sola tenencia sería una de las formas de actos preparatorios impunes.

. En cuanto al segundo argumento, tal como hemos precisado líneas arriba, desde un inicio debió comprobarse si el procesado pertenecía a una comunidad campesina o nativa para encuadrar su comportamiento en los lineamientos del error de comprensión culturalmente condicionado, juicio que no observó el juzgador, que solamente se limitó a considerar un aspecto de carácter geográfico, la "práctica habitual en nuestras serranías y campiñas".

5. Caso particular (ejercicio de la jurisdicción comunal)

En otro caso(74), donde los integrantes de una comunidad campesina detuvieron a un presunto abigeo y luego lo sancionaron con tres días de trabajo en cada una de las bases de las rondas campesinas, la Corte Superior de Justicia de Ancash estableció que: "Si bien es cierto que el artículo 149 de la Constitución Política del Estado faculta a que las comunidades campesinas y nativas con apoyo de las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, en el caso sub judice, precisamente se ha violado el derecho a la libertad, pues así se ha demostrado con las diversas pruebas actuadas...", en consecuencia fallaron condenando por el ilícito penal contra la libertad individual.

Crítica

. Si bien es cierto que objetivamente se ha producido una vulneración de la libertad individual del presunto abigeo, no obstante ello forma parte del conjunto de sanciones que se imponen legítimamente en una jurisdicción cualquiera, en este caso para la "jurisdicción especial o comunal", reconocida expresamente por el artículo 149 de la Carta Magna vigente, por tanto las autoridades comunales simplemente estaban haciendo ejercicio legítimo de sus potestades jurisdiccionales. Asimismo, tampoco era un delito pues el artículo 15 descriminaliza este tipo de comportamiento que tiene en su base una valoración cultural distinta. Lo que sucede es que erróneamente "identifican el ejercicio de funciones jurisdiccionales con violación de derechos humanos"(75).

DOCTRINA

- ABASTOS, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena". En: Asuntos Indígenas del Perú. Ministerio de Justicia y Trabajo. Año 1. Vol. 1. N2 1. Lima, 1949.
- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Proyecto de autocapacitación asistida "redes de unidades académicas judiciales y fiscales". Serie de Jurisprudencia N2 1. Lima, 1999.
- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. "Tendencias jurisprudenciales de las cortes superiores. Proyecto de autocapacitación asistida 'redes de unidades académicas judiciales y fiscales'. Serie de Jurisprudencia N° 3. Lima, 2000.
- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. "Sentencias de Derecho Penal Especial. Tendencias jurisprudenciales de las cortes superiores. Proyecto de autocapacitación asistida 'redes de unidades académicas judiciales y fiscales'. Serie de Jurisprudencia N° 4. Lima, 2000.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco. "Etnia y represión penal". Centro de Investigación y Promoción Amazónica. Lima, 1980.
- BECERRA, Nicolás E. "Diversidad cultural y Derechos Humanos". Pág. 6.
- BENÍTEZ N., Hernán Darío. "Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano, ¿inimputabilidad o inculpabilidad?". Temis. Bogotá, 1988.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "Crisis del derecho represivo". Edicusa. Madrid, 1977.
- BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". San Marcos. Lima, 1995. Pág. 149.
- CERVINI, Raúl. "Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica". En: Revista de Derecho Penal (separata). N° 8. Octubre. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1988.
- COLMENARES OLÍVAR, Ricardo. "Sistema de justicia penal formal y el Derecho consuetudinario wayuu". En: Capítulo Criminológico. Vol. 24. N° 2. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1996.
- CORNEJO, Ángel Gustavo. "Comentarios al nuevo Código Penal". Librería Científica Francesa. Lima, 1926.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "Individualización judicial de la pena (función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal)". Colex. Madrid, 1997.
- FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. "Pluralidad cultural y Derecho Penal". En: Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Material de Lectura. Lima, 1992.
- GARCÍA VÍTOR, Enrique. "Diversidad cultural y Derecho Penal (aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos)". Colección Jurídica y Social N° 36. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Argentina, 1993.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General". Civitas S.A. Madrid, 1987.
- HURTADO POZO, José. "La ley 'importada'. Recepción del Derecho Penal en el Perú". Cedys. Lima. 1979. HURTADO POZO, José. "Artículo 15 del Código

Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?". En: www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf. HURTADO POZO, José. "El indígena ante el Derecho Penal: caso peruano (en línea)". Universitas Friburgensis. Derecho Penal (citado el 12 de diciembre de 2001). En: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo2.pdf.

JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General (fundamentos y teoría de la imputación)". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995.

MIR PUIG, Santiago. "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español". En: El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho. Ariel S.A. Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 4~ edición, corr~gida y puesta al día con arreglo al CÓdigo Penal de 1995. PPU. Barcelona, 1996.

MUNOZ CONDE, Francisco. "La objeción de conciencia en Derecho Penal". En: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin). Silva Sánchez (ed.). Bosch. Barcelona, 1997.

PEÑA CABRERA, Raúl. "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y 15 del Código Penal peruano". En: Revista de Derecho Penal y Criminología (separata) N° 3. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, 1993.

RAGUÉS I VALLES, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Bosch. Barcelona, 1999.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica". En: www.alertanet.org/F2b-eSanchez.htm.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. "Culpabilidad y Prevención". En: Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Marcos Lemer/La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, 2001.

VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3~ edición. Lima, 2002.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Control penal y diversidad étnico-cultural". En: Conflicto y sistema penal (diez estudios sobre la actual reforma). Colex. Salamanca, 1996.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Marco Constitucional para la Pluralidad Jurídica". En: Desfaciendo entuertos. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCes). Año 3. W1. Octubre de 1996. Lima.

YRURETA, Gladys. "El indígena ante la ley penal". Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo IV. Ediar. Buenos Aires, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La parte general del proyecto de Código Penal". En: Política Criminal (Presupuestos científicos para la Reforma del Código Penal). Afa. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Política criminal latinoamericana".

JURISPRUDENCIA

"Los encausados son miembros y directivos de la Ronda Campesina de Acapara y como tales decidieron resolver un problema conyugal-familiar aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral. Se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe tomarse en cuenta también el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron y evaluarse la circunstancia que los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo de mantener unida a dicha familia, por lo que se podría tomar la producción de los hechos bajo el contexto de un error culturalmente condicionado".

(Ejecutoria Suprema 07/11/97. Exp. 4160-96. Ancash).

"La sola posesión de objetos presumiblemente usados en sesiones de curanderismo, es prueba insuficiente para demostrar el ejercicio ilegal de la medicina, máxime si se considera que la práctica de la medicina floklórica es un hecho habitual en las zonas de la serranía, estando frente a un caso de error de comprensión culturalmente condicionado".

(Sentencia 09/08199. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Exp. 98-93. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 82).

"El hecho de que el inculpado miembro de una comunidad nativa mate a otra persona argumentando que lo hizo porque al ser un brujo había originado la muerte de sus familiares, no lo exime de pena en tanto el derecho a la vida es valorado tanto en la sociedad occidental como en los diversos grupos étnicos; sin embargo procede, en virtud del error de comprensión culturalmente condicionado, atenuar la pena a imponerse".

(Sentencia 17/02/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Exp. 98-173. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 82).

"Si bien el error culturalmente condicionado exime o atenúa la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud de su cultura o sus costumbres, la sola condición de miembro de una etnia amazónica del inculpado por delito de actos contra el pudor, no lo exime de responsabilidad; procedería la exención de pena en caso el inculpado y la víctima vivieran en la misma comunidad, teniendo las mismas costumbres. El hecho de que el inculpado haya salido de su comunidad hacia un centro poblado no indígena y sometiera a actos contra el pudor a una menor de dicho lugar, sustrayéndola de su casa y ocultando a las autoridades el hecho, no puede ser eximido de pena, a pesar de que señale que lo realizó según sus costumbres; en dicho caso, solo procede tomar en cuenta las condiciones personales del inculpado, su cultura y costumbres, que disminuyen su comprensión del carácter delictuoso de su conducta, atenuando la pena".

(Sentencia 10/08/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Loreto. Exp. 98-0175-191601. Sala Penal).

"La conducta del encausado, siendo hijo de una nativa Ashaninka que por su cultura no puede interiorizar o no puede comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrúa y puede tener hijo, amerita la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado". I

(Ejecutoria Suprema. Exp. 2456-99. Junín. Chocano Rodríguez, Reiner y Valladolid Zeta, Víctor. "Jurisprudencia Penal". Jurista. Lima, 2002. Pág.15).

(27) HURTADO POZO, José. "El indígena ante el Derecho Penal: caso peruano (en linear. Universitas Friburgensis. Derecho Penal (citado el 12 de diciembre de 2001). En: www.unifr.ch/derechopena/VarticuJosHurtadoPozo2.pdf Comentando la fórmula del artículo 15 del Código Penal, HURTADO POZO, en "Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", critica la falta de cuidado por parte del legislador peruano basándose en la propuesta de Zaffaroni (que era presentar una causa de ausencia de culpabilidad): "Hubiera bastado, una vez aceptada como correcta la previsión de esta categoría dogmática, tomar la distancia debida teniendo en cuenta la legislación y la concepción teórica sobre las cuales había sido imaginada. De esta manera, se hubieran evitado los problemas de interpretación (...) Sin embargo, no se procedió así debido a que se asumió de manera 'dogmática' y no creativa la propuesta", Agrega que "hay que admitir que por su complejidad requiere una pluralidad de respuestas para considerar sus diferentes aspectos. Respuestas que deben ir desde la no intervención cuando el suceso penalmente significativo acaece al interior de una comunidad completamente aislada y que no tiene repercusiones en el resto de la sociedad, hasta la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en la ley penal teniendo en cuenta las pautas culturales que han condicionado el comportamiento del agente. En este caso, debe jugar un papel significativo la categoría del error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que es superfluo prever una regla como la prevé el artículo 15".

(28) Ibídem. Pág. 91.

(29) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "Individualización judicial de la pena (función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal)". Col ex. Madrid, 1997. Págs. 127 y sgte.

(30) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General (fundamentos y teoría de la imputación)". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 659.

(31) Ibidem La relación entre la socialización exótica y la atribución del conocimiento es desarrollada por RAGUÉS I VALLÉS, quien afirma que "la referencia a la figura de los conocimientos mínimos ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hacen posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se

fundamente dicha admisión en ciertas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre este y la sociedad en el seno de la cual se realiza la imputación(...) imagínese el caso en el que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que 'siguiendo una tradición continental', apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es algo que cuando menos se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de esta(...) En el ámbito de los conocimientos mínimos se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le debe atribuir los conocimientos mínimos en sentido estricto, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, conocimientos mínimos en sentido amplio, es decir, aquellos cuya ausencia de personas imputables solo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto (...) El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los conocimientos mínimos en sentido amplio solo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina 'cultura occidental' han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada 'cultura occidental' (RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal". Bosch. Barcelona, 1999. Págs. 387 y sgtes.).

(32) TERRADILLOS BASOCO también se inclina por la solución de la inimputabilidad. Expresa que "sin embargo, no puede seguirse manteniendo una visión de inimputable como inferior, incapaz de decidir consciente y libremente. Si se es coherente con el concepto material de culpabilidad propuesto, cualquiera que sea el origen de la incapacidad para ser motivado, ha de ser determinante de inimputabilidad. Y, por seguir con el texto del Código Penal español, si inimputable es quien padece alteraciones en la percepción, hay que referir esos términos al contexto valorativo-jurídico en el que se insertan. No se trata de declarar inimputable al daltónico, por mucho que sufra alteraciones en la percepción. La percepción que aquí interesa es la referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales. Y el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el Derecho Penal carece de esa percepción (...) La solución del error de prohibición, incluso en su modalidad de error cultural mente condicionado, desconoce las diferencias estructurales que median entre quien, compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo, y quien se rige por pautas culturales globales distintas. Desconoce el pluralismo cultural (...) Desde el punto de vista práctico, la solución de apreciar inimputabilidad en estos casos enlaza mejor con la idea

de que motivabilidad significa también responsabilidad de los poderes públicos en la integración social del mayor número de ciudadanos. Lo que puede traducirse en la 'imposición' al inimputable de medidas educativas, que, por razones obvias, han de ser voluntarias y, en cuanto integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosas de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales" (TERRADILLOS BASOCO, Juan M. "Culpabilidad y Prevención". En: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Marcos Lerner Editora Córdova-La Lectura Libros Jurídicos, Córdova, 2001. Pág. 248).

(33) Ibidem. Pág. 90. Comparte la misma tesis FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. "Pluralidad cultural y Derecho Penal". En:

Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Material de Lectura. Lima, 1992. Pág. 156, quien asevera que "la consecuencia penal de este error es similar al de un error de prohibición inevitable (al igual que el caso del error culturalmente condicionado), por lo que no existe culpabilidad y consecuentemente tampoco una sanción penal)".

(34) Ibidem. Pág. 97.

(35) HURTADO POZO, José. Op. Cit., fundamenta la inaplicabilidad del Derecho Penal en el siguiente supuesto: "el conflicto cultural, implícito a la comisión de un delito y a la reacción estatal, puede ser absoluto. Por ejemplo, en el caso de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código Penal), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo, ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida en que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha interiorizado mediante el proceso de inculturación.

Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación (...) tratándose de tribus que viven aisladas y en la autarquía, cabe preguntarse si resulta conveniente la intervención del Estado mediante el Derecho Penal. En los ejemplos dados, el elemento que parecería justificar una respuesta positiva es la importancia del bien o derecho violado (la vida de personas). Por el contrario, nadie ha pretendido sancionar a los nativos de la selva como responsables de exhibiciones obscenas por el hecho de andar desnudos. Sin embargo, en ambos casos lo decisivo es de determinar si la intervención penal es necesaria. En nuestra opinión sus efectos serían más bien negativos por lo que debiera más bien respetarse, en primer lugar, la reacción del propio grupo social y, al mismo tiempo, favorecer una mejora sustancial en sus condiciones de vida".

- (36) SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica". En: www.alertanet.org/f2b-esanchez.htm.
- (37) BENÍTEZ N., Hernán Darío. "Tratamiento juridicopenal del indígena colombiano, ¿inimputabilidad o inculpabilidad?". Temis. Bogotá, 1988. Pág. 172.
- (38) ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cil. Pág. 201.
- (39) BECERRA, Nicolás E. "Diversidad cultural y Derechos Humanos". Pág. 6.
- (40) FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. Op. Cil. Pág. 156.
- (41) GARCÍA VÍTOR, Enrique. Op. Cil. Pág. 22.
- (42) Ibídem. Pág. 23.
- (43) Ibídem. Págs. 23 y sgte.
- (44) Luego de un intenso debate entre los comisionados integrantes de la comisión revisora del Código Penal (creada por Ley N° 27837), que vienen elaborando una propuesta de nuevo proyecto de Código Penal, se ha mantenido en el texto del proyecto de Parte General, la actual fórmula del artículo 15.
- (45) BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. "Código Penal anotado". San Marcos. Lima, 1995. Pág. 149.
- (46) YRIGOYEN FAJARDO. Raquel. Pág. 97.
- (47) FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. Op. Cil. Pág. 159.
- (48) PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 608.
- (49) VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. Pág. 421.
- (50) ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cil. Pág. 205.
- (51) Por su parte, el pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos aliado del derecho oficial, dentro del mismo marco social, por ejemplo, las comunidades nativas y las rondas campesinas.
- (52) MUÑOZ CONDE, Francisco. "La objeción de conciencia en Derecho Penal". En: Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro homenaje a Claus Roxin). Silva Sánchez (ed.). Bosch. Barcelona, 1997. Pág. 293.
- (53) Ibídem. Pág. 283.
- (54) Ibídem. Págs. 281 y sgte.
- (55) Ibídem. Pág. 280.
- (56) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Marco Constitucional para la Pluralidad Jurídica". En: Desfaciendo Entuertos. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCAs). Año 3. N° 1. Octubre de 1996. Lima. Pág. 21.
- (57) COLMENARES OLÍVAR, Ricardo. "Sistema de justicia penal formal y el Derecho consuetudinario wayuu": En: Capítulo Criminológico. Vol. 24. N° 2. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1996. Pág. 114.
- (58) BERISTAIN IPIÑA, Antonio. "Crisis del derecho represivo". Edicusa. Madrid, 1977. Pág. 232.
- (59) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Op. Cil. Pág. 23.
- (60) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. "Tendencias jurisprudenciales de las cortes superiores. Proyecto de autocapacitación asistida 'redes de unidades académicas judiciales y fiscales". Serie de Jurisprudencia 3. Lima, 2000. Págs. 196 y sgte.
- (61) Ibídem. Pág. 196.

- (62) Expediente N° 98-173-191601-SP-02 proveniente de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Sentencia de 17 de marzo de 1999.
- (63) Ibidem. Págs. 202 y sgte.
- (64) Cfr. FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. Op. Cil. Pág. 32.
- (65) El subrayado es nuestro.
- (66) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia N°3. Lima, 2000. Pág. 191.
- (67) El subrayado es nuestro.
- (68) Expediente N° 98-00320-0101 04-JP01, proveniente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas. Sentencia de 24 de febrero de 1999.
- (69) Expediente N° 98-0302.191601-SP-03 proveniente de la Corte Superior de Justicia de Loreto.
- (70) Expediente N° 97-0061-191601-SP-01 . proveniente de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Sentencia de 04 de noviembre de 1999.
- (71) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. "Sentencias de Derecho Penal Especial (Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores). Proyecto de autocapacitación asistida 'redes de unidades académicas judiciales y fiscales". Serie de Jurisprudencia N° 4. Lima, 2000. Pág. 473.
- (72) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. "Proyecto de autocapacitación asistida 'redes de unidades académicas judiciales y fiscales". Serie de Jurisprudencia N° 1. Lima, 1999. Págs. 487 y sgte.
- (73) Serie de Jurisprudencia N° 3. Pág. 183.
- (74) Expediente N° 110-98, proveniente de la Corte Superior de Justicia de Ancash. Sentencia de 23 de noviembre de 1998.
- (75) Ibídem.

CAPÍTULO II

TENTATIVA

TENTATIVA DE DELITO

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arts. 8, 9, 10, 46, 47, 48

C.P. arts. 1, IV, VII, IX, 17, 18, 19, 440. 1

LEY N° 27939 (12.02.03) arto 8

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

1- Preliminar

1. La tentativa delictiva, conforme a una estructura tripartita del delito, constituye una conducta poseedora de tipicidad y antijuridicidad penales, constitutiva de injusto punible(1), Definida ella, en lo esencial, como la ejecución voluntaria de un delito (no en un mero sentido formal-objetivo) no seguida de su consumación, para adquirir tipicidad penal la regulación del particular hecho punible intentado debe ponerse siempre en relación con el transcrito artículo 16, porque los tipos de la Parte Especial del CP solo describen delitos formalmente consumados (vide infra).

De acuerdo con ello, el de tentativa constituye un tipo penal dependiente, inaplicable por separado, puesto que sus elementos y contenido no pueden entenderse en sí mismos, sino que deben estar referidos al tipo de una determinada clase de delito: no existe ninguna tentativa por sí propia, sino solo, por ejemplo, una tentativa de homicidio. En palabras de ZAFFARONI: "no hay un delito de tentativa, sino únicamente una tentativa de delito"(2). En este sentido, se asevera que el específico tipo de tentativa surge del correspondiente delito consumado(3), se construye y fundamenta formal y materialmente a partir de él: en tal medida, constituye una causa de extensión de la tipicidad. Por tanto, la afirmación de que la ejecución de una conducta es fundante de tentativa, presupone siempre su tipicidad, el estar contenida por adecuación en el tipo resultante de la relación entre el artículo 16 y el particular precepto(4) (procedimiento que, como se verá al tratar el comienzo de la ejecución delictiva, no puede agotarse en una mera labor de subsunción formal, sino que implica necesarias valoraciones extra gramaticales)(5).

Por su parte, la antijuridicidad de una tentativa reside fundamentalmente en el disvalor de acción (si bien lo injusto de una tentativa de delito también puede incrementarse por la concurrencia de un disvalor de resultado⁽⁶⁾, a comprobarse ex post, v.gr. la producción de un resultado de peligro concreto), cuya afirmación implica reparar básicamente en la objetiva peligrosidad ex ante de la conducta (graduable v.gr. según el desarrollo que haya alcanzado: una tentativa acabada es más disvaliosa que una in acabada) perturbadora del bien jurídico, el modo y forma de su realización, como en su dirección subjetiva, que ha de ser exclusivamente dolosa (vide infra), a la consumación delictiva⁽⁷⁾. La tentativa configura, de este modo, no solo un injusto propio y diferenciado, sino también de menor entidad, en comparación con su correspondiente delito consumado (lo que de lege lata queda evidenciado en la atenuación obligatoria -y no solo facultativa- de la pena que le reserva el artículo 16, párrafo segundo). Conforme al tipo de injusto de la tentativa, se consigue que un delito ya no acarree una sanción penal únicamente en el caso de haber quedado consumado sino también cuando se ha comenzado a ejecutar hacia ese propósito; lo que, como se infiere, representa una ampliación, hacia delante, del ámbito de punición del delito consumado, a la fase de los actos ejecutivos que lo preceden⁽⁸⁾.

II. Requisitos 1. La sucinta definición legal de la tentativa del artículo 16 CP presupone de manera expresa tres requisitos concurrentes: a) Que el agente se haya decidido a cometer el delito, b) Que el agente comience la ejecución del delito (que se ha decidido a cometer) y e) Que la ejecución del delito no culmine en su consumación.

En otras palabras, la decisión interna de cometer un delito debe ser exteriorizada en una conducta que satisfaga el principio de ejecución⁽⁹⁾: El agente no solo debe realizar una conducta que objetivamente represente el comienzo de la ejecución del hecho delictivo, sino que tal conducta debe haber sido realizada estando dirigida subjetivamente a su consumación, que finalmente no se produce.

Ahora bien, esta ausencia de consumación (vide más infra) que define a la tentativa delictiva significa que en ella, junto a un tipo subjetivo plenamente cumplido se realiza un tipo objetivo incompleto e imperfecto, falta de algún elemento que en caso de haber estado presente en el hecho hubiera producido su consumación⁽¹⁰⁾ (v.gr. falta completar la ejecución de la acción típica, falta que se desarrolle íntegramente el curso causal adecuado desplegado, falta la realización de la acción ejecutiva en la producción del resultado, etc.). Precisamente este déficit en lo objetivo (defecto en la tipicidad) es lo que origina que doctrinal mente se incluya a los tipos de tentativa delictiva dentro de los tipos incongruentes de imperfecta realización (donde lo subjetivamente pretendido rebasa lo objetivamente realizado o producido). Por contra, en la tentativa únicamente debe existir una correspondencia entre la resolución delictiva y el comportamiento que pretende realizarla.

2. Respetando lo anotado, en nuestro CP la punibilidad de la tentativa no puede basarse únicamente en la voluntad o resolución delictiva del agente (en

la decisión de cometer el delito), ni únicamente en la realización de actos ejecutivos del delito (en el iniciar su ejecución); sino en ambas condiciones a la vez: en la voluntad o resolución interna de cometer el ilícito penal (elemento subjetivo) manifestada en hechos exteriores que satisfagan el principio de ejecución delictiva (elemento objetivo)(11). Por esta razón se puede afirmar que no comete tentativa delictiva quien tiene la voluntad de cometer un delito pero no satisface el principio de ejecución(12); ni tampoco quien realiza lo objetivamente equivalente a los "actos ejecutivos" del delito sin tener resolución criminal de consumación (naturalmente tampoco quien no cumple con ninguno de estos dos elementos). Así cualquier intento de fundamentar las razones de prohibición de la tentativa delictiva en nuestro DP no podrá prescindir de ninguno de estos dos elementos esenciales, de modo tal que tanto una teoría subjetiva como una teoría objetiva de la tentativa, por sí mismas, devendrán en insuficientes para explicarlas.

A. Las teorías subjetivas de mayor relevancia sustentan el fundamento de la punición de la tentativa básicamente en la voluntad del autor(13) manifestada de cometer el delito (voluntad delictiva contraria al Derecho), es decir, en el dolo de lesionar el bien jurídico puesto en práctica(14). Con arreglo a ella, la infracción de la norma penal debe constatarse exclusivamente desde el punto de vista del autor;

por lo que constituye el comienzo de la ejecución del delito aquella conducta que el autor considere subjetivamente (individualmente, conforme a su representación mental) como el punto inicial del curso causal que ha decidido desarrollar de acuerdo a su plan. No es que castigue ya las meras representaciones mentales o el dolo no exteriorizado, en el sentido de un DP del ánimo (v.gr. pensamientos criminales), puesto que la teoría subjetiva requiere siempre una realización objetiva perceptible de la representación criminal del autor: se sanciona la conducta exteriorizada como manifestación objetiva de la voluntad contraria al Derecho(15).

Una teoría subjetiva, basada en la manifestación de voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico, tiene el inconveniente de hacer irrealizable una definida determinación de los límites mínimos de la tentativa: el inicio de la tentativa no puede dejarse a la mera opinión del autor (lo que él mismo considere, según sus representaciones), sino que corresponde establecerlo a la ley (principio de legalidad)(16). Asimismo, desde sus fundamentos, una teoría subjetiva de la tentativa puede llegar a conformarse con cualquier manifestación objetiva externa que revele la voluntad del autor de cometer un delito (la realización de cualquier conducta que al ser exteriorizada ponga de manifiesto tal representación mental criminal), pero retrotraer la punibilidad hasta ese primigenio estado del iter criminis exacerba la misión del DP en un Estado de derecho, como vulnera el texto de la ley, que explícitamente exige "comenzar a ejecutar" el hecho punible: contra legem, se llegaría a producir una exagerada anticipación de la punibilidad (un desmesurado adelantamiento del comienzo de la ejecución, con independencia de la proximidad o lejanía de los actos exteriorizados a la lesión del bien jurídico} al ámbito de la preparación delictiva jurídico-penalmente irrelevante (con tal de que la voluntad delictiva haya sido puesta en práctica), con la consecuente ampliación excesiva del ámbito de la tentativa punible; así, comportamientos que deben permanecer impunes por

ausencia de un auténtico "comienzo de la ejecución", pueden siempre convertirse en punibles atendiendo a las expresiones de la voluntad criminal del autor.

B. Las teorías objetivas más importantes ven el fundamento de la tentativa en la puesta en peligro del bien jurídico protegido (o del objeto de la acción subyacente)(17), entendida ella como la peligrosidad objetiva de la conducta ejecutada, la cual se suele afirmar cuando la acción, según sus condiciones externas, se encuentra en una relación causal con la consumación del delito pretendida. La conducta ejecutada debe ser pues causalmente adecuada a la producción del resultado, debiendo entrañar posibilidad de lesión, es decir, poseer capacidad para producir el resultado o consumir el delito(18). Por el contrario, deben descartarse aquellas que objetivamente no son peligrosas: aquellas que no son capaces de producir el resultado, aun cuando la voluntad del autor de cometer un delito se haya revelado plenamente(19). El comienzo de la tentativa dependerá así de una cierta proximidad de la conducta peligrosa a la lesión del bien jurídico pretendida(20), de modo tal que solo los actos externos más cercanos a la lesión del bien jurídico conforman el concepto de tentativa (los actos ejecutivos); condición que no cumplirían los actos preparatorios, más alejados a ella. En esta teoría, la peligrosidad predicable de la conducta requiere comprobarse a través de una prognosis objetivo-posterior (ex post sobre lo ex ante) (vide infra), por lo que habrá tentativa delictiva cuando para el evaluador situado ex ante, la conducta ejecutada represente una amenaza (entendida como probabilidad de lesión: la consumación ha de aparecer como no improbable)(21) para el bien jurídico protegido (o el objeto de la acción), dado que la causalidad desplegada por el autor al obrar conducía adecuadamente al desarrollo de los hechos en correspondencia con lo pretendido.

Sin embargo, una pura teoría objetiva encuentra serias dificultades en distinguir entre conductas peligrosas y no peligrosas: lo evanescente de los límites miginados por una siempre cuantificable (por ende, indeterminable con exactitud) peligrosidad, en el sentido anotado, no permiten separar con claridad el ámbito fundante de la tentativa de los actos que deben permanecer en la impunidad:

también ciertos actos preparatorios exteriorizados pueden ser calificados como peligrosos(22). Haciendo abstracción, la fragmentariedad de la fase ejecutiva convierte el enunciado de la teoría objetiva en una tarea inviable (vide más infra). No obstante ello, la idea de la peligrosidad predicable de la conducta (aparte de ser -desde una perspectiva ex ante- un requisito ineludible de toda conducta jurídico-penalmente relevante como la que satisface el principio de ejecución; (vide infra) sí puede ser matizada convenientemente con criterios subjetivos, con mejores resultados (vide infra), pues desde un punto de vista exclusivamente objetivo, sin tener en cuenta la voluntad del autor, resulta imposible fundamentar lo injusto de la tentativa: en realidad, de entre varias conductas peligrosas, se sabe que una constituye tentativa delictiva en virtud de la dirección final de la voluntad a la consumación (a la lesión del bien jurídico).

3. Conforme a lo apuntado, el fundamento de la punibilidad tentativa en nuestro CP no puede buscarse ni en puras circunstancias objetivas ni solo desde un planteamiento subjetivista, sino en una teoría mixta que combine tanto criterios objetivos como subjetivos(23). Básicamente, como se desarrollará a continuación, que el autor deba haberse decidido a cometer el delito y que comience a ejecutar el delito, implica resolución delictiva de ejecutar una conducta que satisfaga el principio de ejecución (objetivamente peligrosa), en dirección subjetiva a la consumación del delito(24). Es decir, constituirá tentativa (artículo 16) toda conducta ejecutiva (que satisfaga el principio de ejecución delictiva), dirigida subjetivamente a la consumación del delito, y evaluada desde una perspectiva ex ante como objetivamente peligrosa (causalmente adecuada a la consumación).

III. Decisión de cometer el delito 1. Como se ha anotado, una tentativa se caracteriza por materializar en una conducta ejecutiva externa la voluntad dirigida a la realización del delito (25). Y una tentativa no tiene en sí misma existencia autónoma sino únicamente con relación al delito específico (formalmente consumado) de la Parte Especial del CP que el autor pretende realizar. Para afirmar la existencia de una tentativa es pues preciso establecer -al menos como hipótesis- antes qué delito se ha intentado, y ello exige necesariamente reparar en cuál era la voluntad del autor al momento de realizar la conducta, hacia qué propósito dirigía su conducta ejecutiva; ello porque sin conocer la voluntad del autor no se puede subsumir la conducta en el tipo penal respectivo. Así, por ejemplo, la decisión de si el disparo efectuado con un arma de fuego en el cuerpo de una persona constituye tentativa de homicidio o lesiones consumadas (dolosas o imprudentes) solo es posible realizarla atendiendo al contenido de la voluntad del autor (v.gr. si tuvo dolo de matar o dolo de lesionar o no tuvo dolo). Si de entre varias conductas peligrosas, se sabe que una constituye tentativa en virtud de la dirección final de la voluntad a la consumación del delito, el análisis del aspecto subjetivo del hecho ha de ser -siquiera metodológicamente- el primer paso imprescindible (26).

2. La decisión de cometer un delito implica la actuación del autor con conocimiento y voluntad, con dolo dirigido a la realización plena del tipo objetivo ("dolo de consumir el delito" o "dolo de consumación"), el cual debe comprender la totalidad de los elementos objetivos del tipo(27) (así v.gr. en los delitos de resultado, el autor debe representarse la peligrosidad de la conducta ejecutiva, la adecuación de la conducta a su consumación -causalidad adecuada- y la producción del resultado típico(28»): se debe actuar sabiendo lo que se hace y queriendo la consumación del delito(29). En virtud de ello se afirma, con razón, que el aspecto subjetivo de la tentativa en nada se diferencia al del delito consumado(30): el autor de una tentativa -como el de un delito consumado- debe actuar siempre teniendo en mente la voluntad criminal de consumir el delito(31). Así, por ejemplo, en los delitos de resultado lesivo (sede por antonomasia de la tentativa), el autor de una tentativa debe conducirse con dolo de lesionar el bien jurídico-penal. Respetando ello, la decisión interna de cometer un delito, a que hace referencia el texto penal, ha de corresponderse forzosamente no solo con el conocimiento y voluntad (en

quien lo requiera en su concepción del dolo) del autor de ejecutarlo ("dolo de comenzar la ejecución"), sino también de ejecutarlo completamente ("dolo de consumación")(32).

Incluso en la tentativa inacabada, el autor debe iniciar y cumplir parcialmente los actos ejecutivos teniendo en mente la finalidad de consumir el delito. Cuestión distinta es que esta mera ejecución parcial de los actos ejecutivos no permita afirmar siempre que el autor hubiese mantenido el dolo de consumación hasta completar la ejecución total del hecho(33). En todo caso, bastará la realización (con dolo de consumir el delito) de actos ejecutivos fundantes de tentativa: el autor de una tentativa in acabada, al iniciar los actos ejecutivos, debe tener en mente la finalidad de consumir el delito, lo que presupone el dolo de proseguir, continuar realizando o completar los actos ejecutivos(34). En efecto, lo anotado implica que en una acción ejecutiva objetivamente fraccionable, tras realizar el primer acto ejecutivo fundante de tentativa, se deba tener dolo de continuar con los demás actos ejecutivos proyectados, hasta producir las consecuencias que se pretenden. En una acción ejecutiva fragmentada, en el autor puede decaer la resolución delictiva de consumación tras el primer paso evaluable como ejecutivo; en este caso la afirmación de la tentativa dependerá de si basta ya la realización de ese primer paso para fundarla; de lo contrario será preciso que resurja al retomar (reiniciar) la ejecución del delito; pero siempre teniendo en cuenta a la acción como dotada de unidad de significado (vide infra). Por otro lado, la resolución criminal de cometer el delito es siempre irrelevante si no se ha manifestado durante la fase ejecutiva, v.gr. el hecho sobreviene fortuitamente o se ejecuta imprudente lo que se tenía resuelto ejecutar dolosamente (en cambio, sí habrá tentativa si con resolución criminal se han realizado los suficientes actos ejecutivos para constituir la, aunque subsigan imprudentemente o concurra una circunstancia imprevisible).

3. Por contra, no comete tentativa el autor que efectúa actos ejecutivos del delito sin esta resolución criminal.

Consecuencia de ello es que no constituye ilícito de tentativa la conducta que objetivamente satisfacería el principio de ejecución delictiva realizada de manera no dolosa (atipicidad de la ejecución parcial de un delito culposo o "tentativas imprudentes": solo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, pero no se puede intentar lo no querido)(35); supuesto este que hay que diferenciar de aquel en que el autor hubiese realizado dolosamente "actos ejecutivos" pero no tiene resolución criminal de consumación: no se ha "decidido a cometer" el delito tampoco quien (con conocimiento y voluntad) realiza actos que objetivamente representarían un "comienzo de ejecución" del delito, pero no tiene dolo de consumación (v.gr. dolo de puesta en peligro); y de aquellos supuestos de insuficiencia ejecutiva de la tentativa (pero aunque haya dolo de consumación y no aún un "comienzo de la ejecución" del delito, en realidad, estamos todavía solo frente a una preparación dolosa, generalmente impune). También habrá de afirmarse voluntad criminal de consumación aun cuando el autor cuente con la posibilidad de que sus actos ejecutivos no van a consumarse por intervención de una circunstancia ajena a su voluntad; solo habría de negarla cuando exista (fundadamente) la certeza absoluta de tal

intervención impeditiva: la certeza absoluta (ex ante) fundada de la no consumación se opone al dolo típico de consumación. Asimismo, faltará el dolo requerido cuando el autor ignore que objetivamente ha dado comienzo al delito (impunidad por déficit subjetivo); en cambio sí lo habrá en quien crea erróneamente haber dado inicio a la ejecución del delito (pero la conducta es impune por falta de un "principio de ejecución")(36).

4. Además, en la tentativa (como en el delito consumado) subjetivamente no solo debe concurrir el dolo sino también los especiales elementos subjetivos requeridos en el tipo penal específico (v.gr. ánimo de enriquecimiento en la tentativa de hurto)(37). En cambio, no resulta necesario exigir premeditación ni planificación de los hechos (la fórmula del plan o de las representaciones del autor debe entenderse únicamente como el modo en que se representa la ejecución del delito en un sentido objetivo-subjetivo; vide infra), v.gr. también se puede cometer tentativa delictiva en un explosivo arrebató pasional(38).

Tampoco es necesario que la representación del autor abarque el carácter prohibido de su acción: no genera tentativa el desconocimiento de la antijuridicidad del acto (error de prohibición), ni la creencia errónea de que una conducta está permitida (error de prohibición indirecto), ni la creencia errónea de que una conducta está prohibida (delito putativo(39)).

Por otro lado, si en una tentativa, donde el autor requiere siempre tener dolo de lesión, el resultado típico (que en virtud de la conducta ejecutada debía ocasionarse) no se produce, ello solo puede deberse a una circunstancia ajena a la voluntad del autor, decidido a consumir el delito. En determinados casos, la no producción del resultado, característica de la tentativa, puede ser provocada voluntariamente por el mismo autor, pero en la acción de impedir que la conducta previa produzca el resultado típico (absteniéndose de continuar con su ejecución o evitando activamente la lesión del bien jurídico: desistimiento voluntario) decae ya la resolución criminal de consumación que el propio CP (artículos 18 y 19) considera relevante a efectos de suprimir la punibilidad [fuera de los supuestos del desistimiento, es indiferente que tras la ejecución de la conducta ejecutiva fundante de tentativa, el dolo de lesión decaiga o se mantenga hasta el final de los acontecimientos (v.gr. hasta que acaece la no producción del resultado)].

IV. Comienzo de la ejecución del delito

1. Efectuar una conducta que represente el comienzo de la ejecución del delito, implica básicamente la satisfacción del principio de ejecución delictiva, fundante de tentativa, ampliamente difundido en la legislación comparada.

La utilización en nuestro CP de la fórmula del "dar comienzo a la ejecución" del delito, presente en varios textos penales extranjeros(40), hace posible vincularla, en principio, de manera excluyente a una conducta (ex ante peligrosa, vide infra) externamente manifestada, por lo que todo aquello perteneciente a la esfera interior de la persona constituye un ámbito proscrito a la intromisión jurídico-penal, v.gr. los deseos y pensamientos criminales, la actitud interna delincencial, la fase de ideación y deliberación del delito,

etc.(41). Ello, empero, no significa que todos los actos expresados al externo, dirigidos a la realización del delito, pertenezcan ya al ámbito de la tentativa. Pues de que el artículo 16 alude, como requisito para la punibilidad de la tentativa, al "comienzo de la ejecución" del delito, se infiere en sentido contrario también que los actos aún no ejecutivos (anteriores a ellos: preparatorios) deben permanecer impunes(42). De este modo, la fórmula del principio de ejecución permite distinguir los actos ejecutivos (por lo general punibles) de los actos preparatorios (por lo general impunes)(43), según representen o no objetivamente un comienzo de la ejecución. Más allá de ello, el enunciado de dicha sucinta fórmula es solo un indicador general que, a decir verdad, expresa poco acerca de los criterios de delimitación entre ambas fases del iter criminis.

2. La respuesta a cuándo se puede decir que el autor comienza la ejecución del delito, involucra el establecimiento del límite mínimo de la tentativa (la frontera que lo separa del ámbito de los actos preparatorios), como se verá, siempre difícilmente determinable con certeza a través de un criterio general. Ello fundamentalmente obedece a que lo que se trata de delimitar es un segmento temporal respecto a otro inmediatamente anterior: la diferencia entre la fase preparatoria y la ejecutiva (a efectos de establecer el comienzo de la ejecución) es predominantemente cuantitativa (empero supeditada al mismo tiempo a criterios político-criminales)(44). La vital importancia de esta labor dogmática salta a la vista: marca el límite entre lo punible y lo jurídico-penalmente irrelevante.

Dado que la fase ejecutiva del delito puede generalmente fraccionarse, según lo proyectado (vide infra), en varios actos ejecutivos, el autor de la tentativa puede haber realizado todos o solo alguno de ellos. Por ello, dar comienzo a la ejecución del delito implica la aceptación de que la fase ejecutiva puede solo iniciarse o bien puede ser finalizada. Dicha distinción es la que origina la clasificación doctrinal de tentativa in acabada y acabada [en la tentativa inacabada el autor inicia pero no concluye con los actos ejecutivos que se había decidido realizar (aún quedan por realizar acciones ulteriores) para la producción del resultado; en la tentativa acabada el autor inicia y concluye con los actos ejecutivos que se había decidido a tal fin(45)]. A efectos de determinar el límite mínimo de la tentativa interesan aquí especialmente los supuestos en que el autor solo ha comenzado pero no ha concluido con (todos) los actos ejecutivos que, según su plan (vide infra), habrían de producir el resultado típico (tentativa inacabada), pues de lo que se trata aquí de determinar es precisamente ese comienzo (ese primer paso de iniciación de la tentativa)(46). En este orden de ideas, se puede decir, en términos generales, que el requisito mínimo para constituir tentativa es el inicio de la fase ejecutiva del delito, y que esta exigencia se cumple ya cuando el autor ha iniciado el primer paso ejecutivo fundante de tentativa (como en el texto penal, objetivamente basta el dar inicio a la ejecución). Ahora bien, desde cuándo se puede decir que estamos frente al comienzo del primer paso ejecutivo fundante de tentativa, es un complejo problema(47) que el DP históricamente ha intentado resolver con un sinnúmero de fórmulas y criterios, cuyo registro total excedería los objetivos del presente comentario.

Para la precisión del comienzo de la ejecución, resulta de mayor utilidad identificar ciertas pautas formalizadas a ser aplicadas a los diversos grupos de supuestos; ello porque la determinación del inicio de la tentativa no puede seguir exactamente un criterio general vinculante, ni una regla material unitaria de contenido, sino que depende siempre de la particular estructura del tipo penal específico que se intenta realizar, de la forma de menoscabo del respectivo bien jurídico(48) como de su adecuada interpretación.

Asimismo, debe tenerse presente que la fórmula utilizada en el artículo 16 solo está referida de manera directa a la "tentativa de un delito comisivo por un autor individual", de lo que da cuenta manifiesta el empleo del verbo ejecutar (pues en los delitos omisivos, en sentido estricto, no se ejecuta acción alguna) y la alusión a un agente en singular [aplicable, siendo rigurosos, a los supuestos de autoría individual, y no a los de coautoría (pluralidad de agentes), resultando problemático en los de autoría mediata plural(49)]. Por otro lado, se debe tener presente que la inconveniente brevedad de la regulación de la tentativa en nuestro CP, traducida en una desfavorable insuficiencia de puntos referenciales, termina por producir una alta dosis de inseguridad en cuanto a los criterios de su interpretación, labor que deberá ser asumida por la jurisprudencia y por la doctrina penal, a fin de dotarla de contenido y resolver la problemática específica.

3. No precisa exactamente el comienzo de la ejecución del delito a que se refiere el artículo 16, pero resulta útil para afirmar con apreciable seguridad la tentativa delictiva en un considerable número de casos la teoría objetivo-formal(50).

Para una teoría objetivo-formal constituyen acciones típicas fundantes de tentativa únicamente aquellas que formalmente son subsumibles en el tipo de delito cuando el autor ha dado comienzo a la ejecución del tipo penal, entendida ello como la mera realización, de manera reconocible, de una parte de la acción descrita en el tipo(51). En virtud de ella, serán actos ejecutivos constitutivos de tentativa I únicamente aquellas conductas que representen la realización parcial de la acción típica alcanzadas de manera directa por el verbo empleado en el precepto, según el uso natural o convencional del lenguaje, comprendidas semántica y lógicamente en el tipo de delito como acciones típicas(52), v.gr. habrá tentativa de homicidio si el autor ha comenzado la conducta de matar a otro; habrá tentativa de hurto si el autor ha comenzado la conducta de sustraer el bien mueble, etc. Por el contrario, acciones que no son subsumibles (formalmente) en la conducta descrita por la ley no podrán ser ejecutivas, sino solo preparatorias(53).

Una teoría objetivo-formal, como se aprecia, identifica restrictivamente las acciones ejecutivas con las acciones que considera típicas (las formalmente alcanzables por el verbo típico), de modo tal que el comienzo de la tentativa se equipara I con el comienzo de la acción descrita (formalmente) en el tipo penal de la Parte I Especial (así el principio de ejecución se identifica con el principio de ejecución de acciones formalmente típicas)(54); v.gr. disparar a una persona constituye tentativa de homicidio porque se ha comenzado a matar a otro;

introducir la mano en el bolsillo ajeno constituye hurto porque se ha comenzado a sustraer la cosa, etc.

El punto de partida de esta teoría es ciertamente correcto, pues, al final de cuentas, comenzar a ejecutar el delito solo puede significar comenzar a ejecutar la acción típica prohibida (y determinar el comienzo de la ejecución de la acción típica en la tentativa significa en realidad determinar el comienzo de lo que se puede considerar una acción típica⁽⁵⁵⁾). Lo que no se puede compartir con ella, en cambio, es la excesiva restricción que hace del concepto de acciones típicas, a las que identifica de manera exclusiva con las acciones formalmente subsumibles en el verbo típico; ello en el bien entendido que la afirmación de la tipicidad penal de una conducta no se reduce a su mera subsunción formal en el tenor literal del precepto, sino que, implica además necesarias valoraciones: una visión teleológica, que repare en el sentido valorativo de los preceptos, puede no solo reducir el "alcance de los preceptos penales, sino también ampliarlo, como en el caso del comienzo de la ejecución de la tentativa, hacia adelante. Fundamentalmente la determinación del comienzo de la tentativa es un problema de interpretación de la ley (del tipo resultante de la conjugación de los tipos penales de la Parte Especial con el artículo 16), procedimiento que, como no puede ser de otro modo, va más allá de meras observaciones formal-gramaticales⁽⁵⁶⁾.

Por esa razón, destacar su utilidad en algunos casos no puede llevarnos a propugnar su generalización en la aplicación práctica. Dar comienzo a la ejecución del delito no debe interpretarse, en modo alguno, solo como dar formalmente comienzo a la ejecución del tipo delictivo; ello convertiría el enunciado del artículo 16 en una fórmula excesivamente estrecha y de suma rigidez, insuficiente además para los objetivos de protección y prevención del DP⁽⁵⁷⁾. Solo se quiere resaltar con ello que existen motivos fundados para afirmar tentativa de delito cuando se ha ejecutado una conducta que representa formalmente parte de la acción típica, lo cual no pretende negar, sin embargo, el hecho indiscutible de que el momento del comienzo de la ejecución delictiva, en muchos supuestos, no coincide con la realización parcial de la acción típica como la concibe esta teoría, sino antes (v.gr. para una teoría objetivo-formal apuntar con un arma al objetivo todavía no es comenzar a matar, y sin embargo puede constituir tentativa de homicidio: "comenzar a matar" no es lo mismo que "comenzar a ejecutar la acción de matar"; en esto último es lo que, en esencia, repara el artículo 16). En este sentido, si bien el enunciado de la teoría objetivo-formal no tiene aptitud para resolver el problema cardinal de cuándo se inicia la fase ejecutiva fundante de tentativa, sí, en cambio, permite afirmar, de manera razonable y con una apreciable dosis de seguridad (como respetando "al máximo" el principio de legalidad), los supuestos en que efectivamente se han realizado actos ejecutivos constitutivos de tentativa.

4. Ahora bien, se debe estar de acuerdo en que la acción ejecutiva no comienza estrictamente con el hecho típico del modo en que lo concibe la teoría formalobjetiva, sino en un momento anterior, en acciones que aún no forman parte propiamente de la acción típica así concebida. Por ello, a tal efecto, resultará preciso redefinir o modificar el planteamiento formal-objetivo, para lo cual se debe buscar un criterio, o la integración de varios, mediante los

cuales se respalde una necesaria ampliación, hacia adelante, de lo que significa el comienzo de la ejecución (es decir, del auténtico comienzo de la acción típica).

A falta de más puntos de relación, y dado que la teoría objetivo-formal es apta para afirmar la tentativa con apreciable seguridad en aquellos casos en que los actos ejecutados se subsumen sin problemas en la descripción típica, el punto de partida referencial de tal ampliación, para resolver la cuestión del comienzo de la ejecución de la tentativa, ha de ser la conducta formalmente típica propia de una teoría formal-objetiva. Este constituye, pues, el más importante aporte de la teoría objetivo-formal de la tentativa, el de ofrecer una base objetiva para la determinación del comienzo de la ejecución: la conducta formalmente típica(58). Ello, como se infiere, implica, en primer lugar, desechar la insatisfactoria equiparación entre acción típica (con la que ha de comenzar toda tentativa) y acción formalmente típica, propia de una teoría objetivo-formal, pues lo contrario conduciría a una consecuencia inaceptable: significaría negarle tipicidad penal a los actos anteriores a ella, fundantes también de tentativa (cuando, como se ha visto, no es posible concebir una tentativa que no sea típica; vide *infra*59»). En segundo lugar, a partir de la necesaria correspondencia con el fundamento mixto de la punibilidad de la tentativa en nuestro CP (vide *supra*), debe sustentarse la determinación del comienzo de la ejecución en un criterio que combine elementos objetivos como subjetivos.

5. De los criterios objetivo-materiales más importantes (entre los que cabe mencionar la fórmula de Frank(60) a la teoría del peligro(61»)), el que va a resultar fundamental para la determinación del comienzo de la ejecución es el denominado criterio de la inmediatez de los actos. La introducción de este criterio objetivomaterial implica pues una modificación del planteamiento formal-objetivo, a modo de un adelantamiento de la punibilidad respecto a los actos que se consideraban formalmente típicos (acciones que la teoría objetivo-formal designaba como típicamente ejecutivas); de tal manera que constituya tentativa típica también la realización de los actos valorados como precedentes e inmediatamente conectados al inicio de la ejecución formal del tipo delictivo. En consecuencia, incorporando el criterio objetivo-material de la inmediatez (también denominado de la directa proximidad) de los actos en el ámbito de la tentativa, podrá afirmarse esta (es decir, según el artículo 16, se comenzará a ejecutar el delito: habrá tentativa) cuando el autor empiece ya a ejecutar aquellos que se considere anteceden inmediatamente a la conducta que representa una formal-objetiva realización del tipo delictivo(62), pertenecientes a su ámbito inmediatamente previo; más allá de estos solo cabrá apreciar actos preparatorios (generalmente impunes).

Ahora bien, para determinar el comienzo de la ejecución del artículo 16 se debe empezar atendiendo a la conducta típica del delito de la Parte Especial, conforme a la teoría objetivo-formal, efectuando, a partir de ella, una ampliación objetivo-material hacia adelante del ámbito constitutivo de tentativa; tal ampliación permitirá considerar (ahora sí satisfactoriamente) como acciones típicas ejecutivas, además de las que la teoría objetivo-formal consideraba típicas, aquellas que no siendo aún típicas en tal sentido, se conectan directamente con su desarrollo (lo cual confirma lo que se ha venido

sosteniendo: acción típica en modo alguno debe equipararse a acción formalmente subsumible en el tipo). Por tanto, no es que mediante la introducción del criterio de la inmediatez se incluyan dentro del concepto de tentativa acciones ejecutivas no típicas, por ser precedentes a las conductas ejecutivas "estrictamente" típicas (según la teoría objetivo-formal)(63), sino que, presuponiéndolo como válido en la interpretación del artículo 16, todas aquellas conductas que según él constituyan un comienzo de la ejecución, habrán de ser también necesariamente típicas: toda tentativa, para serlo, debe poseer estrictamente tipicidad penal, y respetar perfectamente el principio de legalidad(64).

El criterio de la inmediatez sirve, en tal sentido, para concretar objetivo-materialmente y desde una interpretación teleológico-valorativa el auténtico concepto de acción típica ejecutiva en la tentativa delictiva. El límite del comienzo de lo que ha de considerarse tentativa estará marcado así por aquellas acciones que se encuentran relacionadas de manera directa e inmediata con la realización de la acción formalmente típica, en la zona inmediatamente anterior a su ejecución(65), lo cual incluirá únicamente a aquellos actos que rayan en el límite mismo de la acción típica formalmente concebida.

Conforme a lo señalado, desde la denominada teoría de los actos intermedios (también teoría de la inmediatez de los actos(66)) se puede completar tal planteamiento señalando que la tentativa empezará con la realización de aquellos actos que se hallan en una relación tan estrecha e íntima con la acción formalmente típica, que puede desembocar, sin interrupciones ni pasos intermedios esenciales, directamente en ella(67); con aquellos actos que, por su conexión directa y estrecha vinculación con la acción (formalmente) típica, representan el paso inmediatamente anterior a ella, pues entre aquellos y esta no existen eslabones intermedios esenciales(68). Es decir, que no deba existir ninguna fase intermedia relevante entre el acto evaluado y la estricta realización del verbo típico(69) significa que cometerá tentativa quien realice una conducta que aparezca como inmediatamente anterior a la acción (objetivo-formalmente) típica, porque entre aquella y esta no existen fases o pasos intermedios esenciales(70).

6. Frente a lo anotado, sin embargo, caben hacerse tres precisiones. En primer lugar, la correcta determinación del comienzo de la ejecución, conforme al criterio objetivo-material de la inmediatez, ha de partir de la aceptación de que una acción típica puede comprender una pluralidad de actos (como componentes de una unidad de acción), por lo que debe exigir siempre una valoración integral de la conducta realizada, en sus diversos actos inmediatos precedentes concatenados (en sus distintos momentos dotados de unidad de significado)(71), a manera de una sucesión de actos típicos complementados en la acción típica(72); y no desde el mero punto de vista naturalístico o mecanicista (que repare v.gr. en los diversos movimientos corporales del autor) que no ofrece la posibilidad de determinación alguna. Por ello, no tiene por qué constituir tentativa exclusivamente el último acto parcial fragmentado (en singular o valorado de manera aislada), desde tal punto

de vista, inmediatamente precedente a la acción (objetivo-formalmente) típica, ya que naturalísticamente una conducta puede diseccionarse en tantos actos intermedios como se desee(73); incluso, como ya se ha anotado, haciendo abstracción, idealmente toda acción puede fragmentarse en una infinidad de actos intermedios. En segundo lugar, realizar la conducta inmediatamente conectada al inicio de la ejecución formal del tipo delictivo no debe entenderse siempre en un sentido estrictamente temporal (como que el inicio de la conducta formalmente típica ha de sobrevenir seguidamente en el tiempo a ese acto ejecutivo, pues también una conducta puede ser fragmentada en innumerables momentos parciales), sino solo como ejecutar el componente o fase inmediatamente precedente o conducente a ella, aunque demore a veces en el tiempo en realizarse (o incluso se realice en un ámbito situacional distante). Inmediata es la conducta que sin mayores eslabones intermedios esenciales debe desembocar en la realización formal del tipo: Lo decisivo, como se ha anotado, es que la acción, que todavía no constituye conducta formalmente típica, se encuentre vinculada tan estrechamente a ella que, como su componente precedente, pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios relevantes(74). El criterio de la inmediatez entendido como inmediatez temporal resultará ciertamente útil en algunos casos, sin embargo no cabe generalizarlo, pues no siempre una gran diferencia temporal impedirá afirmar tentativa. Así a veces podrán fundarla aquellos actos ejecutivos que, aunque estén temporalmente alejados de la realización del hecho formalmente típico, constituyan valorativamente sus actos precedentes inmediatos; v.gr. comenzar a enterrar una letal mina antipersonal en un camino, para que cualquier persona que pase muera, es tentativa (siquiera doloso-eventual) de homicidio, aun en el caso de que transcurridos varios años afortunadamente nadie la active; comenzar a aplicar la llama del soplete para abrir la puerta de metal del banco constituye tentativa de hurto, aun cuando se necesiten varias horas para lograr agujerearla; enviar por correo la carta insultante constituye tentativa de injuria así tarde varias semanas en llegar a su destinatario; etc. En tercer lugar, debe señalarse que la valoración del criterio de la inmediatez no puede prescindir de las representaciones del autor.

7. En efecto, con la doctrina penal dominante, debe destacarse, en el proceso de determinación del comienzo de la ejecución, la importancia que reviste también el criterio que atiende a las representaciones del autor del hecho(75) (entendido en un sentido subjetivo-objetivo y no meramente subjetivo, vide infra).

La necesidad de tener en cuenta la representación del autor del hecho (como criterio limitador) se desprende de modo necesario del concepto mismo de tentativa (que, como se ha anotado, no es posible concebir sin tener en cuenta la dirección de la voluntad del autor) y, con relación al comienzo de la ejecución, de la orientación que la representación aporta sobre la proximidad y lejanía de la consumación de las acciones que se examinan(76); muchas veces solo teniendo en cuenta el plan del autor se puede precisar con meridiana seguridad en qué estado de desarrollo hacia la consumación perseguida se halla la acción(77). Dentro del precepto, en nuestro CP ella puede inferirse lógicamente del requisito de la decisión de cometer el delito. Ello porque la

decisión de cometer el delito o resolución de voluntad criminal (presupuesto subjetivo de la tentativa) a que alude el artículo 16 (vide supra) implica necesariamente que el autor se haya representado, antes o durante su actuación, el cómo va a realizar el delito(78), el cómo va a conseguir la consumación pretendida. El autor del delito elabora mentalmente un plan de acción, se representa el curso que ha de seguir el hecho e imagina de qué manera quisiera empezar la acción típica ejecutiva(79), de modo tal que la respuesta al cuándo se inicia la ejecución delictiva no puede dejar de atender al conjunto de hechos mentalmente por él proyectados. Sin embargo, ello no quiere decir que sean únicamente las puras representaciones subjetivas del autor sobre la realización del hecho punible las que deban decidir el comienzo de la tentativa. Aparte de que, como se ha visto, en modo alguno se puede pasar por alto la exigencia objetiva que marca el principio de ejecución (así no constituyen tentativa delictiva los actos objetivamente no ejecutivos, aunque el autor considere subjetivamente lo contrario), se debe coincidir, con la doctrina completamente dominante(80) que en la determinación del comienzo de la ejecución debe acudir al juicio del observador objetivo, que parta de las representaciones del autor, es decir, si bien el juicio ha de fundamentarse en el plan del autor, lo emite un observador objetivo(81), o sea subjetivo-objetivamente(82),

v. Conducta objetivamente peligrosa ex ante 1. Ya se ha señalado que la sola peligrosidad de la conducta no puede ser fundamento de la punibilidad de la tentativa ni constituye un criterio con aptitud para determinar por sí solo el comienzo de la ejecución(83). Sin embargo, debe precisarse -desde una coherente concepción de lo injusto- que de toda conducta fundante de tentativa, que satisface el principio de ejecución, debe poder predicarse peligrosidad objetiva, ello teleológicamente en armonía con la función de protección de bienes jurídicos del DP y la finalidad preventiva de la pena, como también de manera explícita con el principio de ofensión de bienes jurídicos (artículo IV TP: la exigencia de que la pena precise de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos incluye, como no puede ser de otro modo, a la tentativa delictiva). Por ello, como, por definición, la tentativa no requiere la lesión de bienes jurídicos, debe repararse en su ineludible vinculación con la puesta en peligro de bienes jurídicos.

Desde esta perspectiva, la importancia de la exigencia de peligrosidad en la conducta es tal que toda conducta para representar un comienzo de la ejecución típico del delito (como para constituir injusto) debe necesariamente satisfacerla.

Por el contrario, una conducta ex ante no peligrosa es siempre jurídico-penalmente irrelevante.

2. Aunque puede concurrir en algunos casos, la tentativa delictiva no está supeditada a la producción de un resultado de peligro; en cambio, sí siempre la realización de una conducta objetivamente peligrosa para el bien jurídico (que satisfaga el principio de ejecución delictiva), es decir, la realización de una conducta objetivamente adecuada (a la consumación) desvalorada en virtud de su objetiva capacidad lesiva. .

Se debe coincidir, con la doctrina absolutamente mayoritaria, que todo juicio de comprobación de dicha peligrosidad objetiva solo puede ser efectuado desde una perspectiva ex ante, la misma que originará una prognosis objetivo-posterior (evaluación ex post sobre lo ex ante: el juzgador debe situarse en la posición del autor al momento del comienzo de la conducta enjuiciada). En la base del juicio deben tomarse en cuenta las circunstancias del caso particular cognoscibles por 'un "observador objetivo" (sea como un hombre promedio o como una persona inteligente y reflexiva del correspondiente sector del tráfico) más las conocidas por el autor (saber ontológico), atendiendo a la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Según el caso, la conducta será peligrosa si el juzgador colocado ex ante evalúa una relevante probabilidad de lesión del bien jurídico, en principio, en el sentido de riesgo propio de una conducta adecuada a la consumación del delito, cuya afirmación implica poner en marcha un proceso causal adecuado a la consumación pretendida (según la fórmula de la causalidad adecuada). De acuerdo con ello, habrá tentativa cuando la consumación aparezca como no absolutamente improbable, dado que la causalidad desplegada por el autor al obrar conducía adecuadamente al desarrollo de los hechos en coincidencia con el tipo(84).

Respetando lo anotado, y contra la doctrina nacional absolutamente mayoritaria, se debe estar de acuerdo que el artículo 16 (tentativa punible) abarca todos aquellos supuestos de tentativa ex ante peligrosa; lo cual incluye, como no puede ser de otro modo, tanto a las tentativas idóneas ex ante peligrosas como a las denominadas por la doctrina nacional mayoritaria como in idóneas, que son en verdad ex ante peligrosas (por lo que no cabe subsumirlas en el artículo 17, precepto que está reservado únicamente para comportamientos impunes -ni siquiera constitutivos de tentativa- precisamente en virtud de su no peligrosidad ex ante)(85); v.gr.

el disparo al bulto en la cama que se cree una persona viva que duerme, pero que solo ex post se ha comprobado que era un cadáver, constituye un supuesto de tentativa ex ante peligrosa punible (ilícito de tentativa de homicidio) subsumible en el artículo 16 y no el artículo 17; para lo cual solo basta remitirse a la evaluación que ex ante (ante actum) haga un observador objetivo (vide supra)<86).

3. Sin embargo, debe apuntarse que así como la consumación (como concepto formal: cumplimiento de todos los elementos del tipo) nada dice acerca de las lesiones de los bienes jurídicos (también los delitos pertenecientes al ámbito previo del DP están consumados con la realización del tipo y no implican lesión alguna al bien jurídico)(87), a veces la afirmación de tentativa no ha de implicar necesariamente una puesta en peligro de los bienes jurídicos identificable. En determinados delitos -no formados debidamente desde el punto de vista del Estado de Derecho- constituyen tentativas conductas sumamente alejadas de la lesión del bien jurídico, que, por lo tanto, no lo ponen en peligro de modo alguno, pero que ciertamente representan el comienzo de la ejecución de la conducta típica (v.gr. tentativa de introducir al país instrumentos para la falsificación): Se puede intentar el delito (comenzar a ejecutarlo) e incluso consumarlo sin que se concrete peligro con alguna proximidad para el bien jurídico.

Ello ciertamente -entre otras consecuencias- obstaculiza una concepción objetiva de lo injusto como implica un menoscabo al principio de ofensión, ya que existen delitos en cuya tentativa no existe o no se puede identificar o determinar con claridad o seguridad una conducta ex ante peligrosa ni una relevante puesta en peligro para el bien jurídico en el sentido del artículo IV TP. Esto especialmente sucede -en la medida en que sea admisible una excepcional tentativa- en los delitos pertenecientes al ámbito previo del DP; v.gr. en la tentativa de introducir en el territorio nacional máquinas, cuños o instrumentos a que se refiere el artículo 255 CP, habría de apreciarse a lo mucho una inaprensible puesta en peligro de puesta en peligro, con respecto a la lesión de la seguridad o pureza del tráfico monetario, como bien jurídico protegido. La proliferación de delitos no formados debidamente desde el punto de vista del Estado de derecho y tipificados a través de técnicas legislativas equivocadas (ilegítimas) originan que el requisito de la peligrosidad ex ante exigido en todo principio de ejecución como por el enunciado del principio de ofensión sea materialmente sujeto a indeseables contravenciones.

VI. Ausencia de consumación

1. Finalmente, y desde su propia definición, para que pueda existir tentativa no debe haberse producido la consumación del delito (lógicamente una vez consumado el delito queda excluida toda posibilidad de fundar tentativa). Como se ha venido anotando, la consumación del delito es un concepto puramente formal⁽⁸⁸⁾: hay consumación cuando se da cumplimiento a todos los elementos del tipo penal (según su diversa conformación típica)⁽⁸⁹⁾. Así, en numerosos casos, el legislador ha tipificado como delitos independientes consumados conductas que, desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico protegido (materialmente) representan solo su preparación o el comienzo de una conducta ejecutiva dirigida a ella (o asimismo niveles intermedios). En tal medida, la definición legal de tentativa delictiva es también un concepto meramente formal⁽⁹⁰⁾. El comenzar a ejecutar el delito (que se ha decidido a cometer) depende forzosamente también de la particular configuración y estructura típica del correspondiente hecho punible preceptuado en la Parte Especial; v.gr. formalmente, se puede iniciar la ejecución de un delito autónomo, materialmente equivalente a un acto preparatorio punible, sin consumarlo.

2. Que el cumplimiento de todos los elementos del tipo constituya formalmente la consumación del delito en nada afecta la necesaria labor de concreción de los bienes jurídicos que se debe realizar en todo tipo penal, en especial en los bienes jurídicos supraindividuales. Desde una perspectiva teleológica que repare en la lesión del específico bien jurídico protegido ello resulta fundamental para delimitar los estados de preparación, tentativa y consumación. Por ejemplo, si se considera a la confiabilidad, seguridad o pureza del tráfico documental como bien jurídico protegido en la falsificación de especies valoradas, la lesión consumada del bien jurídico se daría cuando se utilizan efectivamente insertándose en el tráfico. Así la efectiva lesión del bien jurídico estaría ubicada en el párrafo segundo del artículo 434 (utilización), y no en el primero (fabricación). De ello se sigue que la sola fabricación de una

especie valorada (aun cuando se haga con el propósito de utilizarla) no constituye aún una lesión al bien jurídico confiabilidad, seguridad o pureza del tráfico, pero tampoco una tentativa (de utilización), sino solo una conducta peligrosa equiparable objetivamente a un acto preparatorio (punible), encarecido además típicamente en su parte subjetiva, no congruente con la objetiva, con un propósito o intención de uso (delito de intención mutilado en dos actos). Y si esto es así solo cabría considerar la conducta de fabricar, introducir en el territorio de la República o poseer las máquinas o instrumentos de falsificación a que se refiere el artículo 439 como un acto preparatorio punible de menor peligrosidad que el del 434, párrafo primero, pero de mayor peligrosidad que la tentativa de introducir al territorio nacional los mencionados instrumentos⁹¹. De este ámbito, a adelantar la punibilidad hasta las meras desobediencias inmediatas a la esfera interna de las personas hay también - paradójicamente- solo un paso.

DOCTRINA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto". Granada, 2000. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Tentativa y formas de autoría". Madrid, 2001. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. Madrid, 1997. CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal Español. Parte General". Tomo 11. Madrid, 1996. CERESO MIR, José. "La regulación del itercriminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español". En: Revista de Derecho penal y Criminología. 29 época, NQ 1. 1998. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 59 edición. Valencia, 1999. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El estado de discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa". En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999. DOVAL PAIS, Antonio. "La penalidad de las tentativas de delito". Tirant lo Blanch. Valencia 2001. FARRÉ TREPAT, Elena. "La tentativa de delito". Barcelona, 1986. JAKOBS, Günthe; "Derecho Penal. Parte General". Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal". En: Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. MUÑOZCONDE, Francisco y GARCÍAARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. MUÑOZ LORENTE, José. "La tentativa in idónea y el Código Penal de 1995". Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995.

PESSOA, Nelson. "El delito imposible". Hammurabi. Buenos Aires, 1989.

REY SANFIZ, Luis Carlos. "La tentativa jurídico-penal". Dykinson. Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal Español. Parte General". Madrid, 1994.

SCARANO, Luigi. "La tentativa". Traducción de Romero Soto. Temis. Bogotá, 1960.

SOLA RECHE, Esteban. "La llamada 'tentativa inidónea' de delito". Granada, 1996.

STRATENWERT, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982.

STRUENSSE, Eberhard. "Dolo, tentativa y delito putativo". Traducción de Marcelo Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires, 1992.

VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yañez Pérez. Santiago de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ediar. Tomo IV. Buenos Aires, 1982.

JURISPRUDENCIA

"Habiéndose determinado que la muerte de la recién nacida se produjo a consecuencia de una enfermedad producida en las vías respiratorias (bronconeumía), debido al abandono que sufriera por parte de su padre en las inmediaciones del río Rímac, el ilícito penal perpetrado por el acusado es el delito consumado de parricidio, y no el de tentativa del mismo". (Ejecutoria Suprema 28/10/97. Exp. 4319-97. Lima).

"La consumación en el delito de hurto agravado se produce cuando los agentes se apoderan de un bien mueble ajeno, privándole al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión del bien mueble, asumiendo de hecho los sujetos activos la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien. El hecho global ha llegado al nivel de la consumación delictiva, y no así al de una tentativa toda vez que los agentes al haberse llevado consigo el bien mueble violando la esfera de custodia y de dominio de su legítimo poseedor y al haberlo trasladado a un lugar desconocido, ya han realizado actos de disposición patrimonial, no pudiendo existir una tentativa de delito porque esto significaría que el tipo penal solamente se ha realizado de un modo parcial o imperfecto, cuando en el caso sub-examine se aprecia que los agentes han dado cabal cumplimiento a su plan delictivo, coincidiendo el resultado con la meta trazada por estos, realizándose así todos los elementos configuradores del tipo penal".

(Ejecutoria Suprema 02/07798). Exp. 2119-98. Callao).

"Se ha llegado a establecer que el procesado sorprendió a la víctima en forma violenta y cerrando la puerta la arrojó al piso intentando someterla a trato sexual, evento que fue frustrado por la intervención y auxilio de la testigo. Se produce el delito de violación de la libertad sexual en el grado de tentativa

cuando la acción es interrumpida en el momento que el procesado forcejeaba encima de su víctima con la intención de tener trato sexual".
(Sentencia 22/05/97. 18!! Juzgado Penal de Lima).

"La acción del procesado de amenazar a la agraviada con un arma para despojarla de sus pertenencias, resulta un ilícito que no se llegó a concretar por la resistencia que opuso la víctima, y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio".
(Ejecutoria Suprema 06104/98. Exp. 2760-97. Lima).

"Que, habiéndose acreditado que la voluntad del acusado fue la de apropiarse del dinero del conductor, utilizando para vencer la voluntad de la víctima un arma blanca, hecho que no pudo consumir por la oposición y resistencia del agraviado y por la colaboración de los vecinos del lugar, nos encontramos ante un robo agravado frustrado. El apoderamiento debe hacerse efectivo a través de un acto de sustracción y se entiende consumado cuando el actor tiene la posibilidad de disponer del bien, lo cual no se dio en el presente caso, pues dicho apoderamiento fue frustrado, habiéndose hecha efectiva la detención del inculpado antes de que este pudiera disponer del bien robado".
(Sentencia 19/01/98.2° Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios. Corte Sala de Justicia de Lima.
Exp. 3604-97).

"Ha quedado establecido que la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó, quedando solo en grado de tentativa. Si la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la agraviada, que no se llegó a consumir, dicha conducta desplegada constituye tentativa de violación sexual".
(Ejecutoria Suprema 19/09/96. Exp. 1798-95-8. Lima).

"El hecho de haber confeccionado los planos y el croquis de trayectoria que seguiría el agraviado que luego sería objeto de la privación de su libertad personal, sin que se llegara a ejecutar tal delito, configuran actos preparatorios carentes de suficiencia para violentar un bien jurídico tutelado por la ley, en vista de no darse el presupuesto inequívoco de dar inicio en la comisión del hecho punible, y que por sí solo es incapaz de indicar la voluntad del hecho de continuar acabar su intento delictuoso".
(Ejecutoria Suprema 18/05/94. Exp. 111-94. Lima).

"Los actos libidinosos consistentes en frotamientos vaginales con su miembro viril sin que el agente tuviera la decisión de hacer sufrir a la agraviada el acto sexual, constituye delito contra el pudor, mas no violación de la libertad sexual".
(Ejecutoria Suprema 21/08/97. Exp. 3529-97. Cusca).

"Si bien es cierto que el ilícito que se imputa al acusado solo se ha configurado en grado de tentativa, la pena impuesta por el Colegiado resulta mínima, por lo que procede aumentarla en atención a lo previsto por el artículo 16 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 05/05/98. Exp. 3813-98. Junín).

"La consumación en el delito de hurto agravado, perpetrado con el concurso de dos o más personas, se produce cuando los agentes se apoderan de un bien mueble total o parcialmente ajeno, privándole al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión del bien mueble, asumiendo de hecho los sujetos activos la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien".

(Ejecutoria Suprema 02/07/98. Exp. 2119-98. Callao).

"La tentativa no solo comprende el comienzo de los actos ejecutivos, es decir, la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico, sino también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega, aun teniendo conocimiento de su peligrosidad, teniendo además la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito".

(Ejecutoria Suprema 20/09/99. Exp. 147-99. Callao.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 83-84).

"El ilícito penal ha quedado en grado de tentativa, ya que el acusado pretendió consumir el delito de robo, para el cual se agenció de un medio contundente (piedra) y dio inicio al latrocinio que quería consumir, no logrando su propósito por la tenaz resistencia de la víctima, a quien le causó lesiones al arrojarle la piedra que tenía en su poder".

(Exp. 99-0369. 03/12/99. Callao. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Págs. 147-148).

"Para la configuración de la tentativa se requiere la puesta en peligro del bien jurídico, debiendo analizarse cuál ha sido este. En tanto no se ha demostrado la intención del inculpado, ni la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico, en virtud del principio de presunción de inocencia, el juzgador ha de aplicar el principio de determinación alternativa para sentenciar respecto al tipo penal y el bien jurídico efectivamente puesto en peligro".

(Exp. 68-95. Callao. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 148).

"La tentativa consiste en el inicio de la ejecución de un delito, sin consumarlo, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad. La ausencia de estos actos origina la absolución del inculpado. En el delito de violación no constituye el inicio de su ejecución los solos forcejeos en la vía pública entre el inculpado y la presunta víctima, a fin de tomarla de la mano y convencerla de ir a un hasta/".

(Sentencia 20/04/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Loreto. Exp. 98-0016-191601 - 1!! Sala Penal. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 84).

"El hallazgo de un costalillo de yute, dos linternas y otras especies en la maletera del vehículo en que se trasladaban los acusados, unido a la actitud sospechosa de aquellos, solo puede calificarse como actos preparatorios y no como actos de ejecución (H') los actos preparatorios si no están criminalizados de modo específico carecen de relevancia penal por resultar atípicos".
(Exp. 4804-98. Huaura. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 149).

"Penalmente, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos, pero falta uno o más para consumación del delito, exigiéndose la concurrencia de tres requisitos: resolución criminal, comienzo de la ejecución y falta de consumación (elemento negativo)".
(Exp. 889-98-P/APL. Camaná. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 149).

"Penalmente la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos, faltando uno o más actos para la consumación del delito; en este punto nuestro ordenamiento sigue la teoría de la responsabilidad en virtud de la cual el merecimiento de pena se centra en que el sujeto pone en peligro el bien jurídico penalmente protegido, la tentativa se castiga entonces por la probabilidad de lesión; conforme a dicha teoría no se castigan los actos preparatorios porque todavía no se ha producido la puesta en peligro del bien jurídico, y se castiga con mayor sanción la consumación que la tentativa por el grado de afectación al objeto de tutela penal".
(Sentencia 24/04/98. Sala Mixta de Camaná. Corte Superior de Justicia de Arequipa. Exp. 133-98. Camaná. 18. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 84).

"La tentativa está ligada específicamente al tipo de ilícito que no llegó a concretarse, y el fundamento de su penalidad está en la concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal".

(Ejecutoria Suprema 09/05/97. Exp. 3061-96. Cal/ao. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 84).

"Debe considerarse como tentativa de violación sexual la conducta del inculcado, al haberse demostrado que a pesar de la agresión contra la víctima, esta mantiene su integridad himeneal y no muestra signos de actos contranatura",

(Sentencia 11/05/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huara. Exp. 99-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"Los hechos constituyen un supuesto de tentativa inacabada, al haber el inculcado interrumpido la comisión del delito por circunstancias externas y ajenas a él, al haber sido descubierto mientras intentaba violar a la menor",

(Sentencia 20/01/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huánuco. Exp. 98-0191-1215-JX01P).

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"Debe considerarse la conducta como tentativa inacabada, en tanto el inculpado no pudo consumar la violación por la resistencia que ofreció la víctima".

(Sentencia 28/01/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huaura. Exp. 240-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"El delito de extorsión no se ha consumado en tanto si bien se realizó el depósito de dinero, ese no fue apropiado por la inculpada, al ser detenida antes de retirarlo del banco; por lo que el hecho ha quedado en un nivel de tentativa".

(Sentencia 29/10/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Ancash. Exp. 98-0225. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de tentativa y no la de robo consumado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos los actos que objetivamente y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo, este no se produce por causas independientes a la voluntad de estos".

(Ejecutoria Suprema 03/03/99. Exp. 4385-98. Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 85-86).

"En el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna que comprende la ideación y la fase externa que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito; que, es regla general que los procesos que ocurren en el mundo interior del agente (ideación), no son típicos y por ende son impunes, pues al Derecho Penal no le interesa reprimir las ideas o un simple pensamiento delictivo, sino que es necesario que se transforme en una conducta real; que, asimismo, los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y por ende impunes".

(Ejecutoria Suprema 11/01/99. Exp. 4804-98. Huaura. Rojas Vargas: "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 263).

"La conducta imputada a los encausados es la de robo agravado en grado de tentativa y no la de robo agravado como la ha consignado el Colegiado, dado que los encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos los actos que objetivamente y subjetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, este no se

produce por causas independientes a la voluntad de estos, advirtiéndose además que a los encausados no se les encontró dinero alguno".
(Ejecutoria Suprema 03/03/99. Exp. 4358-98. Lima.
Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo ., . Pág. 268).

"Al comprobarse que el inculcado solo buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron y el tipo de arma utilizada, y no originar su muerte, debe absolversele de la acusación de tentativa de homicidio".

(Expediente 597-97. Huaraz. Caro Caria, D/ no Carlos. "Código Penal". Pág. 149).

"El delito de robo ha quedado en grado de tentativa, al no haberse materializado el apoderamiento del dinero o especie alguna de propiedad del agraviado, ello en atención a la oportuna intervención policial".

(Ejecutoria Suprema 18/01/00. Exp. 4749-99. Lima.
Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 84).

"Habiéndose acreditado en autos que los agraviados no hicieron entrega del dinero requerido por los acusados, no se ha consumado el delito de extorsión, sino que el hecho ha quedado en grado de tentativa".

(Ejecutoria Suprema 26/05/99. Exp. 1252-99. Apurimaco Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 86).

"Si bien ha quedado acreditado que la agraviada no fue objeto de violación sexual, sí existió una tentativa por parte del encausado y es por falta de erección del miembro viril que no pudo llevar a cabo el acto sexual, de ahí que no pueda sostenerse que el delito de violación se haya consumado".
(Ejecutoria Suprema 04/12/2000. Exp. 3877-2000).

" Habiéndose acreditado que el encausado fue sorprendido por el propio agraviado cuando se disponía a sustraer las especies de su propiedad, la conducta desplegada por el encausado no se ha consumado, sino que ha prosperado en grado de tentativa".

(Recurso de Nulidad. Exp. 1256-99. Huaura. Chocano Rodríguez, Relner y Valladolid Zeta, Víctor. "Jurisprudencia Penal". Jurista. Lima, 2002. Pág.16).

(1) De otro parecer, v.gr. RODRIGUEZ DEVESA, José Marra y SERRANO GÓMEZ, Manso. "Derecho Penal Español. Parte General". Madrid, 1994. Pág. 771, para quienes la tentativa es una causa de extensión de la responsabilidad penal, mediante la cual, excepcionalmente, una conducta atípica resulta

punible; cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999. Pág. 711, nota N°1.

(2) Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ediar. Tomo IV. Buenos Aires, 1982. Pág. 451.

(3) Vide SOLA RECHE, Esteban. "La llamada 'tentativa inidónea' de delito". Granada, 1996. Pág. 130; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Tentativa y formas de autoría". Madrid, 2001. Pág. 21, nota NN° 24; JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 466.

(4) En el sentido del texto, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto". Granada, 2000. Pág. 63: "la tipicidad de la tentativa se obtiene al interpretar conjuntamente el artículo 16, que establece la noción legal de tentativa, con el respectivo tipo legal de la Parte Especial".

(5) Específicamente sobre el tipo objetivo y subjetivo de la tentativa, vide infra.

(6) Vide STRATENWERT, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. Pág. 217; en otro sentido, PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. Pág. 351.

(7) Cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 202.

(8) Vide JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 852; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 4; SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 15.

(9) Cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 203.

(10) Vide MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 18 y sgte.; WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramfrez y Yañez Pérez. Santiago de Chile, 1970. Pág. 262; STRATENWERTH, Günther.

Op. Cil. Pág. 199; JAKOBS; Günther. Op. Cil. Pág. 866; BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal.

Parte General". Akal. Madrid, 1997. Pág. 334; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Pág. 434; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001. Pág. 271.

(11) Vide COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 727; cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. Pág. 337; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. Pág. 170.

(12) Vide WELZEL, Hans. Op. Cil. Págs. 259 y sgtes.

(13) Otras teorías subjetivas pueden verse en FARRÉ TREPAT, Elena. "La tentativa de delito". Barcelona, 1986, Págs. 21 y sgtes.; JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 863.

(14) Vide JESGHEGK, Hans. Op. Cil. Pág. 465; JAKOBS. Op. Cil. Pág. 862; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 328.

(15) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 862, nota NQ 24; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 337.

(16) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 337.

(17) Vide JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 860; BAGIGALUPO, Enrique. Op. Gil. Pág. 336; JESGHEGK, Hans. Op.

Gil. Pág. 464; MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 327.

(18) Por el contrario, la puesta en peligro concreto del bien jurídico (ex post verificación de resultado de peligro) debe desecharse de plano a partir de la indudable verificación de que no toda tentativa produce un resultado de peligro (vide infra).

(19) Vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 06.

(20) Gfr. JESGHEGK, Hans. Op. Gil. Pág. 464; MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 327.

(21) Gfr. JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 860.

(22) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 861.

(23) Dentro de las teorías mixtas, cabe destacar la muy difundida teoría de la impresión, la que tiene como punto de partida el fundamento de la teoría subjetiva, pero limita su contenido a través de criterios objetivos. Conforme a ella, una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico solo es punible cuando puede resultar menoscabada la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico, y resultar dañado el sentimiento de seguridad y paz jurídica (FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 25), es decir, cuando tiene capacidad suficiente para producir una conmoción social, una sensación de inseguridad o alarma social. La tentativa es punible pues porque la actuación de la voluntad contraria al Derecho es idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico (vide MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 28); cuando produce una perturbación profunda de la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, como del sentimiento de seguridad jurídica, menoscabando la paz jurídica, vide JESCHECK, Hans. Op. Cil., 465; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 329; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil., Págs. 424 y sgtes. Sin embargo, la vaguedad de los criterios de esta teoría ha sido duramente criticada por la doctrina, vide solo, entre varios, JAKOBS. Op. Cit. Págs. 863 y sgtes.; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 713, nota N° 7; BAGIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 338.

(24) Empero, sin restarle importancia a su necesario componente subjetivo, la teoría mixta que se acoja en nuestro ordenamiento jurídico-penal ha de ser, en todo caso, una predominantemente objetiva. A tal consideración de lege lata abonan diversas razones como, por ejemplo, la expresa alusión del CP a un comienzo de la ejecución" del delito, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa con relación al delito consumado, la impunidad de los supuestos del artículo 17, etc.

(25) Vide SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 128.

(26) La decisión de cometer un delito pertenece a la esfera mental interna del agente y exige ser tomada de manera consciente y voluntaria, de modo tal que el autor debe estar resuelto y determinado a la ejecución de la conducta con sus consecuencias pretendidas o bien solo advertidas (JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 869). Por ella no debe entenderse pues cualquier representación mental delictiva, sino una con específica entidad, como la decisión definitiva e incondicionada de cometer el delito, que (aunque no esté presente durante la preparación) debe forzosamente concurrir al inicio de la etapa ejecutiva para satisfacer el elemento subjetivo de la tentativa.

En consecuencia, la voluntad condicionada de realizar la acción, en donde el autor no ha decidido aún si quiere actuar, no puede fundamentar la tentativa, vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 95 Y sgte.; cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 871; JESCHECK, Hans. Pág. Op. Cil., 467.

(27) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 466.

(28) Vide COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 727; conf. MIR PUIG. Santiago. Op.

Cil. Pág. 345; sobre la problemática en los delitos de mera actividad, vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil.

Págs. 94 y sgtes.

(29) Vide SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil., 129: "Voluntad de comportamiento y representación del mismo habrán de referirse entonces a elementos objetivos que configuren uno de los tipos del injusto de un delito consumado";

crítica mente págs. 141 y sgtes., con referencias; MIR PUIG. Santiago. Op. Cil.

Pág. 343: "Subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que puedan dar lugar a la consumación"; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Pág. 432: "no hay dolo de tentativa; el dolo de tentativa no es otra cosa que el dolo del delito consumado".

(30) Vide JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 866; BACIGALUPO, Enrique. Op. Gil. Pág. 342; HURTADO POZO, José.

"Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. Pág. 464.

(31) Según el tipo específico, por lo menos dolo eventual de consumación, v.gr. aceptación de la producción del resultado, vide, sobre ello, en extenso, FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Págs. 77 y sgtes. y 91 y sgtes.; JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 866: "si para la consumación basta dolo eventual, también será así para la tentativa";

BACIGALUPO, Enrique. Op. Gil. Pág. 343.

(32) Gfr. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 36.

(33) Gfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 344.

(34) La abstención de seguir ejecutando la conducta fundamentaría el desistimiento voluntario conforme al artículo 18 GP. Diferenciando el dolo de la tentativa y del delito consumado, desde el punto de vista cuantitativo, vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 69; JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 866, nota NQ 33 b.

(35) Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 416; cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. Gil. Pág. 204; SOLA RECHE, Esteban. Op. Gil. Págs. 132 y sgtes.; JESCHECK, Hans. Op. Gil. Pág. 467; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Gil. Pág. 37; BACIGALUPO, Enrique. Op. Gil. Pág. 343, con precisiones JAKOBS, Günther.

Op. Gil. Pág. 868, a menos que constituyan delitos independientes.

(36) Agrega JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 864, que los casos en que el autor intenta emplear poderes sobrenaturales (tentativa supersticiosa) faltarán también ya el dolo típico: "Un plan con elementos sobrenaturales no constituye dolo típico, y la tentativa de ejecución no constituye tentativa de delito..

(37) Vide STRATENWERTH, Günther. Op. Gil. Pág. 204; JESCHECK, Hans. Op. Gil. Págs. 287 y 467; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 434.

(38) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 867.

- (39) Vide ampliamente SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Págs. 137 y sgtes.; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 483; JAKOBS, Günther. Op. Cil. Págs. 873 y sgtes.; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 342.
- (40) Vide sobre ello, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Págs. 412 y sgtes.
- (41) Vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 200. Ya el Derecho romano produjo el aforismo "Cogitationes poena nemo patitur" (Ulpiano): Los pensamientos internos, la simple voluntad delictiva, no deben ser punibles (vide SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 9, nota N° 42). "El mero pensamiento sin trascendencia externa resulta, de hecho, incoercible" (CaBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 712); JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 853: "Los pensamientos pertenecen a la esfera constitutiva de la persona; controlarlos destruiría la persona libre"; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 326; HURTADO POZO, José. Op. Cil., Págs. 460 y sgtes.
- (42) Cuestión aparte es que dicha prescripción no brinde ningún criterio definitivo de distinción entre el ámbito de la preparación y de la ejecución; dicha tarea corresponde pues a la interpretación doctrinal (vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 143).
- (43) Vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 202.
- (44) Sobre ello vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil., Págs. 02 y 18 Y sgtes.; FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 211; STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 203.
- (45) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 336; JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 856.
- (46) Por el contrario, la tentativa acabada no empieza sino hasta que el autor no deja que el suceso escape definitivamente de su dominio, vide JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 472.
- (47) Por ejemplo, si para completar los actos ejecutivos el autor debía sacar el arma, apuntar y disparar al objetivo, y solamente saca y apunta el arma, siendo reducido en ese momento; parece claro que solo ha dado inicio a la fase ejecutiva sin concluirla; cuestión distinta es precisar los criterios para determinar en qué momento ha sobrepasado la fase de los actos preparatorios y ha cometido tentativa.
- (48) Cfr. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 32.
- (49) Vide con detalle sobre tales temas ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Págs. 13, 115 Y sgtes., y 211 Y sgtes.; cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 472.
- (50) Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Pág. 418.
- (51) Vide MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 22.
- (52) Cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 205.
- (53) Vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 51.
- (54) Vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Págs. 156 y sgtes.
- (55) Vide COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 714 y sgtes.
- (56) Vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 69.
- (57) Cfr. críticamente MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 338, STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 206.

(58) Vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil., 168; MUÑOZCONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 464; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Págs.

40 y 53; cfr. WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 263.

(59) Vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 56: "Esa chocante afirmación de que pueden ser consideradas acciones de tentativa y, por tanto, punibles, acciones previas al tipo, es decir no típicas, debe ser cuanto menos matizada".

(60) Conforme a la antigua fórmula de Frank, debe verse el "inicio de la ejecución" en aquellos actos que se hallan de tal forma conectados a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya (cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 338; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 344; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op.

Cil. Págs. 449, 453 Y sgtes.); aquellos actos que en virtud de su necesaria o directa correspondencia con la acción típica, se aprecien como partes integrantes de esta, según el desarrollo normal del acontecer (vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Págs. 206 y sgtes.; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 25);

v.gr. sacar el arma y apuntar al objetivo con respecto al disparar. Empero, si bien la fórmula de Frank tiene la virtud de ampliar el ámbito de las acciones ejecutivas respecto a la teoría formal-objetiva, pues, a diferencia de ella, considera acciones ejecutivas no solamente las acciones típicas, sino también acciones anteriores (vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 163); resulta a veces sumamente imprecisa, pues existen actos que deben considerarse preparatorios y, sin embargo, también se hallan unidos estrechamente a la acción típica, como parte suya, según una concepción natural.

(61) Según la teoría del peligro, una conducta es ejecutiva cuando representa un peligro objetivo para el bien jurídico. Se debe coincidir en que toda tentativa requiere de la realización de una conducta ex ante peligrosa para el bien jurídico [en cambio, se debe descartar la exigencia de que la tentativa produzca un peligro concreto para el bien jurídico (comprobación ex post de un resultado de peligro imputable normativa mente a la realización de una conducta ex ante peligrosa: ingreso del objeto de la acción al radio operativo de la conducta peligrosa, no producción del resultado lesivo por la concurrencia de una circunstancia en la que ya no cabía confiar que lo evitó); ello evidentemente reduciría a su mínima expresión el principio de ejecución y el concepto mismo de tentativa (contra la doctrina nacional mayoritaria, se debe enfatizar que la "puesta en peligro" del bien jurídico a que alude el principio de ofensión no puede identificarse con su "puesta en peligro concreto" ni siempre con un disvalor de resultado)]. Empero, si bien la exigencia de una conducta peligrosa resulta válida para la fundamentación de la tentativa, no constituye un criterio de utilidad para la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos (vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 166). La definición de actos ejecutivos como peligrosos y de actos preparatorios como no peligrosos resulta sumamente imprecisa si se repara en lo etéreo de los límites originados por una siempre cuantificable (por ende, indeterminable con exactitud; vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 207) peligrosidad: en algunos casos también ciertos actos preparatorios exteriorizados pueden ser calificados como peligrosos para el bien jurídico; y, por el contrario, actos que objetivamente representan un comienzo de la ejecución, evaluados individualmente, pueden no haber creado

aún una suficiente peligrosidad. En la tentativa pues la puesta en peligro va en aumento desde el primer acto preparatorio hasta el momento en que se produce la consumación (vide ALCÁGER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. 25).

(62) Ello, empero, no significa reparar rígidamente en el último acto parcial previo inmediato al inicio de la acción típica, difícilmente determinable con exactitud; vide infra; con detalle vide JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 883.

(63) ALCÁGER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 63: no hay "una tipicidad en sentido estricto de la tentativa (tentativa según la teoría objetivo-formal), de una parte, y una tipicidad en sentido amplio de la tentativa, de otra, sino que hay una tipicidad de la tentativa, conformada por la interpretación conjunta del artículo 16 y el respectivo tipo legal de la Parte Especial", cfr. JESCHECK, Hans. Op. Gil. Págs. 469 y 470; MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 338.

(64) Afirmaciones como las de que la teoría objetivo-formal es la que en mayor medida respeta el principio de legalidad "rechinan en los oídos del Estado de derecho" (vide ALCÁGER GUIRAO, Rafael. Op. Gil. Pág. 62), pues ello implicaría que la teoría que parte de ella para adelantar el comienzo de la tentativa, por incluir acciones no típicas, lo respetaría en menor medida; vide SOLA REGHE, Esteban. Op. Gil. Págs. 147 y sgtes., en contra de la incriminación como tentativa de actos ajenos al comportamiento típico; en otro sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 455.

(65) Vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 179. (66) Vide FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 228 (67) Gfr. JESGHEGK, Hans. Op. Gil. Pág. 708; vide críticamente FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 228.

(68) Vide MAURAGH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Gil. Pág. 499.

(69) Vide GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966. Pág. 113; cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 340.

(70) Gfr. FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Gil. Pág. 228.

(71) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 340; cfr. JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 883; GOBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Gil. Págs. 716 y sgtes.

(72) Gfr. SOLA REGHE, Esteban. Op. Gil. Pág. 148.

(73) Vide ALCÁGER, GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 30; JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 883, poniendo como ejemplo un estrangulamiento de cierta duración.

(74) Vide JESCHECK, Hans. Op. Cil., Págs. 467 y 471.

(75) Asr, por ejemplo, para WELZEL, Hans. Op. Cit. Pág. 190, la tentativa empezaba con aquella actividad con la cual el autor según su plan del delito, inicia inmediatamente la realización del tipo; vide JAKOBS. Op. Cil. Págs. 882 y sgtes.; JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 470.

(76) Cfr. FARRÉ TREPAT, Elena. Op. Cil. Pág. 174.

(77) Vide ALCÁGER GUIRAO, Rafael. Op. Gil. Págs. 38, 45 Y sgtes.

(78) Vide JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 867.

(79) Cfr. JESGHEGK, Hans. Op. Gil. Pág. 470.

(80) Vide por todos MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 499; STRATENWERTH, Günther. Op. Gil. Pág. 194.

(81) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 339; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 452.

(82) Gon todo, a pesar de las apreciables dosis de certeza y seguridad jurídica (como de la satisfacción de las ya aludidas necesidades preventivas) que, a mi

parecer, emanan de este planteamiento mixto, como de su cabal respeto al principio de legalidad, no puede dejar de reiterarse que una estricta determinación de los actos inmediatamente anteriores al inicio de la ejecución ha de ser siempre, como se ha anotado, un problema en el que influye de manera decisiva la configuración del tipo de delito en particular, como su adecuada interpretación.

(83) Como ya se ha señalado antes, una mera objetivada peligrosidad propia de una pura teoría objetivo-material no tiene aptitud para determinar el límite mínimo de la tentativa. Si el comienzo de la ejecución en la tentativa dependiera del criterio de la peligrosidad de la conducta, bastaría afirmar esta para determinar aquella; entonces nada impediría anticipar el inicio de la tentativa hasta el ámbito de los actos preparatorios peligrosos ("La puesta en peligro de los bienes jurídicos comienza ya con la primera acción preparatoria y crece hasta la consumación del delito", STRATENWERT, Günther. Op. Gil. Pág. 207; JAKOBS, GÖnther. Op. Gil. Pág. 881) (que, en determinadas circunstancias, pueden revestir igualo mayor peligrosidad que una tentativa), incluso hasta el primer acto peligroso exteriorizado posterior a la génesis de la resolución criminal en la mente del autor;

vide JAKOBS, GÖnther. Op. Gil. Pág. 880; puesto que el de tipo es un concepto formal, se puede, "no ya solo intentar el tipo, sino incluso realizarlo, sin que se concrete peligro con alguna proximidad" (vide infra).

(84) Vide JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 257; cfr. supra; sobre la exigencia imprescindible de que el riesgo adecuado sea además no permitido; vide v.gr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "El riesgo permitido en Derecho Penal". Madrid, 1995. Págs. 26 y sgtes.

(85) En rigor, en el DP peruano no es posible concebir una tentativa ex ante objetivamente no peligrosa, por lo que en puridad terminológica resulta erróneo denominar tentativa in idónea o tentativa irreal o supersticiosa a conductas de las que ex ante no se puede predicar peligrosidad objetiva alguna (a menos que v.gr. en el caso de la 'tentativa irreal', se vea una tentativa "no real", es decir, "inexistente").

(86) Vide por todos MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 375; SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 185, con referencias, CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tomo 11. Madrid, 1996. Pág. 154 Y nota N° 132; con!. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El estado de discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa". En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Tarro López. Granada, 1999. Pág. 286.

(87) Vide JAKOBS, GÖnther. Op. Cil. Pág. 855.

(88) Gfr. SOLA REGHE, Esteban. Op. Gil. Pág. 152; JAKOBS, GÖnther. Op. Gil. Pág. 855; JESGHEGK, Hans. Op.

Gil. Pág. 468; MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 345.

(89) Gfr. JESGHEGK, Hans. Op. Gil. Pág. 468; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Gil. Pág. 418; JAKOBS, GÖnther.

Op. Gil. Pág. 855: también los delitos de peligro abstracto o concreto, de emprendimiento y de intención, o con carácter material de tentativa o preparación están consumados con la realización del tipo.

(90) Vide JAKOBS, GÖnther. Op. Gil. Pág. 864.

(91) Lo mismo se puede decir de la punibilidad de conductas como la de comercialización de semillas de adormidera del artículo 296 D in fine, respecto al bien jurídico salud pública, entre otras; cfr. BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 159.

COMPORTAMIENTOS IMPUNES

No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

CONCORDANCIAS:

C.P. arts. 1, IV, VII, IX, 16

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Preliminar

1. Toda conducta ejecutiva (que satisface el principio de ejecución delictiva), evaluada desde una perspectiva ex ante como objetivamente peligrosa (causalmente adecuada a la consumación), y dirigida subjetivamente a la consumación del delito (no producida), constituye tentativa subsumible en el artículo 16 CP.

Luego, si toda tentativa (artículo 16 CP) debe ser ex ante peligrosa, decae en importancia -a efectos de la interpretación de los artículos 16 y 17 CP- calificarla como idónea o inidónea [es decir, averiguar si al momento de ser realizada podía (tenía aptitud para) desembocar en la consumación o no](1) desde una perspectiva ex post, acaecida la no consumación pretendida(2). Pues, ante actum, toda tentativa (artículo 16 CP) afirmada desde una perspectiva ex ante como objetivamente peligrosa, constituye siempre tentativa ex ante idónea(3) (lo cual no significa que esta idoneidad ex ante no pueda ser desmentida ex post, es decir, muy tarde para el juicio ex ante)(4). Conforme a ello, se debe partir de que el artículo 16 CP incluye tanto a los supuestos de tentativa idónea ex ante peligrosa, como a los que la doctrina nacional mayoritaria considera in idónea y no peligrosa -porque los evalúa ex post-, pero que son, en verdad, casos de tentativas ex ante peligrosas (por tanto, en tal medida, también ex ante idóneas(5)). Brevemente: una tentativa de delito (artículo 16 CP), para serio, debe ser objetivamente ex ante peligrosa(6); y una tentativa objetivamente ex ante peligrosa es siempre una tentativa objetivamente ex ante idónea (al menos "relativamente", vide infra).

En tal sentido, la afirmación de que una conducta constituye tentativa inidónea solo puede significar que evaluada ex ante es una tentativa peligrosa (de lo contrario no constituiría tentativa, por lo que ni siquiera habría de denominarla así) pero evaluada ex post era in idónea al momento de realizarse.

2. Respetando lo anotado, por exclusión (coherencia y unidad intrasistémica), se debe partir, en la interpretación del artículo 17 CP, de que este no contiene ningún supuesto de tentativa objetivamente ex ante peligrosa (sea que se la denomine inidónea o no, tras un juicio ex post), supuestos que están reservados exclusivamente para el artículo 16 CP (por ser constitutivos de ilícito de tentativa punible). Por contra, adelantándome a las conclusiones, el artículo 17 CP únicamente ha de abarcar comportamientos impunes en virtud

precisamente de su no peligrosidad ex ante, es decir, conductas caracterizadas por su in idoneidad evaluada ex ante para la consumación, y que, en rigor, ni siquiera cabe denominar tentativas, por no pertenecer al concepto de tentativa del artículo 16 CP (o sea, por ser jurídico-penal mente irrelevantes: atípicas), pues un comportamiento que ex ante aparece como in idóneo y no peligroso no puede ser, en modo alguno, denominado tentativa delictiva (esta se caracteriza por poseer precisamente lo que aquel carece: idoneidad y peligrosidad ex ante). En rigor, no es posible concebir tentativas (artículo 16 CP) no peligrosas ex ante, sino solo conductas (impunes) no peligrosas ex ante no constitutivas de tentativa (no subsumibles en artículo 16 CP). Pues si toda tentativa (artículo 16 CP), para serlo, ha de ser ex ante objetivamente peligrosa, en sentido contrario, un comportamiento ex ante no peligroso no puede fundar tentativa alguna. De ello se sigue que los supuestos abarcados por el artículo 17 CP (ex ante no peligrosos) no pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 CP ni constituyen ilícito penal alguno; de ahí precisamente deriva su impunidad(7).

3. Grafiquemos lo acabado de anotar con dos ejemplos. Ejemplo NQ 1: Antes de ser reducido, X dispara con un arma de fuego contra el cuerpo de Z; sin embargo, Z resultó ileso ya que traía puesto un chaleco antibalas. Ejemplo NQ 2: X ingresa subrepticamente a la habitación de Z, su enemigo, para matarlo, realizando varios disparos contra el bulto que yacía sobre la cama de Z; sin embargo, (solo) ex post se comprueba que lo que yacía sobre la cama de Z era un maniquí, que Z mismo había colocado ahí antes de esconderse en un armario.

A. Para la doctrina nacional absolutamente mayoritaria, el ejemplo NQ 1 constituye un caso indiscutible de ilícito de tentativa punible subsumible en el artículo 16 CP (al menos como tentativa "relativamente" inidónea), mientras que el ejemplo NQ 2 constituye un caso clásico de tentativa "inidónea" no peligrosa, impune (artículo 17 CP) por la absoluta impropiedad del objeto de ataque para ser lesionado (ausencia del bien jurídico vida en un maniquí: no se puede matar lo que no tiene vida; vide infra), por supuesto, evaluada ex post. Desde esta sede, en cambio, conforme a lo expuesto líneas arriba, ambos ejemplos constituyen supuestos indudables de tentativa ex ante peligrosa (por tanto, subsumibles en el artículo 16 CP).

B. Para el DP comparado de mayor desarrollo y más influyente de nuestra órbita cultural el ejemplo N° 2 -y la constelación de casos similares a él-, pertenece al propio concepto de tentativa punible(8), constituyendo un supuesto más de ilícito de tentativa (de menor o igual entidad de injusto que el ejemplo N° 1, según las dosis de objetividad y subjetividad que en cada ordenamiento se mantengan)(9).

Para el DP alemán(10) y español(11), por ejemplo, la ilicitud y punibilidad de estos

supuestos de tentativa ex ante peligrosa (sea que se los denomine como de tentativa inidónea o idónea(12)) están mayoritariamente fuera de todo cuestionamiento. A decir verdad, la ilicitud de los supuestos de tentativa in idónea (pero ex ante peligrosa) no se niega doctrinalmente ni desde concepciones de lo injusto objetivas (en el sentido de la doctrina mayoritaria dominante: objetiva peligrosidad ex ante), subjetivas ni mixtas. Alegar, por

tanto, que la punibilidad de la denominada tentativa inidónea (pero ex ante peligrosa) en el DP comparado se deriva de una determinada concepción de lo injusto, ajena a nuestro ordenamiento jurídico-penal resulta, en ese sentido, erróneo.

11. Tentativa “inidónea” pero ex ante peligrosa 1. Para la doctrina nacional absolutamente mayoritaria el artículo 17 CP regula los supuestos de la denominada tentativa inidónea. Entre ellos se suele comprender básicamente a las tentativas ex ante peligrosas pero inidóneas ex post (v.gr. el referido caso del disparo al bulto de la cama, ineficacia de llaves o cajas fuertes vacías en el hurto, etc.), y a las conductas ex ante no peligrosas e inidóneas ex post (v.gr. atravesar con alfileres la foto del enemigo: tentativas irreales y supersticiosas). Desde una interpretación de los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP como esta, se revelan ya graves e insuperables inconsistencias.

2. En principio, está la cuestión de la naturaleza jurídica de lo que la doctrina nacional mayoritaria denomina tentativa inidónea como causal de impunidad. Al respecto debe empezarse señalando que una interpretación como la que hace la doctrina nacional mayoritaria (para la que el artículo 17 GP comprende tanto tentativas ex ante peligrosas pero inidóneas ex post como conductas ex ante no peligrosas e inidóneas ex post), contra lo que ella misma sustenta, impide de plano establecer una naturaleza jurídica unitaria de los supuestos que comprendería el artículo 17 GP. Ello en el bien entendido que, como se ha anotado, toda tentativa ex ante peligrosa (con los requisitos señalados más arriba) no solamente es típica sino que constituye ilícito de tentativa delictiva, mientras que toda conducta ex ante no peligrosa es siempre jurídico-penalmente irrelevante, por atípica. Mantener una naturaleza jurídica unitaria del artículo 17 GP significaría, para la doctrina nacional mayoritaria, sustentar una incongruente equiparación, como conductas atípicas, o típicas pero no antijurídicas, entre las tentativas ex ante peligrosas (e inidóneas ex post), y las conductas ex ante no peligrosas (e inidóneas ex post). La otra solución, considerar al artículo 17 GP simplemente como una causal de exclusión de la punibilidad, presupondría también la inaceptable afirmación de lo injusto penal en conductas ex ante no peligrosas. Por lo tanto, I desde las propias premisas de la doctrina nacional mayoritaria, no se puede afirmar legítimamente, por ningún medio, que el artículo 17 GP contenga solo conductas atípicas, ni solo conductas típicas pero no antijurídicas; pero tampoco supuestos de una u otra clase; ya que, como se ha anotado, existe un apreciable número de casos que siendo denominados por la doctrina nacional mayoritaria como de tentativa inidónea (pero ex ante peligrosa) y subsumidos por ella fuera de toda duda en el artículo 17 GP, constituyen, en verdad, injustos de tentativa, merecedores de pena.

3. En el fondo, tras la problemática de la tentativa delictiva -y de la denominada tentativa inidónea, en particular- subyace pues la de la concepción de lo injusto penal. Empeñarse -como hace la doctrina nacional mayoritaria- en sustentar que el artículo 17 GP regula -además de conductas ex ante no peligrosas y ex postinidóneas, v.gr. tentativas irreales y supersticiosas-la denominada tentativa inidónea (ex ante objetivamente peligrosa), significa a nivel de la antijuridicidad, como se ha adelantado, incurrir en un dilema

insalvable. Así, frente a una tesis que sustente la inclusión en el artículo 17 GP de las tentativas in idóneas (ex ante peligrosas), al intérprete peruano, sea cual fuere la concepción del injusto que sustente, no le quedaría más posibilidad que afirmar que dicho supuesto constituye un ilícito penal impune o negar que constituya ilícito penal (de ahí su impunidad). Para lo primero, se deberá fundamentar en él necesariamente el disvalor de la acción y, de requerirlo en su concepción, un (inaprensible) disvalor de resultado (doctrina nacional mayoritaria); además, claro está, fundamentar por qué si constituye injusto penal finalmente no resulta punible (v.gr. explicar cuáles son aquellas razones político-criminales que conducen legítima y coherentemente a equiparar en impunidad una conducta ex ante efectivamente peligrosa con una conducta ex ante no peligrosa en absoluto). Para lo segundo, se deberá afirmar que la denominada tentativa in idónea (pero ex ante peligrosa) no constituye ilícito de tentativa (¡a pesar de su peligrosidad comprobada ex ante!), en abierta oposición y contradicción con la doctrina penal comparada dominante, que con abundantes argumentos está convencida de lo contrario; argumentos que lógicamente se tendrán que superar, pues no basta inferir de la impunidad que señala el texto de la ley, la ausencia de injusto típico, sino que se deben fundamentar las razones que sustentan una posición en ese sentido; lo contrario equivaldría a afirmar la impunidad (derivada de la no ilicitud) de estos supuestos de tentativa in idónea basándose solo en el endeble argumento de que "la ley así lo impone"(13).

4. Una interpretación como la sustentada por la doctrina nacional mayoritaria, predominante en la praxis, resulta pues errónea, porque parte de la premisa incorrecta de que el artículo 17 CP regula la denominada tentativa in idónea (ex ante objetivamente peligrosa); cuando los supuestos de la denominada tentativa inidónea ex ante peligrosa, como se ha anotado, están comprendidos en el artículo 16 CP (por lo que pertenecen al concepto de tentativa y constituyen ilícitos punibles); y la impunidad que prescribe el artículo 17 CP solo está reservada para comportamientos ex ante no peligrosos (de ahí su impunidad), en otras palabras:

ex ante in idóneos. Luego, si toda tentativa, para serio, requiere necesariamente ser ex ante peligrosa, comportamientos que son ex ante no peligrosos y ex ante inidóneos no pueden constituir tentativa (no pueden pertenecer al concepto de tentativa: artículo 16 CP). Por tanto, denominar tentativa en el artículo 17 CP a una conducta ex ante no peligrosa y ex ante in idónea constituye, en rigor dogmático y puridad conceptual, una insostenible y desafortunada imprecisión terminológica, atribuible, como no puede ser de otro modo, al legislador patrio de turno (inductor al error de la doctrina nacional mayoritaria).

5. En efecto, una interpretación meramente gramatical del artículo 17 CP no podría desembocar en mejores conclusiones que a las que llega la doctrina nacional mayoritaria. A una fórmula como la que contiene el artículo 17 CP cabe criticarla desde varios puntos de vista.

En lo que aquí interesa, está el problema referente a las conclusiones que deben extraerse de que el precepto denomine tentativa ("No es punible la tentativa oo.") a los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP, lo cual, a

primera vista, podría provocar el error de considerar que ellos pertenecen al concepto de tentativa (auténtica tentativa) del artículo 16 CP. Pues reparando únicamente en la literalidad de la norma, podría inferirse que todos los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP -al ser denominados por el propio precepto como tentativas habrían de constituir también la tentativa definida en el artículo 16 CP. y es que una interpretación gramatical de la expresión "No es punible" podría dar a entender que en el precepto se estaría predicando de una conducta fundante de tentativa delictiva (artículo 16 CP) simplemente su no punibilidad (sin que ello tenga que afectar lo injusto). Según ello, la tentativa (a que se refiere el artículo 16 CP) sería el término más general, del que la forma particular descrita en el artículo 17 CP sería solo una especie, pues se podría alegar, en sentido contrario, que si el legislador al declarar su impunidad no hubiese querido considerar los supuestos del artículo 17 CP como fundantes de tentativa, simplemente no los hubiera denominado así. En tal sentido, en cumplimiento de los requisitos del artículo 16 CP, resultaría que el autor en el artículo 17 CP si bien debe dar dolosamente comienzo a la ejecución del delito que se decidió consumir, ha de hacerlo (adicionalmente) empleando un medio absolutamente ineficaz o sobre un objeto absolutamente impropio de ser lesionado, de modo tal que su tentativa delictiva (artículo 16 CP) lo es de imposible consumación (vide infra). Sin embargo, si se profundiza en las consecuencias dogmáticas que acarrearía equiparar la voz tentativa definida en el artículo 16 CP con la voz tentativa utilizada en el artículo 17 CP (es decir, considerar como supuestos fundantes de la tentativa del artículo 16 CP, los supuestos impunes del artículo 17 CP) se llegaría a conclusiones sumamente objetables.

6. Como se ha anotado, una tentativa de delito (artículo 16 CP), para ser (para ser típicamente relevante y constituir injusto), debe ser necesariamente ex ante peligrosa. Por tanto, exigir que los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP cumplan con los requisitos emanados del artículo 16 CP, significaría que los requisitos exigidos en una conducta fundante de tentativa según el artículo 16 CP tendrían que reproducirse en una conducta impune subsumible en el artículo 17 CP. Ello, a su vez, implicaría -solo por poner dos ejemplos- compatibilizar lo que por lógica es incompatible: la imposibilidad de consumación ex ante por ineficacia del medio o impropiedad del objeto ex ante absolutas, a que se refiere el artículo 17 CP (vide infra), con la afirmación de una conducta objetivamente peligrosa ex ante que satisfaga el principio de ejecución; como excluir del artículo 17 CP -los supuestos de "tentativa" irreal o supersticiosa caracterizados precisamente por la ausencia de un dolo típico (elemento subjetivo en el artículo 16 CP)(14); con lo cual se llegaría al absurdo de incluir como supuestos impunes del artículo 17 CP a las tentativas ex ante peligrosas, pero no a las conductas ex ante no peligrosas. La imposibilidad de exigir que los supuestos impunes del artículo 17 CP cumplan con los requisitos del artículo 16 CP impide de esta manera equiparar las alusiones a una tentativa efectuadas en cada precepto; por lo que, en sentido contrario, han de referirse forzosamente a dos realidades no equivalentes. Desde las inaceptables consecuencias que se producirían, que el artículo 17 CP denomine (imprecisamente) tentativa a los supuestos que contiene no puede implicar en modo alguno que ellos deban también satisfacer los requisitos impuestos por el artículo 16 CP para fundar tentativa, pues la utilización de una

misma expresión ha sido realizada en cada caso en sentido diverso, no idéntico. La falta de peligrosidad ex ante que caracteriza a los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP, impide pues afirmarlos siquiera como conductas fundantes de tentativa, en el sentido del artículo 16 CP. A mayor abundamiento, la tesis contraria, que afirmaría que los supuestos del artículo 17 CP sí constituyen tentativas delictivas, es decir, conductas típicas subsumibles en el artículo 16 CP no antijurídicas, o incluso ilícitos de tentativa delictiva impunes, conduciría al sorprendente resultado de afirmar tipicidad o antijuridicidad, según el caso, en supuestos en que jurídico-penalmente resultaría erróneo, desde cualquier punto de vista, fundamentarlas, v.gr. un supuesto como el de atravesar con alfileres la foto del enemigo o el intentar abortar con una infusión de orégano, pertenecería, según esta (mayoritaria) tesis, al concepto de tentativa del artículo 16 CP (sería conductas típicas de homicidio o aborto pero no antijurídicas), o constituiría un ilícito impune (constituirían injustos de tentativa de homicidio o de aborto pero impunes). Tal planteamiento no resiste mayor análisis.

7. Debe reafirmarse pues que los supuestos impunes contenidos en el artículo 17 CP (comportamientos ex ante no peligrosos) no constituyen tentativa típica ni antijurídica. Las reprobables consecuencias que ocasionaría interpretar la voz tentativa del artículo 17 CP como el comportamiento fundante de tentativa definido en el artículo 16 CP, señalan el necesario camino de su no identificación hermenéutica como de la superación de una mera interpretación literal. Por ello, conforme al contenido del precepto, la correcta interpretación que se haga de él debe buscar un significado de los términos que no genere contradicciones intra sistemáticas, interpretación que no puede prescindir de valoraciones de sentido; frente a ellas, como se infiere, una interpretación que repare únicamente en la literalidad del precepto resulta por lo menos insuficiente. Conforme lo anotado, a mi parecer, resulta factible realizar una interpretación teleológico-valorativa intrasistemática (superando la reprochable imprecisión gramatical del legislador) de la expresión "No es punible la tentativa" a que alude el artículo 17 CP, de tal manera que ella se entienda, no como que los supuestos en él contenidos constituyen tentativas (artículo 16 CP) que son impunes, sino, con mejor criterio, como que "No constituyen tentativa" (la preceptuada en el artículo 16 CP) los casos de imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto⁽¹⁵⁾. Pues solo de esta manera las conclusiones a las que se arribarían resultarían coherentes intrasistemáticamente y legítimamente aceptables; fundamentalmente: todos aquellos supuestos impunes subsumibles en el artículo 17 GP no pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 GP, ni constituyen ilícito de tentativa (por ser ex ante no peligrosos); v.gr. la conducta impune de atravesar con alfileres la foto del enemigo no puede ser en modo alguno una conducta típica de homicidio y menos constituir injusto penal.

III. La imposibilidad de consumación

1. Siendo, por definición, factor negativo de la tentativa la no producción de la consumación del delito, ex post se sabe siempre que toda tentativa no va a llegar -como que no ha llegado- a su estado de consumación (pues los

conocimientos obtenidos ex post permiten afirmar en todo caso que ella ha sido realizada imperfectamente, desde el tipo objetivo; imperfección objetiva que precisamente origina su no consumación). Sin embargo, ello no es obstáculo para diferenciar los casos en que la inidoneidad se puede comprobar ex ante como ex post, de los casos marcados por una inidoneidad que solo es posible afirmarla a través de un juicio ex post (16) (ex ante idóneos).

2. Ya se ha anotado que la calificación de una tentativa delictiva (conducta que satisface el principio de ejecución dirigida subjetivamente a la consumación del delito) ex ante peligrosa como idónea o inidónea solo es posible realizarla desde una perspectiva ex post. En correspondencia a ello, cuando el precepto en comentario alude a la imposibilidad de consumación, solo puede estar refiriéndose a la imposibilidad de consumación evaluada desde una perspectiva ex ante (in idoneidad ex ante: conductas que el observador objetivo, en el lugar del autor, al momento de ejecutar la acción, evalúa como carente de las condiciones necesarias para producir la consumación). La tesis contraria que sustente que el artículo 17 GP comprende todas aquellas conductas de imposible consumación ex post, es decir, in idóneas ex post, reproduciría las mismas reprobables consecuencias que la sustentación como contenido del precepto de las tentativas calificadas como in idóneas pero ex ante peligrosas(17).

IV. Ineficacia del medio e impropiedad del objeto absolutas

En la actualidad son muy pocos los ordenamientos jurídico-penales que presentan una regulación de la denominada "tentativa in idónea", basada en la antigua fórmula de la absoluta ineficacia del medio y la absoluta impropiedad del objeto(18), que se considere impune(19), como tan confusamente lo hace nuestro CP. Los problemas que en ese sentido emanan del artículo 17 CP son bastante intrincados.

1. Ya se ha anotado que, según el artículo 16 CP, constituye tentativa el dar comienzo a la ejecución del delito con resolución criminal de consumación a través de una conducta ex ante peligrosa (brevemente: comenzar la ejecución de una conducta adecuada y dirigida subjetivamente a la consumación del delito que no se produce). En cambio, conforme a su manifiesto contenido, el artículo 17 CP comprende conductas que son ex ante no peligrosas e inidóneas, es decir, conductas que han sido realizadas empleando un medio ex ante absolutamente ineficaz o en dirección a un objeto ex ante absolutamente impropio para ser lesionado, no adecuadas causalmente a la consumación del delito. Por tanto, como se ha afirmado, los supuestos contenidos en el artículo 17 CP no constituyen tentativa delictiva alguna (es decir, no pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 CP). En efecto, si para que una conducta ejecutiva constituya tentativa (artículo 16 CP) se exigía que ella fuera objetivamente peligrosa ex ante (adecuada a la consumación), la expresa alusión del artículo 17 CP al empleo de un medio (ex ante) absolutamente ineficaz o a la dirección del ataque hacia un objeto (ex ante) absolutamente impropio para ser lesionado, significa lo contrario: que los supuestos en él contenidos, por ser absolutamente inidóneos ex ante (vide infra), no cumplen con el requisito de peligrosidad ex ante de la conducta; por tanto, carecen de

aptitud para fundar la tentativa del artículo 16 CP: la exigencia en el artículo 17 CP de la absoluta inidoneidad por ineficacia ex ante del medio e impropiedad ex ante del objeto absolutas impide calificar a las conductas subsumibles en él como peligrosas ex ante, y así, como conductas pertenecientes al concepto de tentativa delictiva.

2. En consecuencia, como se ha venido afirmando, subsumibles en el artículo 17 CP solo pueden ser conductas ex ante no peligrosas, cuya no peligrosidad, conforme al texto, se derive de su inidoneidad absoluta ex ante, es decir, de la ex ante ineficacia o impropiedad absolutas del medio empleado o del objeto de ataque. En tal sentido, la conclusión obtenida de que los supuestos contenidos en el artículo 17 CP no constituyen tentativa delictiva (ex ante peligrosa y ex ante idónea: artículo 16 CP), sino solo conductas ex ante inidóneas y no peligrosas, derivadas de la ineficacia o impropiedad absolutas ex ante del medio o del objeto, se conecta perfectamente así con la interpretación realizada del artículo 16 CP (auténtica tentativa) en el sentido de que este incluye todas aquellas conductas ejecutivas, dirigidas subjetivamente a la consumación del delito, que evaluadas ex ante, a los ojos del observador objetivo en lugar del autor, aparecen como objetivamente peligrosas.

3. El esquema precedente se diferencia marcadamente del sustentado por la doctrina nacional mayoritaria. En efecto, contra el planteamiento (de entera validez en la interpretación del artículo 16 CP) de que, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, toda conducta ejecutiva fundante de tentativa (artículo 16 CP) debe ser objetivamente ex ante peligrosa (ex ante adecuada a la consumación), la doctrina nacional absolutamente mayoritaria mantiene una interpretación discrepante y criticable que repercute de modo negativo en la del artículo 17 CP. Para ella, como ya se ha anotado, los supuestos de tentativa ex ante peligrosa pero ex post inidónea no están regulados en el artículo 16 CP sino en el artículo 17 CP, por lo que este comprende tanto conductas ex ante inidóneas y ex ante no peligrosas (correcto) como conductas ex post inidóneas pero ex ante peligrosas (incorrecto). Conforme a tal tesis, para la doctrina nacional mayoritaria la impunidad de los supuestos que denomina de tentativa in idónea contenidos en el artículo 17 CP (incluyendo las tentativas ex ante peligrosas) encuentra su explicación en los resultados de un juicio realizado ex post (no ex ante) sobre la inidoneidad del comportamiento: si ex post se constata que una conducta era al momento de ser realizada absolutamente in idónea, por haber sido realizada con un medio absolutamente ineficaz o sobre un objeto absolutamente impropio para ser lesionado, entonces cabe calificarla como jurídico-penalmente irrelevante (principalmente -se afirma- porque se trataría de conducta que ni siquiera pone en peligro bien jurídico-penal alguno: principio de ofensión, artículo IV TP CP). Brevemente: para la doctrina nacional mayoritaria el artículo 17 CP dispondría la impunidad de todas aquellas conductas que verificadas ex post aparecen como absolutamente inidóneas, en virtud de la absoluta ineficacia comprobada ex post del medio empleado o a la absoluta impropiedad comprobada ex post del objeto del ataque. Más claro, para subsumir una conducta en el artículo 17 CP sería necesario comprobar ex post que la ineficacia del medio o la impropiedad del objeto preexistían al momento de comenzar la ejecución del delito. Así, por ejemplo, para la doctrina nacional mayoritaria, el caso del disparo al bulto de la cama que se cree una

persona viva que duerme, constituye un caso de tentativa in idónea subsumible en el artículo 17 CP, pues el evaluador situado ex post (con los datos obtenidos a posteriori) sabría que el objeto de ataque era, al momento de realizar la conducta, absolutamente impropio para ser lesionado. En este sentido, para la doctrina nacional mayoritaria, que evalúa la in idoneidad y la no peligrosidad exclusivamente desde una perspectiva ex post, serían subsumibles en el artículo 17 CP todas aquellas conductas en las que ex post se comprueba que ex ante el medio era absolutamente ineficaz o el objeto absolutamente impropio de ser lesionado, lo cual-conforme a tal premisa- no le impide incluir dentro de la impunidad que confiere tal precepto a las tentativas que evaluadas desde una perspectiva ex ante son peligrosas, pero que (solo) con los datos obtenidos ex post aparecen como inidóneas.

4. Como se aprecia, la evaluación de la no peligrosidad y de la inidoneidad de una conducta desde una perspectiva ex post conduce a la doctrina nacional mayoritaria a consecuencias sumamente insatisfactorias. Así, el fundamento para negar también en los casos de tentativa ex ante peligrosa la constitución de un injusto penal (y afirmar así su impunidad, conforme al artículo 17 CP) obedece exclusivamente a una evaluación ex post de las características de la conducta realizada. Para ella, todas las conductas efectuadas empleando un medio que ex post se ha comprobado como absolutamente ineficaz o en dirección hacia un objeto que ex post se ha comprobado absolutamente impropio de ser lesionado son absolutamente in idóneas y absolutamente no peligrosas (subsumibles en el artículo 17 CP), siendo indiferente, a tal efecto, los resultados sobre la peligrosidad o idoneidad que, de la misma conducta, se puedan obtener desde una perspectiva ex ante. A la doctrina nacional mayoritaria le basta así, para subsumir una conducta en el artículo 17 CP, constatar ex post que, acaecidos los hechos, no se ha puesto en peligro ningún bien jurídico alguno, pues, al final de cuentas, ex post se ha comprobado que no se ha efectuado ninguna conducta peligrosa e idónea para consumar el delito; careciendo de toda relevancia que ex ante se haya comprobado la realización de una conducta objetivamente peligrosa, perturbadora del bien jurídico protegido (disvaliosa): constitutiva de injusto típico(20).

5. Esta es pues la principal crítica, a la doctrina nacional mayoritaria: una concepción de lo injusto basada en la peligrosidad objetiva ex ante de la conducta (única legítimamente sostenible en nuestro ordenamiento jurídico-penal) conduce a resultados diametralmente opuestos. Si la idoneidad o inidoneidad se constatan, ya no desde una perspectiva ex post, sino desde una perspectiva ex ante, los datos a tomarse en cuenta en la base del juicio lógicamente solo pueden ser los cognoscibles al momento de iniciar la conducta ejecutiva: desde esta perspectiva (sin la introducción de conocimientos que solo se pueden obtener ex post), para el observador objetivo en el lugar del autor al momento de realizar la conducta, realizar el disparo contra el bulto en la cama (vide supra) como forzar la caja registradora de la bodega constituyen sin duda tentativas de homicidio y hurto punibles (ex ante peligrosas e idóneas), subsumibles en el artículo 16 CP, pues, a esa luz, los objetos del ataque no eran medios absolutamente impropios para ser lesionados, sino todo lo contrario, una persona viva que yacía en la cama y un recipiente que guarda dinero.

6. Explicar la impunidad de los supuestos contenidos en el artículo 17 CP ciertamente requiere de la comprobación de la inidoneidad y de la no peligrosidad objetiva de la conducta para lesionar el bien jurídico, pero esta peligrosidad -en armonía con la concepción de lo injusto penal en nuestro CP- debe pues necesariamente ser evaluada desde una perspectiva ex ante y no ex post (como hace la doctrina nacional mayoritaria), de tal manera que subsumibles en el artículo 17 CP sean únicamente aquellas conductas que evaluadas ex ante, por el observador objetivo en el lugar del autor, aparezcan como absolutamente inidóneas (no peligrosas), por haber sido realizadas empleando un medio ex ante absolutamente ineficaz o sobre un objeto ex ante absolutamente impropio de ser lesionado. En tal sentido, la conducta de atravesar con alfileres la fotografía del enemigo constituye una conducta ex ante inidónea (no peligrosa) para consumar un homicidio, pues ex ante (para el observador objetivo en lugar del autor) ha sido realizada sobre un objeto ex ante absolutamente impropio para ser lesionado; del mismo modo que la conducta que querer abortar tomando una infusión de orégano constituye una conducta ex ante inidónea (no peligrosa) para consumar un aborto, pues ex ante (para el observador objetivo en lugar del autor) ha sido realizada con un medio ex ante absolutamente ineficaz para consumar el delito. Ambas conductas están pues alcanzadas por la impunidad que confiere el artículo 17 CP.

V. Ineficacia del medio e impropiedad del objeto relativas

1. La expresa alusión del precepto a la categoría de lo absoluto (como adjetivo calificativo de la ineficacia y de la impropiedad) presupone, por inferencia, la existencia de la categoría de lo relativo; de modo tal que dentro de la inidoneidad ex ante de la conducta, deben diferenciarse dos grupos de casos: los supuestos de inidoneidad relativa, en los que la conducta realizada si bien no se ha consumado en el caso concreto, sí podría haberlo hecho de manera general o por regla general (conductas que ex ante serían peligrosas -al menos- en abstracto); y los supuestos de inidoneidad absoluta, aquellos en los que la conducta no se ha consumado en el caso concreto pero tampoco hubiera podido consumarse en ningún otro caso (conductas ex ante no peligrosas en absoluto); solo esta última hipótesis es según el artículo 17 CP impune(21). Conforme a esta diferenciación, en nuestro CP no cabe pues equiparar exactamente una mera conducta ex ante inidónea con una de conducta ex ante no peligrosa, pues para hacerlo será necesario que la conducta ex ante inidónea lo sea además de manera absoluta. Luego, para el CP únicamente no son peligrosas ex ante las conductas ex ante absolutamente inidóneas, mientras que las conductas ex ante relativamente inidóneas (también, ex ante relativamente idóneas) sí son consideradas todavía como ex ante peligrosas (siquiera en abstracto). Y si son consideradas aún como portadoras de peligrosidad ex ante aún penalmente relevante (estando excluidas, por tanto, del artículo 17 CP), entonces para el CP -aunque ello no está exento totalmente de reparos dogmáticos- sí pertenecen al concepto de tentativa delictiva del artículo 16 CP y sí constituyen injusto típico punible(22).

2. Para lograr tal diferenciación entre lo absoluto y lo relativo es pues menester realizar la abstracción de algunas circunstancias del hecho realizado, para verificar en qué supuestos puede afirmarse ex ante una conducta relativamente inidónea (peligrosa en abstracto o potencialmente peligrosa) y una absolutamente inidónea (no peligrosa en absoluto: únicos supuestos a los que el texto penal considera impunes). En efecto, respetando el enunciado del artículo 17 CP, los únicos supuestos que deben mantenerse como punibles son los de tentativas ex ante relativamente in idóneas (lo que implica que son también ex ante relativamente idóneas): aquellas evaluadas ex ante como peligrosas en general o en abstracto, las que posean ex ante aún cierta potencialidad causal para producir la consumación (de lo cual se deriva la consecuencia de que, al menos en la tentativa, la ex ante peligrosidad en abstracto, como la ex ante idoneidad en abstracto relativa, bastaría para fundamentar -al menos el disvalor de acción- de lo injusto penal(23»).

Por el contrario, únicamente serán consideradas impunes aquellas conductas (no constitutivas de tentativa delictiva) que, aun evaluadas ex ante en abstracto, no aparecen como peligrosas ni idóneas, por carecer absolutamente de potencialidad causal para producir el resultado(24).

Conforme a este procedimiento, la especificación legal de medios ex ante absolutamente ineficaces y de objetos ex ante absolutamente impropios presupone lógicamente también la existencia de medios ex ante relativamente ineficaces y objetos ex ante relativamente impropios (medios ex ante relativamente eficaces y objetos ex ante relativamente propios).

A. In idoneidad del medio

a. De acuerdo con el artículo 16 CP, exigencia fundamental para cumplir el tipo penal de tentativa delictiva es la peligrosidad e idoneidad ex ante de la conducta, lo cual presupone, en este primer supuesto, la eficacia ex ante del medio empleado en la acción ejecutiva del delito. Por el contrario, en el artículo 17 CP han de subsumirse las conductas ex ante no peligrosas e inidóneas, en virtud precisamente de que han sido realizadas empleando un medio ex ante absolutamente ineficaz.

Ahora bien, dado que conforme al artículo 17 CP únicamente resultan impunes las hipótesis de ineficacia absoluta ex ante del medio empleado en la ejecución (de lo que cabe inferir lógicamente la punibilidad de las hipótesis de ineficacia relativa ex ante), deben pues diferenciarse los supuestos de ineficacia absoluta ex ante del medio empleado, de los de ineficacia relativa ex ante. Los primeros se caracterizan por la utilización de un medio en sí mismo ineficaz, que nunca, bajo ninguna circunstancia, podría producir la consumación. En los segundos, en cambio, si bien se utilizan medios en sí mismos eficaces o idóneos, resultan ineficaces o in idóneos en el caso concreto, no llegándose a producir la consumación perseguida por la insuficiencia o mal empleo del mismo.

b. Por ejemplo, un juicio de la ineficacia del medio empleado realizado ex ante conduciría a considerar como una conducta absolutamente in idónea (subsumible en el artículo 17 CP) el querer abortar tomando una infusión de orégano, pues desde una perspectiva ex ante, tal conducta (ex ante in idónea y

no peligrosa), para el observador objetivo en el lugar del autor al momento de realizarla, en ningún caso podría desembocar en la consumación del delito. Por el contrario, el intentar matar a otro con una dosis insuficiente de veneno constituye un caso "clásico" de tentativa ex ante relativamente in idónea (subsumible en el artículo 16 CP). Ello, sin embargo, merece algunas precisiones, pues el observador objetivo en el lugar del autor puede evaluar la conducta (presuponiendo, claro está, la eficacia del veneno) de diverso modo: si evalúa que la dosis ex post insuficiente, ex ante es suficiente, la tentativa lo será ex ante peligrosa (artículo 16 CP); si evalúa que la dosis ex post insuficiente, ex ante es insuficiente y absolutamente ineficaz (v.gr. incapaz de matar a nadie), la conducta lo será ex ante no peligrosa (artículo 17 CP); si evalúa que la dosis ex post insuficiente, ex ante al menos es insuficiente pero "no absolutamente ineficaz" (no absolutamente incapaz de matar), la tentativa lo será ex ante relativamente peligrosa (artículo 16 CP). Del mismo modo, el intentar matar con un arma de fuego a una persona que se encuentra a demasiada distancia, puede, según el caso, ser evaluado ex ante por el observador objetivo de diversa manera: si evalúa que el alcance del arma ex post insuficiente, ex ante es suficiente, la tentativa lo será ex ante peligrosa (artículo 16 CP); si evalúa que el alcance del arma ex post insuficiente, ex ante es insuficiente y absolutamente ineficaz (v.gr. incapaz de matar a nadie a esa distancia), la conducta lo será ex ante no peligrosa (artículo 17 CP); si evalúa que el alcance del arma ex post insuficiente, ex ante al menos es insuficiente pero "no absolutamente ineficaz", la tentativa lo será ex ante relativamente peligrosa (artículo 16 CP).

Como se aprecia en estos dos últimos casos, los más intrincados problemas de delimitación de las categorías surgen, no tanto de la distinción entre las tentativas ex ante peligrosas e idóneas y las conductas ex ante no peligrosas e in idóneas, sino de la dificultosa (prácticamente irrealizable) individualización de lo ex ante relativamente inidóneo con respecto a lo ex ante idóneo y a lo ex ante absolutamente inidóneo. Debiera exigirse en el precepto, con mejor criterio, únicamente la evaluación de que estuviera absolutamente descartada la ex ante peligrosidad e idoneidad de la conducta para subsumirla en el artículo 17 CP (vide infra).

c. La doctrina nacional mayoritaria, que realiza los juicios de peligrosidad e idoneidad exclusivamente de una perspectiva ex post, los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP se amplían hasta incluir a las conductas que siendo ex ante peligrosas, ex post resultan inidóneas. De este modo, supuestos de tentativas ex ante peligrosas terminan siendo calificadas como conductas ex post absolutamente in idóneas impunes por absoluta ineficacia del medio empleado, comprobada ex post (subsumibles en el artículo 17 CP); v.gr. intentar matar a otro con un arma de fuego que un tercero ha descargado subrepticamente, siendo ex ante peligrosa punible (artículo 16 CP), sería para la doctrina nacional mayoritaria, una conducta impune ex post absolutamente inidónea de homicidio (artículo 17 CP).

Por otro lado, numerosos casos que la doctrina nacional considera como de tentativa ex post relativamente inidónea (por ex post ineficacia relativa del medio) son, desde una perspectiva ex ante, indudables supuestos de tentativa idónea a secas; v.gr. en el aludido caso del querer matar con una dosis ex post insuficiente de veneno, si desde un juicio ex ante para el observador objetivo

en lugar del autor la dosis empleada aparece como suficiente para matar la tentativa lo será ex ante peligrosa e idónea(25).

B. In idoneidad del objeto

a. Conforme al artículo 17 CP, requisito imprescindible para cumplir el tipo penal de tentativa delictiva es la propiedad o susceptibilidad ex ante del objeto, hacia el cual se dirige la acción ejecutiva, para ser lesionado. Si tal objeto desde una perspectiva ex ante, para el observador objetivo en el lugar del autor al momento de realizar la conducta, no existe o es inapropiado o impropio respecto a lo exigido por la ley para consumar el delito, la conducta será ex ante inidónea para consumar el delito. También aquí deben diferenciarse los casos de inidoneidad o impropiedad ex ante absoluta del objeto para ser lesionado, de los de in idoneidad o impropiedad ex ante relativa, según se evalúe que ex ante la consumación no habría podido producirse nunca, bajo ninguna circunstancia, o sí generalmente, aunque no en el caso concreto, respectivamente. Pues conforme al artículo 17 CP solo resultan impunes las hipótesis de impropiedad (in idoneidad) ex ante absoluta del objeto de la acción (de lo que cabe inferir lógicamente la punibilidad de las de impropiedad ex ante relativa).

Por ejemplo, un juicio de la impropiedad del objeto de ataque realizado ex ante conduciría a considerar como una conducta absolutamente in idónea (subsumible en el artículo 17 CP) la de la adolescente que en la creencia que está embarazada por haber sido besada toma pastillas abortivas, o la del médico ebrio que dispara su arma contra los cadáveres de la morgue por haber escuchado una voz que lo llamaba, pues desde una perspectiva ex ante, ambas conductas, para el observador objetivo en el lugar del autor al momento de realizarla, son ex ante in idóneas y no peligrosas, y en ningún caso podrían haber desembocado en la consumación del delito.

b. En similar sentido a lo que se anotó para los supuestos de ex ante ineficacia (in idoneidad) relativa del medio, en los casos de ex ante impropiedad (in idoneidad) absoluta del objeto deben hacerse algunas precisiones. Así, en los ejemplos clásicos de ex ante relativa impropiedad del objeto, como el disparar a quien tiene puesto un chaleco antibalas o a quien se encuentra dentro de un vehículo blindado, o el de ingresar para hurtar una casa que se encontraba excepcionalmente vacía, si ex ante el observador objetivo no evalúa una persona con chaleco antibalas, un auto blindado o una casa vacía (es decir, evalúa un objeto susceptible de ser lesionado), la tentativa lo será ex ante peligrosa e idónea (artículo 16 CP). En cambio, individualizar los casos de tentativa ex ante relativamente inidónea implicaría la aceptación de que el observador objetivo evalúe ex ante los respectivos objetos como "no absolutamente impropios" para ser lesionados. Las criticables consecuencias que involucran la determinación específica de lo relativo (relativamente impropio o relativamente propio para la lesión) respecto a la absoluta idoneidad e in idoneidad, se reproducen en este ámbito.

c. Para la doctrina nacional mayoritaria, que realiza los juicios de peligrosidad e idoneidad exclusivamente de una perspectiva ex post, los supuestos subsumibles en el artículo 17 CP se acrecientan hasta incluir a las conductas que siendo ex ante peligrosas, ex post resultan in idóneas. De este modo, supuestos de tentativas ex ante peligrosas terminan siendo calificadas como conductas ex post absolutamente in idóneas impunes por absoluta impropiedad del objeto, comprobada ex post (subsumibles en el artículo 17 CP); v.gr. el ya aludido caso del disparo al bulto de la cama que se cree una persona viva que duerme, pero que solo ex post se comprobó era un cadáver, siendo una conducta ex ante peligrosa punible, sería para la doctrina nacional mayoritaria, una conducta impune ex post absolutamente inidónea de homicidio. Asimismo, un considerable número de supuestos que la doctrina nacional mayoritaria aprecia como de tentativa ex post relativamente inidónea (por ex post impropiedad relativa del medio) son, desde una perspectiva ex ante, innegables casos de tentativa idónea; v.gr. en el referido caso del querer matar a quien tiene un chaleco antibalas, si desde un juicio ex ante para el observador objetivo y el autor el tener puesto un chaleco antibalas es una realidad no cognoscible (como cabe esperar ha de suceder en la generalidad de los casos) la tentativa lo será ex ante peligrosa e idónea sin más.

d. Aparte de las ya adelantadas críticas (respecto a distinción muchas veces inviable de lo ex ante relativamente in idóneo de lo ex ante absolutamente idóneo y ex ante absolutamente inidóneo), a la fórmula de la ex ante absoluta ineficacia del medio y ex ante absoluta impropiedad del objeto cabe criticarla por las altas dosis de inseguridad en su aplicación(26). Muchas veces resultará sumamente difícil precisar cuándo en una conducta la in idoneidad debe predicarse ex ante del medio, del objeto o de ambos. Y si ello resulta ya en algunos supuestos dificultoso, devendrá en impracticable una certera diferenciación entre la ex ante inidoneidad relativa y absoluta del medio y del objeto; ello porque la ex ante in idoneidad de la conducta ejecutiva depende no solo de la ex ante eficacia del medio para lesionar y la ex ante propiedad del objeto para ser lesionado, de manera aislada, sino de todo un entramado de circunstancias ex ante que están estrechamente vinculadas unas de otras. Así, por ejemplo, la eficacia o ineficacia de un veneno (medio) estará también en función de la resistencia que pueda tener el organismo de la víctima (objeto), y viceversa, que un organismo sea o no susceptible de morir por envenenamiento (objeto) dependerá también de la dosis de veneno que se le inocular (medio). Por ello, el clásico ejemplo de la dosis insuficiente de veneno puede afirmarse tanto como un supuesto de ex ante in idoneidad en el medio como de ex ante inidoneidad del objeto (porque un veneno no es insuficiente en sí mismo sino en relación con la víctima). De igual forma, lanzar una piedra contra el vidrio que no se rompe puede ser tanto un supuesto de inidoneidad en el objeto (vidrio resistente), en el medio empleado (piedra poco contundente), en virtud de una combinación de ambos como de ninguno de los dos (poca fuerza del lanzamiento: inidoneidad de la acción en sí misma). Los problemas, como se ha adelantado, se acrecientan aun más si se introducen las variables de ex ante inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta (idoneidad relativa e idoneidad absoluta); más todavía si se sigue a la doctrina nacional mayoritaria que evalúa la inidoneidad (ineficacia e impropiedad) del medio o del objeto desde una perspectiva exclusivamente ex post (27). Lo único que sí es seguro

es que desde una perspectiva ex post (la que utiliza la doctrina nacional mayoritaria), conocido el discurrir de los hechos, no existe diferencia alguna, en cuanto a la inidoneidad, entre, por ejemplo, intentar matar con un arma descargada que con un arma cargada pero encasquillada al momento de disparar, pues en ambos casos la ineficacia comprobada ex post del medio determina la imposibilidad de producir el resultado de muerte. En estos casos, como en otros muchos, calificar -como hace la doctrina nacional mayoritaria- de relativo o absoluto lo inidóneo para fundar la punibilidad en uno u otro caso, no solo es irrealizable con mínimas cuotas de seguridad, sino que habilitaría un censurable camino hacia la arbitrariedad.

VI. Contenido del artículo 17 CP

1. Conforme a lo anotado, y contra la doctrina nacional mayoritaria, se debe concluir que el artículo 17 CP únicamente extiende la impunidad a los supuestos de realización de conductas ex ante no peligrosas y ex ante inidóneas, que en ningún caso podían conducir a la consumación del delito, en virtud de la absoluta ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto del ataque.

Subsumibles en el artículo 17 CP serán entonces aquellas conductas que, evaluadas desde una perspectiva ex ante, son in idóneas y no peligrosas (no constitutivas de tentativa: artículo 16), porque han sido realizadas utilizando un medio ex ante absolutamente ineficaz o en dirección a un objeto ex ante absolutamente impropio (carentes, por tanto, de toda significación social).

2. Una perspectiva ex ante, como se ha anotado, significa situarse como observador objetivo en el lugar del autor en el momento de comenzar la conducta, y juzgar si el medio empleado en ella era absolutamente ineficaz para lesionar y el objeto absolutamente impropio para ser lesionado(28). Desde esta óptica, para el CP, constituyen aún ilícito de tentativa delictiva (subsumibles en el artículo 16 CP) todos los supuestos en los que dicho observador objetivo evalúe ex ante como no absolutamente ineficaz el medio empleado y como no absolutamente impropio el objeto de ataque (lo cual, como se infiere, incluye tanto a los supuestos de idoneidad propiamente dicha como los de idoneidad relativa, también inidoneidad relativa), sin que a dicho juicio afecte el que tal eficacia y propiedad sean corroboradas luego ex post o desmentidas, una vez acaecida la no consumación, puesto que un juicio ex ante desnaturalizaría su esencia si tomara en consideración una demostración realizada con los conocimientos obtenidos a posteriori. Que, transcurridos los hechos, una evaluación ex post compruebe la absoluta ineficacia del medio y la absoluta impropiedad del objeto (en aquel objeto y medio donde ex ante el observador objetivo evaluó eficacia y propiedad), incluso, preexistentes al comienzo de la realización de la conducta, no tiene la aptitud para negar el indiscutible hecho de que precisamente ante actum, para el observador objetivo el medio empleado no era absolutamente ineficaz ni el objeto absolutamente impropio, es decir, que ex ante (sin la introducción de ningún conocimiento obtenido ex post) no era subsumible en el artículo 17 CP(29). Al contrario, como ex ante se ha comprobado la realización de una conducta peligrosa, que satisface el principio de ejecución, y dirigida subjetivamente a la consumación

del delito, puede ya afirmarse una conducta fundante de tentativa delictiva (artículo 16 CP).

3. En otras palabras, si ex ante todos los supuestos de tentativa ex ante peligrosa (incluidos los casos de idoneidad relativa: comprobación ex ante de la peligrosidad abstracta de la conducta) son subsumibles en el artículo 16 CP, incluyendo los casos en que la idoneidad ex ante (la eficacia ex ante del medio y la propiedad ex ante del objeto) ha sido desmentida ex post, el auténtico contenido del artículo 17 CP solo puede estar constituido por aquellas conductas evaluadas como ex ante no peligrosas e inidóneas (en absoluto). Ahora bien, como desde una perspectiva ex ante, como se ha visto, ninguna tentativa delictiva para serio ha de ser ex ante no peligrosa ni ex ante inidónea, estos supuestos, por ser conductas ex ante inidóneas y no peligrosas (de imposible consumación ex ante), no pertenecen al concepto de tentativa delictiva (artículo 16 CP), ni constituyen ilícito penal alguno (de ahí precisamente su impunidad), por lo que no cabe ni siquiera denominarlos así (vide supra). Afirmar que una conducta ex ante inidónea y no peligrosa pueda constituir tentativa delictiva supone una evidente contradicción lógica (la tentativa a la que alude el artículo 17 CP no constituye en realidad tentativa delictiva alguna)

4. Precisamente la no peligrosidad e inidoneidad ex ante (para el observador objetivo en el lugar del autor) por ineficacia del medio o impropiedad del objeto se da en los casos de conductas que ex ante solo para el autor, pero no para el observador objetivo en su lugar, son adecuadas (por tanto, objetivamente inidóneas y no peligrosas) para consumir el delito (v.gr. solo ante los ojos del autor, incurso en error ontológico o nomológico, el medio empleado es eficaz y el objeto susceptible de ser lesionado). En estos casos, conforme a lo apuntado, la inidoneidad (como la no peligrosidad) ex ante habrá de ser verificada por el observador objetivo en el lugar del autor, en el momento de comenzar la ejecución del delito, de modo tal que, en principio, será necesario que tras el juicio concluya en que ex ante (sin la introducción de ningún dato obtenido ex post) el medio empleado era ineficaz o el objeto ex ante impropio para la producción de la consumación. Sin embargo, a partir de estos supuestos de inidoneidad ex ante, en vista de que el artículo 17 CP únicamente se refiere a los casos de inidoneidad absoluta de la ley causal (por ineficacia del medio o impropiedad del objeto absolutas), será necesario, a su vez, efectuar una (muchas veces) difícilmente realizable (en algunos casos prácticamente inviable, vide supra) diferenciación de los casos de ex ante inidoneidad relativa (ex ante ineficacia del medio o impropiedad del objeto relativas), pues, en última instancia, de lo que se trata aquí es de identificar aquellas conductas que ex ante son para el observador objetivo, aunque no lo sean para el autor, absolutamente inadecuadas (inidóneas-no peligrosas) para la consumación (v.gr. aunque para el autor, incurso en error ontológico o nomológico, el medio empleado resulte eficaz y el objeto susceptible de ser lesionado, para el observador objetivo constituirá un supuesto impune subsumible en el artículo 17 CP).

En otras palabras, la inidoneidad absoluta ex ante habrá de ser constatada por el observador objetivo en el lugar del autor, al momento de comenzar la ejecución del delito: si evalúa que el medio empleado era ex ante (sin la

introducción de ningún dato obtenido ex post) absolutamente ineficaz o el objeto ex ante (sin la introducción de ningún dato obtenido ex post~ absolutamente impropio, la conducta podrá ser, ahora sí, subsumible en el artículo 17 CP. Por su parte, los supuestos en que se concluya afirmando la ex ante in idoneidad relativa (supuestos de relativa ineficacia ex ante del medio o de relativa impropiedad ex ante del objeto) de la conducta para producir la consumación del delito, tendrían que ser evaluados en su ex ante peligrosidad abstracta para ser incluidos en el artículo 16 CP, pues no siendo supuestos de ex ante inidoneidad absoluta de la ley causal, quedan fuera del ámbito del artículo 17 CP.

5. A los supuestos de ex ante inidoneidad absoluta (de absoluta ineficacia ex ante del medio o de absoluta impropiedad ex ante del objeto), únicos que, a mi parecer, el artículo 17 CP considera impunes, pertenecen los denominados como de "tentativas" supersticiosas, irreal es o burdamente insensatas (en sentido estricto: conductas o meros intentos supersticiosos, irreales o burdamente insensatos de consumir el delito, pues se trata de supuestos que, como ya se ha anotado, para nuestro CP, no pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 CP, por lo que ni siquiera cabe denominarlos así)(30). En ellas, por no ser ex ante peligrosas ni idóneas, no solamente no se da un principio de ejecución jurídicopenalmente relevante, sino que tampoco se puede afirmar el elemento cognoscitivo o intelectual del dolo típico requerido; por lo que, al no satisfacer mínimamente sus requisitos típicos, no constituyen conductas fundantes de tentativa (artículo 16 CP). Estas son, por tanto, a mi parecer, las únicas (mal llamadas) "tentativas" que, para el texto penal, son ex ante absolutamente in idóneas (de imposible consumación ex ante), y que, por ser jurídico-penal mente irrelevantes (no ser fundantes de tentativa delictiva ni constituir ilícito penal alguno), merecen indiscutiblemente -en armonía además con los fines de protección y prevención imperantes en el DP peruano-la impunidad(31).

Afirmado todo ello, resulta comprensible dejar impunes (conforme al artículo 17 CP) todos los intentos supersticiosos, irreales o burdamente insensatos ex ante inidóneos (ex ante no peligrosos) de consumir el delito, por la ineficacia del medio y la impropiedad del objeto, puesto que, por definición, estos lo han de ser siempre en grado absoluto.

6. Una futura reforma legislativa debería considerar bien prescindir de una regulación de estos comportamientos impunes no constitutivos de tentativa delictiva (innecesaria desde una correcta interpretación del artículo 16 CP) o incorporar un texto que, en todo caso, deje en claro que no constituyen tentativa delictiva (siendo impunes) las conductas que objetivamente ex ante no pueden en ningún caso conducir a la consumación del delito, sea por la inidoneidad del medio empleado o del objeto del hecho.

DOCTRINA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto". Granada, 2000. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Tentativa y formas de autoría". Madrid, 2001. BACIGALUPO, Enrique.

"Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. Madrid, 1997. CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal Español. Parte General". Tomo 11. Madrid, 1996. CERESO MIR, José. "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español". En: Revista de Derecho penal y Criminología. 22 época, W 1. 1998. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 52 edición. Valencia, 1999. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El estado de discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa". En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999. DOVAL PAIS, Antonio. "La penalidad de las tentativas de delito". Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. FARRÉ TREPAT, Elena. "La tentativa de delito". Barcelona, 1986. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966. HUERTA TOCILDO, Susana. "Sobre el contenido de la antijuridicidad". Tecnos. Madrid, 1984. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 22 edición. Lima, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 52 edición. Barcelona, 1998. MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal". En: Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. MORENO-TORRES HERRERA, M2 Rosa. "Tentativa de delito y delito irreal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. MUÑOZ LORENTE, José. "La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995". Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. PAREDES CASTAÑON, José Manuel. "El riesgo permitido en Derecho Penal". Madrid, 1995. REY SANFIZ, Luis Carlos. "La tentativa jurídico-penal". Dykinson. Madrid, 2001. SOLA RECHE, Esteban. "La llamada 'tentativa inidónea' de delito". Granada, 1996. STRATENWERT, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. STRUENSEE, Eberhard. "Dolo, tentativa y delito putativo". Traducción de Marcelo Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires, 1992. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yañez Pérez. Santiago de Chile, 1970.

JURISPRUDENCIA

"La conducta del encausado de ultrajar sexualmente a la agraviada cuando esta ya había fallecido, no se encuentra comprendida en el artículo ciento noventisiete del Código Penal que sanciona el delito de violación, toda vez que el cadáver de una persona no puede ser pasivo de delitos de esta naturaleza, por lo que siendo atípica dicha conducta, es del caso absolverlo por el referido delito".

(Ejecutoria Suprema 04/12/90). Exp. 1115-90. Lima).

"Al no haberse efectuado una pericia al septuagenario, quien ha puesto de manifiesto su incapacidad para practicar el acto sexual debido a su avanzada edad, existe duda razonable, la misma que le favorece en virtud del principio del indubio pro reo. El efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la menor agraviada constituye delito contra el pudor y no violación sexual".

(Ejecutoria Suprema 09/01/98. Exp. 1535-97.
Huaaura).

"Se ha llegado a afirmar que el acusado no pudo violar a la agraviada porque no se le erectó el miembro viril, lo que configuraría la tentativa imposible por ineficacia del medio empleado, no siendo punible".

(Ejecutoria Suprema 28/05/96. Exp. 949-96. Puna.

"Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 93).

"En la tentativa no punible, esta falta de punibilidad solo opera cuando el medio para cometer el ilícito es ineficaz absolutamente para lograr el cometido o el objeto sobre el cual recaerá la acción es absolutamente impropio".

(Exp. 141-98-P/APL. Camaná. Caro Caria, Dño Carlos. "Código Penal". Pág. 152).

"Del estudio de lo actuado se aprecia que de conformidad con el artículo 17 del Código Penal se ha configurado un caso de tentativa no punible, en razón de que el medio empleado, es decir, la presunta arma, manifiesta ineficacia absoluta".

(Ejecutoria Suprema 12/03/02). Exp. 567-2000. Cañete. Caro Caria, Dño Carlos "Código Penal".

Pág. 152).

"Que, el hecho incriminado (la posesión de cartuchos de dinamita, que se encuentran en mal estado de conservación y funcionamiento, por la descomposición de sus componentes, encontrándose inactivos para su funcionamiento) no constituye delito porque según la pericia se está ante un material 'inocuo', es decir, se da el caso de un delito imposible, expresamente previsto en la ley como un hecho irrelevante a la Ley penal".

(Ejecutoria Suprema 21/06/02. Exp. 2636-2001. Lima.

Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Se advierte que no se ha recabado la pericia balística del arma de fuego incautada sin la cual no es posible determinar la idoneidad de esta para

ocasionar un peligro común, es decir su estado de funcionamiento, y de esa forma definir la naturaleza delictiva del hecho denunciado".
(Ejecutoria Suprema 03/11/94. Exp. 647-94. Amazonas).

"El elemento constitutivo del delito de peligro común en su modalidad de posesión de arma de fuego sin la correspondiente autorización o licencia que tipifica y sanciona el artículo 279 del Código Penal, supone que el arma objeto del ilícito resulte ser idónea para efectuar disparos; que el informe técnico establece que el arma de fuego incautada se encuentra inoperativa, siendo evidente que no cumple el objetivo para el que fue fabricada y por ende no puede ofrecer más peligro que un objeto contundente".
(Ejecutoria Suprema 10/12/99. Exp. 63-99. GRJPYPP. Pág. 124).

"Si bien los agentes actuaron con animus lucrandi no fue posible que perpetraran el delito de robo por cuanto las tarjetas electrónicas de la víctima no se encontraban activadas, lo cual impidió el retiro del dinero de sus cuentas y en consecuencia el perjuicio patrimonial; es así, que al no haber bien posible de sustraer, la tentativa de perpetrar de viene en un delito imposible".
(Ejecutoria Suprema 04/11/99. Exp. 2924-99. Lima. Fidel Rojas. Pág. 523).

"Al haberse establecido con la pericia balística que el medio o instrumento con el que se amenazó al agraviado no es más que una pistola de fogueo para percutir fulminantes, no puede afirmarse entonces que la amenaza utilizándose este objeto haya entrañado un riesgo objetivo inminente para la vida o integridad física del agraviado, desde que para apreciar esta agravante específica debe existir algo más que un efecto intimidatorio, y este no es otro que la creación de un peligro general para la vida o integridad física de las personas, yeso solo puede conseguirse con un arma real y objetivamente peligrosa".
(Sentencia. SPC. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 102-99. Fidel Rojas. Pág. 542).

"Los agentes han ejecutado los hechos delictivos con el empleo de un revólver; el mismo que si bien tiene la calidad de 'arma de fogueo', debe tenerse en cuenta que dicho objeto ha incrementado en los agentes su capacidad de agresión y asimismo ha disminuido en las víctimas su capacidad de reacción y respuesta, siendo intimidadas o amenazadas para despojarse de sus pertenencias; que, estando así los hechos, en su significación jurídica reúnen elementos suficientes para calificar los atentados patrimoniales como robo agravado, perpetrado con una pluralidad de agentes ya mano armada".
(Ejecutoria Suprema 20/05/98. Exp. 782-98. Arequipa).

"El hecho de haber presentado la acusada la constancia de consignación por un concepto erróneo no importa la comisión de los delitos contra la fe pública y contra la función jurisdiccional que se le imputan pues es evidente que no constituía medio eficaz para inducir a error al juez civil, pues lo que prevalecía era el texto inequívoco del certificado".
(Ejecutoria Suprema 28/05/98. Exp. 524-97. Lima).

"Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete en referencia, sin embargo dada la ineficacia del medio corruptor empleado, billete nominado en intis que había sido retirado de la circulación con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de la consumación del delito dada la ineficiencia del medio empleado".
(Ejecutoria Suprema 11/03/98. Exp. 5798-97. La Libertad).

"Se le imputa al procesado haber hecho entrega al juez provincial de un billete de 5 000000 intis con la finalidad de que se le favoreciera en el proceso penal seguido en su contra. Si bien existen indicios razonables sobre la comisión de ilícito de corrupción activa de funcionarios, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete en referencia, su conducta deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de la consumación del delito instruido dada la ineficiencia del medio empleado, esto es, el billete no se encontraba vigente en el momento de los hechos por haber sido retirado de circulación, por lo tanto, carecía de valor monetario, resultando inidóneo para el beneficio que pretendía obtener, constituyéndose por lo tanto en un delito imposible, enmarcándose su conducta en la figura prevista en el artículo 17 del Código Penal actuar:

(Ejecutoria Suprema 11/03/98. Exp. 5798-97. La Libertad).

"Teniendo en cuenta que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber usado los acusados armas aparentemente inocuas (revólver de fogueo y madera), ya que resultaron suficientes para lograr atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia, participando más de dos agentes, en casa habitada, durante la noche y en lugar apartado".

(Ejecutoria Suprema 10/03/98. Exp. 5824-97. Huánuco).

"Tratándose del delito de tenencia ilegal de armas o municiones, estas tienen que ser utilizables, ya que solo así pueden amenazar la seguridad pública; de lo que se colige que las que estructuralmente tienen defectos que no permiten su empleo o las que han perdido sus propiedades de modo que se hayan convertido en inocuas, no constituyen objetos típicos".
(Ejecutoria Suprema 28/09/98. Exp. 2675-98. Huaura).

"Se trata de una pistola de aire comprimido, y según la pericia, dicha arma no tiene potencia para ocasionar la muerte, ya que utiliza como proyectil balines calibre 4,5 milímetros; no puede ser considerada como un arma de fuego y no requiere licencia para su uso, de lo que se colige que no se ha configurado el ilícito".

(Exp. 2587-96. Lima. CP. Normas Legales. Pág. 729).

(1) Desde una perspectiva ex ante toda tentativa, para serio, debe ser idónea; desde una perspectiva ex post, en cambio, toda tentativa, por definición, resulta inidónea respecto a la producción de la consumación.

(2) Por ejemplo, con el conocimiento obtenido ex post de que el bulto en la cama al que se dispara era ex ante una persona viva que duerme o un maniquí, se puede calificar a una tentativa de homicidio como idónea o inidónea, respectivamente. Como se aprecia, la irrelevancia, para fundar lo ilícito, de calificar a una tentativa como idónea o inidónea queda evidenciada desde el momento en que una misma tentativa puede ser considerada como idónea si se la evalúa solo con los datos obtenidos ex ante, o inidónea si se introducen datos obtenidos ex post.

(3) Cfr. CEREZO MIR, José. "La regulación del itercriminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español". En: Revista de Derecho penal y Criminología. 2ª época, NQ 01. 1998. Págs. 20 y sgtes.; FARRE TREPAT, Elena. "La tentativa de delito". Barcelona, 1986, Págs. 399; MORENO-TORRES HERRERA, Mª Rosa.

"Tentativa de delito y delito irreal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 265.

(4) Un juicio ex ante lógicamente solo puede comprender datos cognoscibles ex ante, y no circunstancias que, aun existentes en el momento de la realización de la conducta, no eran apreciables ex ante ni por el autor ni por el observador objetivo, sino solo ex post, acaecidos los hechos. En tal sentido debe diferenciarse el enjuiciamiento ex ante (sin conocimientos ex post) que se hace de la conducta al momento de ser realizada (que determina la peligrosidad y no peligrosidad e idoneidad e inidoneidad ex ante), del enjuiciamiento que con los conocimientos ex post se hace de la conducta al momento de ser realizada (que determina la peligrosidad y no peligrosidad e idoneidad e inidoneidad ex post)~ que utiliza la doctrina nacional mayoritaria para subsumir -erróneamente, vide infra- en el artículo 17 CP las tentativas que si bien son ex post inidóneas, son asimismo ex ante peligrosas. En rigor, solo es posible concebir tentativas (artículo 16 CP) ex ante idóneas: la inidoneidad ex ante es incompatible con una conducta fundante de tentativa.

(5) En otro sentido, MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. Pág. 346; cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto". Granada, 2000. Págs. 9 y sgtes., con referencias.

(6) En un Estado de derecho solo pueden ser punibles conductas que desde una perspectiva ex ante aparezcan (para el observador objetivo en lugar del autor) como peligrosas para los bienes jurídicos; vide infra.

(7) Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, Mª Rosa. Op. Cil. Pág. 263.

(8) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 347.

(9) Muchos CPs, actualmente incluso, no regulan esta clase de tentativa en un precepto específico (v.gr. CP alemán o español); y en la gran mayoría de los CPs en que ello si sucede, se sigue considerando expresamente a la denominada tentativa inidónea como ilícito penal (atenuado o no) de tentativa punible (v.gr. CP italiano C1 suizo); cfr. SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 03.

(10) En el Derecho Penal alemán ello es más evidente, pues su CP acoge un concepto de tentativa predominantemente subjetivo (§22: "Definición. Comete

tentativa de un delito quien conforme a su representación del hecho da inmediato comienzo a la realización del tipo"), con atenuación facultativa de la pena respecto al delito consumado [§23.2: "Punibilidad de la tentativa. (2) La tentativa puede ser penada más levemente que el hecho consumado (§49, párrafo 1 °)"] 1. Conforme al texto penal, bastará básicamente que el autor -que conforme a su representación del hecho da inmediato comienzo a la realización del tipo- se represente subjetiva mente la idoneidad de su conducta para la punibilidad de la tentativa. Según esto, v.gr. el disparo al bulto de la cama que el autor realiza creyendo que se trata de una persona viva que duerme, pero que es en realidad un cadáver, constituye un supuesto de ilícito de tentativa idónea punible de homicidio, subsumible en el §22 (ello evidencia de paso la imposibilidad de diferenciar los casos de la denominada tentativa idónea de lo de una inidónea conforme a una teoría subjetiva). Incluso el regulado caso especial de la tentativa burdamente insensata [§ 23.3: "Punibilidad de la tentativa. (3) Si el autor desconocía, por burda incompreensión, que la tentativa, según la naturaleza del objeto del hecho o de los medios con que el hecho iba a ser cometido, en ningún caso podía conducir a la consumación, el Tribunal podrá no imponer pena alguna o atenuarla a su prudente arbitrio (§ 49, párrafo 1 °)"; cfr. ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. Pág. 405; vide JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 894] pertenece al concepto de tentativa delictiva, constituye ilícito y puede, según el caso, ser también punible (vide infra).

(11) Más acorde con nuestra regulación, el CP español acoge un concepto de tentativa predominantemente objetivo (artículo 16.1: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"), con atenuación obligatoria de la pena respecto al delito consumado (artículo 62: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estima adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado"). Conforme al texto penal, el autor doloso debe básicamente dar objetivamente comienzo directo a la ejecución del delito; condición que, mayoritariamente se acepta, cumple también la denominada tentativa inidónea (v.gr. el disparo al bulto de la cama del caso anterior constituye también para el Derecho Penal español ilícito de tentativa punible de homicidio) conclusión en la que coinciden las diversas concepciones doctrinales al respecto (ello al margen de que se califique a un supuesto como el anotado como tentativa idónea o inidónea, peligrosa o no peligrosa, apreciada desde un punto de vista ex ante o ex post, a los ojos exclusivamente del propio autor o de un observador objetivo, etc. (vide diversas concepciones en MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 375 Y "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal". En: Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. Págs. 14 y sgtes.; HUERTA TOCILDO, Susana. "Sobre el contenido de la antijuridicidad". Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 57;

SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 185; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Pág. 14; con detalle CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "El estado de discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa".

En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999. Pág. 286. Págs. 286 y sgtes.

(12) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 346, nota N2 59; cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Págs. 13 y sgte.

(13) Ello, además, sin olvidar que negar que una conducta objetivamente ex ante peligrosa (que satisface el principio de ejecución, dirigida subjetiva mente a la consumación del delito) fundamenta lo injusto penal en virtud de que ex post se demostró su inidoneidad, significaría involucrar dogmáticamente hacia un ya superado casualismo mecanicista.

(14) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 864: "Un plan con elementos sobrenaturales no constituye dolo típico, y la tentativa de ejecución no constituye tentativa de delito"; conf. STRUENSEE, Eberhard. "Dolo, tentativa y delito putativo". Traducción de Marcelo Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires, 1992. Pág. 87; cfr. referencias en ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Págs. 39, 83 y sgtes: negación del elemento intelectual, no del volitivo, del dolo.

(15) Ello solo preliminarmente, pues tan reprochable como la imprecisión terminológica acabada de anotar es el mantenimiento de la antigua (y prácticamente abandonada por la legislación penal comparada) fórmula de la ineficacia del medio y la impropiedad del objeto absolutas.

(16) En otro sentido, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 346.

(17) Consecuencia de ello -adelantándonos al punto siguiente- sería que los supuestos de la ineficacia o impropiedad absolutas (vide infra) sobrevivientes a la ejecución de la conducta fundante de tentativa no constituyen conductas ex ante inidóneas subsumibles en el artículo 17 CP, sino ex ante idóneas subsumibles en el artículo 16 CP. Por ejemplo, si la persona a la que se ha disparado muere inesperadamente un instante antes de ser alcanzada por la bala, la conducta constituye tentativa punible de homicidio, pues ex ante (al momento de ejecutar la conducta fundante de tentativa) el objetivo no era impropio para ser lesionado; si la bomba incendiaria arrojada a la vivienda se apaga por una inesperada ráfaga de viento un instante antes de que la impacte, la conducta constituye tentativa punible de daños (o incendio), pues ex ante (al momento de ejecutar la conducta fundante de tentativa) el medio empleado no era ineficaz para la consumación.

(18) La distinción entre in idoneidad absoluta y relativa en razón del medio empleado y al objeto de la acción se remonta a Mittermaier (1816); vide ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cil. Págs. 129 y sgtes.; MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal". Págs. 33 y sgte.

(19) Incluso la expresa alusión del CP italiano (artículo 49) a "cuando por tratarse de una acción in idónea o por la inexistencia del objeto resulta imposible que el hecho resulte dañoso o peligroso" (supuestos a los que excluye la punibilidad), deja abierta la cuestión de qué casos han de considerarse inidóneos como la posibilidad de considerar idóneos supuestos de inexistencia del objeto. Asimismo, el CP suizo en su artículo 23.1 prescribe la atenuación facultativa de la pena: "Tentativa in idónea. 1. - Siendo el medio con el que se intenta realizar un delito, o el objeto del mismo, de tal naturaleza que

el hecho en ningún caso podría haberse producido, entonces puede el juez atenuar la pena conforme a su arbitrio"; cfr. artículo 15 111 del CP austriaco (vide SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 05).

(20) Evaluar la absoluta ineficacia del medio y la absoluta impropiedad del objeto desde una perspectiva ex post tiene como consecuencia directa más importante el menoscabo de la función motivadora de la norma penal (de determinación)', Acaecidos los hechos, una vez verificada la ineficacia del medio y la impropiedad del objeto, no tiene sentido la prohibición normativa de ejecutar conductas causalmente adecuadas (ex ante objetivamente peligrosas) y dirigidas subjetivamente a la lesión del bien jurídico. Por tanto, una evaluación de las conductas ex post convierte a las normas penales en incapaces para motivar a las personas a no dirigir sus actos a la comisión de delitos (a la producción de un resultado disvalioso) como para hacer desistir a todo aquel que se apresta a ejecutarlas, Una perspectiva ex post en la tentativa solo valora la final indemnidad del bien jurídico (la no producción del estado que el Derecho no desea); ello la hace incompatible con cualquier concepción de la norma penal como norma de determinación. Por el contrario, solo desde una perspectiva ex ante una persona que se apresta a ejecutar dolosamente una conducta ex ante peligrosa adecuada a la consumación puede ser motivada normativamente a la no realización de esa conducta. Solo a partir de ella se puede lograr que quien ex ante es consciente de que una determinada acción tiene la aptitud para producir el resultado disvalioso (sin importar que tal aptitud sea desmentida ex post) se abstenga de cometerla, porque de lo contrario infringiría la norma penal y se atendería a sus consecuencias.

(21) Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, M" Rosa. Op. Cil. Págs. 293 y sgtes.

(22) La peligrosidad abstracta de una tentativa relativamente inidónea en todo caso debe ser suficiente para poder afirmar la conducta como disvaliosa.

(23) Que el CP considere punible la tentativa ex ante relativamente inidónea significa que se está conformando con un injusto penal cuyo disvalor de acción se fundamenta en la ex ante peligrosidad abstracta de la conducta (es decir, no peligrosa en el caso específico, sino en general). Y ello al margen de las posibilidades de configuración de un disvalor de resultado, en quienes lo exijan como elemento esencial del injusto (doctrina nacional mayoritaria). Las trascendentales consecuencias dogmáticas de tal constatación, empero, no pueden ser analizadas aquí.

(24) Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, M" Rosa. Op. Cil. Págs. 295 y sgtes.

(25) Resulta criticable asimismo la posición jurisprudencial que ha asumido nuestra judicatura al resolver en esta cuestión. Así cuando se trata de evaluar la idoneidad y peligrosidad de un medio (v.gr. un arma), mayoritaria mente nuestros magistrados se limitan a utilizar una perspectiva ex post, lo cual hace siempre impunes conductas que ex ante pudieran ser peligrosas; v.gr. Ejecutoria Suprema 12103102, Exp. 567-2000 (el arma manifiesta ex postineficacia absoluta); la Ejecutoria Suprema 21/06102, Exp. 2636-2001 (ex post se comprueba que los cartuchos de dinamita se encuentran en mal estado de conservación, e inactivos para su funcionamiento); Ejecutoria Suprema 10/12/99, Exp. 63-99 (ex post se comprueba que el arma no era idónea para efectuar disparos y estaba inoperativa); SENT. (SPC-CSJ LIMA), Exp. 102-99 (ex post se comprueba que la pistola era de fogueo, para percutir fulminantes); Ejecutoria Suprema 20/05/98, Exp. 782-98 (ex post se comprueba que el arma era de logueo); Exp. 258796, LIMA (ex post se comprueba que el arma era de

aire comprimido); Ejecutoria Suprema 04/11/99, Exp. 292499, LIMA (ex post se comprueba que las tarjetas electrónicas de la víctima no se encontraban activadas, no pudiéndose sustraer dinero de las cuentas bancarias), etc.

(26) Cfr. SOLA RECHE, Esteban. Op. Cil. Pág. 07.

(27) El caso de intentar matar a otro con una dosis insuficiente de veneno, para la doctrina nacional mayoritaria, puede ser tanto un supuesto de conducta absolutamente inidónea por ineficacia absoluta del medio (pues una dosis insuficiente de veneno nunca puede causar la muerte de una persona) como una tentativa relativamente inidónea por ineficacia relativa del medio (pues un veneno constituye un medio eficaz para matar). El caso de intentar matar a otro con una pistola cargada pero encasquillada al momento de disparar, puede ser tanto un supuesto de conducta absolutamente inidónea por ineficacia absoluta del medio (pues una pistola encasquillada carece de toda aptitud para matar) como una tentativa relativamente inidónea por ineficacia relativa del medio (pues una pistola cargada constituye un medio idóneo para matar). Del mismo modo, el caso de intentar matar a una persona con un arma que un tercero subrepticamente ha descargado sería para la doctrina nacional mayoritaria un supuesto impune de ineficacia absoluta del medio empleado, como el mencionado caso de disparar a lo que se cree una persona que duerme pero que es en realidad un maniquí, un supuesto impune de absoluta impropiedad del objeto. Conforme a la perspectiva ex pos/empleada por la doctrina nacional mayoritaria, la punibilidad de la conducta de introducir la mano en un bolsillo que estaba vacío (impropiedad absoluta del objeto: impune) dependería de si se las cosas que se pretende hurtar se hallan en otro lugar (impropiedad relativa del objeto: punible).

(28) Más claro: el juzgador debe situarse en la posición del autor al comienzo de la conducta enjuiciada tomando en cuenta las circunstancias del caso particular cognoscibles por este observador objetivo más las conocidas por el autor (saber ontológico), y atendiendo a la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). En su caso, el juicio del observador objetivo deberá incluir los conocimientos superiores especializados que pudiera poseer el autor.

(29) En cambio, según esto, si el autor conociera ex ante o se representara erróneamente la absoluta ineficacia y la absoluta impropiedad, es decir, la imposibilidad de consumación del delito, faltaría ya el dolo típico requerido; v.gr. no comete tentativa de homicidio quien sabiendo que el arma que utiliza tiene balas de fogeo, dispara contra alguien; ni quien cree erróneamente que el arma nociva que utiliza es inocua (impunes); por el contrario.

quien en un robo utiliza un arma de juguete como verdadera conoce que ella es eficaz para amenazar o coaccionar a terceros (punible) (ante el observador objetivo con los conocimientos del autor se trata de un medio ex ante idóneo).

(30) Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, M' Rosa. Op. Cit. Págs. 346 y sgte., quien opta por la expresión "delito irreal". Por lo equívoco, y en rigor, ni siquiera entender la expresión "tentativa irreal" como tentativa "no real", es decir, "inexistente" justifica su empleo; conf. STRUENSEE, Eberhard. Op. Cit. Págs. 85 y sgte.

(31) Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal". Pág. 27.

Asimismo, no deben confundirse pues con aquellas tentativas en que la peligrosidad e idoneidad constatadas ex ante (evaluadas por el observador

objetivo en lugar del autor) únicamente han sido desmentidas ex post (con la introducción de datos obtenidos ex post), pues estas, como se ha anotado, también constituyen ilícito de tentativa y son punibles.

DESISTIMIENTO DE ACTOS EJECUTIVOS - DESISTIMIENTO ACTIVO

Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. art.10

C.P. arto 16

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Preliminares

1. El artículo 18 CP regula el desistimiento de la tentativa del agente individual, mediante el cual se privilegia con la impunidad al autor de una tentativa de delito(1).

Todo desistimiento, por tanto, presupone una tentativa delictiva (el objeto de desistimiento: aquello de lo que el autor se desiste), pero no cualquier clase de tentativa, sino una tentativa punible (que haga realizable el efecto de impunidad que confiere el desistimiento). Sin uno u otro presupuesto, el desistimiento carece de todo sentido: sin una tentativa delictiva no habría nada de qué desistirse; sin una tentativa punible no habría nada qué dejar impune(2).

2. El desistimiento de la tentativa no significa, entonces, la abstención o renuncia del autor a cometer una tentativa delictiva, es decir, el desistimiento de empezar a ejecutar un delito, pues para fundamentar la impunidad de las fases anteriores a la tentativa (v.gr. a la actitud interna criminal, la ideación o la planificación del delito) basta el principio de ejecución (el "dar comienzo a la ejecución del delito") que impone el artículo 16 CP (de ese modo, un precepto como el artículo 18 CP sería totalmente innecesario). Todo lo contrario, el desistimiento presupone siempre que el autor que se desiste haya previamente realizado una conducta fundante de tentativa punible (artículo 16 CP), la cual - estando culminada o no la fase ejecutiva- voluntariamente interrumpe antes de la consumación del delito. La dependencia conceptual entre ambas instituciones es evidente: del mismo modo que no existe una tentativa por sí misma sino solo una tentativa de delito, no existe un desistimiento por sí propio, sino únicamente el desistimiento de una tentativa punible de delito.

A. En tal sentido, por unidad intrasistemática, que todo desistimiento (artículo 18 CP) presuponga la afirmación previa de una tentativa delictiva (artículo 16 CP) significa que todo autor para que pueda desistirse necesariamente debe primero haber dado comienzo a la ejecución del delito que se decidió a cometer sin con sumarlo, satisfaciendo de ese modo los requisitos objetivos (el

principio de ejecución, la ausencia de consumación) y subjetivo (la resolución criminal de consumación(3)) de la tentativa de delito.

a. El desistimiento de la tentativa entonces exige la concurrencia de todos los requisitos que conforman una tentativa delictiva: comienzo de la ejecución - causalidad adecuada-, resolución criminal de consumación y ausencia de consumación(4). Sin embargo, su nota más importante se centra en este último requisito: en los casos de desistimiento, la ausencia de consumación, a diferencia de todos los supuestos de tentativa punible, necesariamente debe obedecer a una conducta supeditada a la voluntad del agente (vide infra). Es decir, que la falta de consumación en los casos de desistimiento no se debe - como en la tentativa punible: artículo 16 CP- a causas externas ajenas a la voluntad del autor, sino, todo lo contrario, en virtud de la dirección de su libre voluntad. Conforme al artículo 18 CP, no es concebible un desistimiento no voluntario: el autor de una tentativa delictiva que no se desiste voluntariamente es punible según el artículo 16 CP.

b. En tal medida, resulta al menos inexacto, como hace parte de la doctrina nacional, denominar solo al primer supuesto del artículo 18 CP (al supuesto de "desistir de proseguir los actos de ejecución") como desistimiento voluntario (de la tentativa inacabada), en contraposición o para diferenciarlo del "arrepentimiento activo" (de la tentativa acabada) del segundo supuesto ("impedir que se produzca el resultado"), pues, en primer lugar, este último también contiene una forma de desistimiento voluntario (si no fuera voluntario no podría ser impune) solo que a diferencia del primer supuesto- únicamente puede ser realizado de manera activa (desistimiento manifestado activamente); y, en segundo lugar, la tentativa inacabada también puede ser objeto de desistimiento activo(5) (vide infra).

Con mejor criterio, debe señalarse que en nuestro CP el desistimiento voluntario significa a la interrupción del curso causal de la tentativa (iniciado dolosamente en dirección la consumación), que puede realizarse bien cuando aún no se han concluido con todos los actos ejecutivos (el autor se abstiene o renuncia a continuar, proseguir o completar los actos ejecutivos del delito, deteniendo o abandonando su ejecución) o una vez concluidos estos (el autor, no pudiendo ya abstenerse de ningún acto ejecutivo, debe evitar o impedir que se produzca el menoscabo del bien jurídico-penal que supone la consumación del delito). Pero, en ambos casos, esta interrupción voluntaria del curso causal adecuado origina que el autor de una tentativa delictiva sea privilegiado con la impunidad(6) (sobre ello, vide infra).

B. Por otra parte, que todo desistimiento presuponga la afirmación previa de una tentativa punible de delito (que haga realizable su efecto de impunidad) significa que esta debe poseer todos los elementos requeridos para su punibilidad: la tentativa objeto de desistimiento debe tratarse de una conducta típica y antijurídica, realizada por un autor culpable (vide infra), lo cual evidentemente descarta de plano los supuestos no constitutivos de tentativa (v.gr. actos preparatorios) como los regulados en el artículo 17 CP (vide supra).

C. Ahora bien, si el desistimiento presupone que la conducta ejecutada haya quedado en fase de tentativa, entonces queda claro que solo podrá ser evaluado en aquellos casos en que el autor detiene voluntariamente el curso causal de su hecho después de haber dado inicio a la ejecución del delito pero antes de que se produzca la consumación, de tal manera que solo puede configurar desistimiento una conducta de interrupción realizada durante dicho intervalo del iter criminis.

Por el contrario, resulta nulo todo "desistimiento" que se pretenda efectuar una vez consumado el delito, pues no se puede interrumpir lo que típicamente ya ha acaecido por completo; en estos casos ni siquiera se puede decir que exista un desistimiento conforme al artículo 18 CP.

a. Cualquier conducta que se realice después de la consumación del delito -por más encomiable o reparadora que pueda ser- carece de aptitud para fundar la impunidad por desistimiento; aunque sí pueda, en su caso, producir ciertos efectos atenuantes sobre la pena. Así, por ejemplo, no constituye desistimiento de la tentativa la reparación del daño ocasionado con el hecho punible, el resarcimiento económico del perjuicio, la confesión sincera del delito a las autoridades policiales, la devolución posterior de los objetos del hurto, las rectificaciones o disculpas públicas en los delitos contra el honor; el ofrecimiento de matrimonio del violador sexual a la víctima; la colaboración eficaz en la investigación, etc.; pues se trata de conductas posteriores al acaecimiento de la consumación del delito. Tampoco constituye desistimiento de la tentativa el supuesto especial del artículo 351 CP, pues tal precepto penal presupone la consumación de los delitos de rebelión (artículo 346), sedición (artículo 347) o motín (artículo 348).

b. De modo similar, si todavía no se ha traspuesto el umbral que marca el dar inicio a la ejecución del delito (principio de ejecución), carece de sentido alegar desistimiento de la tentativa de delito, pues mal se puede interrumpir lo que típicamente aún no ha acontecido, y permanece en estadios jurídico-penalmente irrelevantes.

D. En términos sencillos, dentro del curso causal adecuado de una conducta ejecutiva dirigida a la lesión del bien jurídico protegido, el desistimiento debe constituir una interrupción posterior al comienzo de la tentativa pero anterior a la consumación. Ejemplos: en la tentativa de hurto el autor se abstiene de seguir forzando la puerta de la casa ajena o sale del jardín al que había ingresado; en la tentativa de violación sexual o de robo el autor atiende las súplicas de la víctima y se retira; quien ha iniciado fuego lo apaga antes que se propague; el autor de un envenenamiento lleva al hospital a la víctima, donde le salvan la vida; etc.

II. Ubicación sistemática y naturaleza jurídica

1. Como se ha referido ya, en nuestro CP la ausencia de desistimiento voluntario no pertenece al concepto de tentativa de delito; prueba de ello es que el artículo 16 CP no lo mencione en absoluto, y menos exija para configurarla. El desistimiento no hace que desaparezca la tentativa típica (la presupone), concebirlo como elemento negativo del tipo resulta insostenible en

el DP peruano(7). Por otro lado, el desistimiento tampoco afecta la antijuridicidad de la conducta fundante de tentativa. Pues si la ilicitud de la tentativa reside en la infracción de la norma penal y al comienzo doloso de la ejecución del delito, un comportamiento posterior a ello carece de trascendencia en el juicio de antijuridicidad.

La tentativa que es objeto de desistimiento debe ser así una conducta típica (subsumible en el artículo 16: recuérdese que la tipicidad de la tentativa se obtiene conjugando este precepto con el tipo penal específico de la parte especial) y antijurídica (debe tratarse de una conducta disvaliosa: ex ante peligrosa, adecuada y dirigida a la lesión del bien jurídico, no cubierta por ninguna causa de justificación)(8).

Pero además de constituir un injusto penal, debe repararse en que el desistimiento de la tentativa no produce que quien interrumpe el curso causal pierda la capacidad de culpabilidad o la consciencia de la antijuridicidad de su acto; ni tampoco hace inexigible al autor una conducta conforme a Derecho o es una circunstancia que restrinja de modo relevante la capacidad para autodeterminarse de acuerdo a las normas(9). El desistimiento no excluye pues los requisitos exigidos en la fundamentación de la tentativa como injusto culpable, pues ni la tipicidad ni la antijuridicidad de la conducta, ni tampoco la culpabilidad del autor desaparecen cuando concurre el desistimiento, no obstante lo cual el artículo 18 CP le confiere un amplio margen de impunidad. Conforme a ello, si el desistimiento de la tentativa presupone un injusto realizado culpablemente, su ubicación sistemática no puede ser otra que al externo de la estructura delictiva.

2. Frente a tal apreciación, con la doctrina dominante, se debe señalar que la naturaleza jurídica del desistimiento de la tentativa en nuestro DP es la de una causal personal de supresión, exclusión, anulación o levantamiento de la pena(10).

Pues de la interpretación del artículo 18 CP se infiere que el que se desiste de la tentativa era ya acreedor de una pena (por su ilícito de tentativa culpablemente realizado), solo que esta se le anula por su obrar posterior (11).

En virtud de tal concepción, la punibilidad derivada de una conducta constitutiva de tentativa delictiva, que ya posee todos los elementos de la punibilidad (y que debería ser punible con arreglo al artículo 16 CP), es anulada, suprimida, levantada o dejada sin efecto ulteriormente. Por tal motivo, característico del efecto del desistimiento no es solo hacer impune una conducta (también las circunstancias del artículo 20 CP eximen de responsabilidad penal): la impunidad no se prodece sino hasta después de realizado el hecho punible (una vez configurado el injusto culpable de tentativa, fuera de la estructura delictiva); la supresión o anulación posterior de la punibilidad ya existente tiene además carácter retroactivo(12).

3. Por su parte, el hecho de que el desistimiento constituya una circunstancia de naturaleza personal trae como consecuencia que solo deba ser apreciado de manera individual en la persona que se desiste. Lo que significa que su

impunidad solo puede ser concedida a quien interrumpe el curso causal de la tentativa, y solo a ella. Evidentemente, las consecuencias del carácter personal del desistimiento adquieren particular relevancia en el artículo 19 CP (intervención de varias personas en el delito), y no tanto en el artículo 18 CP, que regula el desistimiento de un autor individual. Así, por ejemplo, en caso de la intervención de una pluralidad de agentes (autores y partícipes) en un mismo hecho delictivo (v.gr. varios coautores y cómplices) únicamente se le suprimirá la pena a quien voluntariamente impidiera el resultado o la continuación de la ejecución del delito por los demás intervinientes, o, al menos, se esforzara seriamente en ello.

La naturaleza jurídica del desistimiento anotada (en conexión con el fundamento jurídico de su impunidad, vide infra) conlleva así a la afirmación de que la conducta de quien se desiste de la tentativa sigue constituyendo un injusto penal culpablemente realizado, y que el efecto de impunidad que produce no se basa ni

Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Edersa. Madrid, 1982. Pág.219: "excusa absolutoria posterior especial". Ello a diferencia de otros textos penales, como el español (en donde parte de la doctrina lo considera como un elemento negativo del tipo; vide al respecto MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 349). en la enervación de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Por tanto, sistemáticamente, si una persona ejecuta una tentativa de delito estando incurso en una causal de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad o exculpación, resultará inaplicable el efecto de impunidad del desistimiento, salvo en los casos de eximentes incompletas, v.gr. desistimiento de un semiinimputable.

III. Fundamento jurídico de su impunidad

1. Como se apuntó en su momento, una tentativa es punible porque constituye la ejecución de una conducta ex ante peligrosa dirigida subjetivamente a la lesión del bien jurídico. Ahora bien, ya se ha anotado también que presupuesto del desistimiento es que lo sea de una tentativa punible (que haga viable su efecto de impunidad), lo cual implica una tentativa que posea todos los elementos para su punibilidad (más claro, una conducta típica y antijurídica realizada por un autor culpable). Consecuencia de ello es que el efecto posterior del desistimiento de la tentativa no afecta la estructura delictiva (injusto y culpabilidad), tratándose más bien de una causal de anulación o supresión (ulterior) de la punibilidad. Sin embargo, hasta tal punto se ha dicho poco acerca de cuál es el fundamento jurídico por el que es impune el desistimiento de la tentativa.

2. Las razones jurídicas por las que el legislador del CP se decidió por la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa pueden fundamentarse desde diversos puntos de vista⁽¹³⁾.

A. Desde una perspectiva político-criminal puede anotarse que la anulación de la pena que confiere el artículo 18 CP pretende estimular o inducir al autor hacia desistimiento de su conducta ilícita. Dicho privilegio estimularía a que quienes han empezado a ejecutar un delito interrumpan el curso causal que

han puesto en marcha antes que desemboque en su consumación, a que se abstengan de continuarlo, proseguirlo o, en todo caso, impidan que la conducta que han realizado lesione los bienes jurídicos protegidos. Pues, en sentido contrario, si al agente se le sancionaría igualmente si abandona la ejecución del delito o evita el resultado como si no lo hace, entonces le daría lo mismo desistirse de la tentativa o continuar ejecutándola o no evitar su resultado; nada estimularía a realizar una conducta interruptora, y el mensaje normativo al ciudadano sería político-criminal. mente indeseable. "Si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumir el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que merece ya una pena y que si se arrepiente no ganará ni perderá nada importante"(14)(15). A esta teoría se la critica por estar alejada de la realidad: la impunidad solo puede ser el estímulo para que el autor se desista cuando este conoce la significación jurídica del desistimiento, y actúa racionalmente decidiéndose por actuar o no tras una ponderación de los pro y los contra(16). Lo cual no sucederá en la mayoría de los casos, donde las motivaciones que influyen en el delincuente para desistirse son las más diversas (temor, resistencia de la víctima, conmiseración, escrúpulos, etc), pero no la impunidad como estímulo.

B. Para las teorías premiales la impunidad que se concede al autor que se desiste voluntariamente constituye una recompensa o un premio por su comportamiento meritorio, por la no consumación voluntaria del delito: el autor por su buena conducta merecería un trato más favorable(17). La interrupción ulterior de la conducta antijurídica fundante de tentativa, realizada voluntariamente, antes de su consumación, debe evaluarse como un acto positivo o valioso del autor, como una actuación meritoria(18), que ha de privilegiarse con la impunidad como recompensa(19) .

c. Para la teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal el desistimiento voluntario evidenciaría que la voluntad criminal del autor de la tentativa no habría sido lo suficientemente intensa como para la realización del delito. La poca energía criminal del autor al obrar repercutiría en su culpabilidad, a manera de una atenuación posterior. La interrupción ulterior del ilícito de tentativa, realizada voluntariamente antes de su consumación, debe evaluarse como una actuación valiosa que atenúa la culpabilidad(20), pero sin excluirla completamente. Contra esta teoría anota MUÑOZ CONDE que "si falta la suficiente intensidad en la voluntad de llegar a la consumación del delito, no existe tentativa por ausencia del tipo subjetivo". Además, "el desistimiento no se debe las más de las veces a una pérdida de la intensidad de la voluntad criminal, sino a las circunstancias, externas o internas, más diversas" (21).

D. Por su parte, desde el punto de vista de los fines de la pena, el hecho de que el autor se aparte voluntariamente de la consumación del delito hace decaer en muchos casos las razones preventivo-generales y preventivo-especiales (y también retribucionistas) de la correspondiente pena(22): resulta inútil aplicar una pena a una conducta que no la merece. Ni la prevención general ni la prevención especial aconsejan punir los casos de desistimiento. Pues una tentativa desistida voluntariamente no conmueve la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico ni en la seguridad jurídica,

ni genera el efecto de un mal ejemplo en la comunidad. El que se desiste elimina con su conducta ese mal ejemplo y la mala impresión de su hecho (prevención general). Asimismo, el fin cautelar y correctivo carece de objeto en el autor que se desiste voluntariamente; su conducta se presenta, desde el punto de vista de la ley, como un retorno a la legalidad(23) .

IV. Formas de desistimiento voluntario

1. Todo desistimiento voluntario implica subjetivamente no querer la consumación del delito. Sin embargo, es evidente que este simple "no querer" por sí solo resulta insuficiente si permanece en la esfera interna del autor. Para que haya desistimiento es necesario que el autor de la tentativa objetivice esa voluntad contraria a la consumación en una conducta interruptora externa relevante.

Ahora bien, este "no querer" la consumación del delito, inherente al desistimiento, puede manifestarse fundamentalmente en dos formas de conducta: bien como un apartamiento de la ejecución cuando esta no se ha concluido, bien como la evitación del resultado típico, una vez concluida la ejecución(24). Por el contrario, si se entiende al desistimiento -de modo restrictivo- solo como apartarse de la ejecución del delito, el desistimiento activo cuando se ha concluido la ejecución encerraría una contradicción insalvable, pues nadie puede desistirse de ejecutar algo que ya ejecutó por completo. Con mejor criterio, el desistimiento de la tentativa debe entenderse como la voluntad contraria a la consumación del delito exteriorizada en un abandono de la fase ejecutiva del delito o en la evitación del menoscabo del bien jurídico que supone la consumación. Respetando ello, el desistimiento puede comprender sin problemas tanto a las interrupciones del curso causal en caso de ejecuciones delictivas no concluidas (tentativas inacabadas) como concluidas (tentativas acabadas).

2. En coincidencia con lo anotado, el artículo 18 CP distingue expresamente dos modalidades de desistimiento voluntario de la tentativa: A. El desistimiento que consiste en no proseguir los actos de ejecución del delito, y B. El desistimiento que consiste en impedir la producción del resultado.

Como-puede inferirse -y como ha puesto de relieve la doctrina-, la mayor parte de las veces el desistimiento como no proseguir los actos ejecutivos del delito coincidirá con el desistimiento de la tentativa inacabada, y el desistimiento en su modalidad de evitación de la producción del resultado, con el desistimiento de la tentativa acabada (aunque ello evidentemente varía en los delitos omisivos). Dicha correspondencia resulta lógica solo si se entiende que el no proseguir o continuar con los actos ejecutivos del delito presupone una fase ejecutiva que no ha sido completada, mientras que el solo evitar el resultado implica su culminación.

A. El desistimiento como no proseguir los actos ejecutivos de la tentativa

a. La primera forma de desistirse de la tentativa que reconoce el artículo 18 CP requiere no proseguir los actos ejecutivos del delito. Por inferencia lógica, no proseguir los actos ejecutivos presupone dos cosas: a) haberlos iniciado, de lo contrario no habría nada de qué desistirse (solo se puede proseguir lo que se ha comenzado); y b) no haberlos concluido, de lo contrario no habría ya ningún acto ejecutivo que proseguir (solo se puede proseguir lo que aún no se ha concluido).

Respetando lo anotado, este supuesto consiste en la interrupción del curso causal de la tentativa (iniciado en dirección a la consumación), realizado cuando aún no se han concluido con todos los actos ejecutivos (el autor se abstiene o renuncia a continuar o completar los actos ejecutivos del delito, deteniendo o abandonando su ejecución). Característico de esta modalidad de desistimiento -también denominada desistimiento por abandono del hecho(25)- es pues que el autor de la tentativa voluntariamente inicia pero no concluye los actos ejecutivos del delito, dejando la fase ejecutiva incompleta o inacabada.

b. En estos casos en que se interrumpe el curso causal de la tentativa inacabada (al nivel de la fase ejecutiva), el desistimiento requiere ser dirigido por una voluntad de no querer consumar el delito manifestada como un "no seguir realizándolo" o un apartamiento de su ejecución. Específicamente, el autor debe realizar una conducta dirigida subjetivamente al abandono o renuncia de la fase ejecutiva del delito, es decir, debe consciente y voluntariamente abstenerse de continuar realizando los actos ejecutivos que conforman la tentativa.

Sin embargo, el hecho de que esta modalidad de desistimiento consista en una renuncia o abstención de seguir ejecutando el delito, no significa -contra lo que se podría pensar- que ella pueda ser realizada únicamente en forma omisiva. Ciertamente, será frecuente que la no continuación de los actos ejecutivos se realice mediante un "no hacer", pues muchas veces bastará "dejar de hacer" o "dejar de ejecutar" la conducta para fundar el desistimiento, v.gr. no disparar el arma, no lanzar la piedra, no tomar la cosa ajena, no hacer estallar la bomba. Ello lo único que quiere decir es que es suficiente para constituir esta forma de desistimiento que al menos el autor se abstenga de continuar con la ejecución del delito, es decir, la simple omisión de seguir ejecutando la tentativa delictiva. No obstante lo anotado, el "no querer" proseguir la ejecución del delito también puede manifestarse de manera activa, y no solo en los delitos omisivos, por ejemplo, realizando una conducta diferente a la originalmente pretendida que interrumpa la ejecución, v.gr. disparar en otra dirección en la tentativa de homicidio.

c. Conforme a lo anotado, se pueden establecer los requisitos básicos de esta forma de desistimiento:

- c.1. Que el autor haya dado comienzo a la fase ejecutiva del delito.
- c.2. Que el autor no haya concluido la fase ejecutiva del delito.
- c.3. Que el autor se abstenga o renuncie voluntariamente a continuar o completar la fase ejecutiva del delito (lo cual implica, en correspondencia

subjetiva, la decisión consciente de renunciar a la conclusión de los actos ejecutivos) .

Resulta obvio que, una vez que el autor ha completado la fase ejecutiva del delito (tentativa acabada), no puede más abandonar su ejecución, ni tampoco abstenerse de seguir ejecutándolo; en tal caso, el agotamiento de los actos ejecutivos del delito origina que quede descartada la posibilidad de interrumpir la ejecución de la tentativa. En cambio, en esta forma de desistimiento, la posibilidad de seguir ejecutando el delito debe permanecer intacta: solo puede interrumpirse una ejecución no concluida pero que puede ser continuada hasta su conclusión.

En sentido contrario, si ya no le es posible al autor proseguir con los actos ejecutivos del delito, y la conducta realizada no es una subsumible en el artículo 17 CP, la impunidad por desistimiento es inadmisiblemente básicamente porque este deja de ser voluntario (vide infra); v.gr. no hay desistimiento voluntario de la tentativa (artículo 18 CP) sino tentativa punible (artículo 16 CP) si el que pretende robar un banco, por encontrar vacía la caja fuerte, se da a la fuga. Por tanto, el desistimiento en su forma de no proseguir con los actos ejecutivos del delito exige, además de que la fase ejecutiva esté inconclusa, que no esté descartada la posibilidad objetiva de su conclusión, es decir, que quepa la posibilidad de vulneración del bien jurídico.

d. Con la doctrina mayoritaria, debe señalarse que el autor que no continúa con los actos ejecutivos del delito, para quedar impune en virtud del desistimiento, debe hacerlo además en forma definitiva, de modo tal que renuncie o abandone del todo el hecho concreto que ha empezado a ejecutar y pretendido consumar. La determinación del hecho concreto resulta fundamental para afirmar o no el desistimiento en casos como en los que el autor realiza una pluralidad de actos ejecutivos por modificar la manera de ejecución del delito, ejecutar el delito sobre diferentes objetos de la acción o afectando bienes jurídicos diversos, etc.; problemas que deben resolverse siempre partiendo de la premisa de que lo único que exige el desistimiento es abandonar definitivamente el hecho concreto que ha alcanzado el grado de tentativa.

d.1. Quien ejecuta el delito puede aún conservar la resolución criminal o mantener la finalidad de perpetrar el hecho en el futuro; sin embargo, ello no impide apreciar una renuncia definitiva del hecho concreto; v.gr. quien se desiste de robar a una persona por que esta le despierta compasión, es impune aunque no se haya abandonado la intención de robar a alguien o de robarle a esa misma persona en otra ocasión; incluso si efectivamente el autor llega a robar minutos después, no se puede negar la impunidad por desistimiento definitivo en relación a la primera víctima.

d.2. En cambio, en los casos de mera postergación de la continuación de la ejecución del mismo hecho por un tiempo determinado (donde la conducta ejecutiva pospuesta ha de ser retomada) debe negarse un desistimiento definitivo, siempre que entre la conducta desistida y la eventual conducta posterior se puede apreciar una unidad natural de acción o una relación de continuidad (que permitan apreciar globalmente un mismo hecho), debiendo además tenerse en cuenta la identidad o similitud del bien jurídico ofendido;

v.gr. no se desiste del delito quien luego de reducir y atar al vigilante se toma un descanso antes de proseguir el robo; ni quien fuerza la entrada de la casa ajena para regresar a hurtarla la noche siguiente; tampoco quien coloca material inflamable en una casa a fin de provocar el incendio al otro día.

d.3. En tal sentido, tampoco el solo hecho de cambiar la forma o modo de comisión del delito significa desistirse de manera definitiva; v.gr. no se desiste del hurto quien deja de forzar la puerta con una ganzúa por preferir entrar por la ventana de la casa; ni quien, después de los primeros navajazos, prefiere utilizar un arma de fuego. En cambio, sí es posible el desistimiento de la ejecución de un delito agravado con respecto a su correspondiente delito base; v.gr. hay desistimiento del hurto agravado si el autor renuncia a seguir escalando para entrar por una puerta abierta; hay desistimiento de asesinato por crueldad si el autor se abstiene prolongar el sufrimiento de la víctima y le dispara.

d.4. Si el autor modifica su ejecución y hace recaer su conducta en otro titular del bien jurídico, la regla general ha de ser que dicha sustitución sí genera desistimiento definitivo respecto al no atacado; v.gr. hay desistimiento si A reconoce a B y desiste robarle a Y y solo le roba a su acompañante Z. En este caso, A es autor del robo contra C, pero es impune por la tentativa de robo a Y. Si el autor modifica su ejecución y hace recaer su conducta en otro bien jurídico del mismo titular también puede apreciarse un desistimiento definitivo (v.gr. el autor que coacciona a la víctima desiste de la violación sexual para cometer robo); a menos que se trate de una modificación no relevante en la afectación del mismo bien jurídico, pues en estos casos estaríamos solo ante un cambio del modo de comisión del delito.

d.5. Son ejemplos del desistimiento voluntario como abstención de proseguir con los actos de ejecución del delito: quien ha apuntado y tiene a su víctima en la mira del arma no acciona el gatillo; quien se apresta a violar a una mujer renuncia a ello por conmiseración; el ladrón, por escrúpulos de conciencia, sale de la casa ajena a la que había ingresado para hurtar; etc.

B. El desistimiento como impedir que se produzca el resultado

a. La segunda forma de desistirse de la tentativa que reconoce el artículo 18 CP requiere impedir que se produzca el resultado típico del delito. En la interpretación de su contenido se debe partir de que se trata de un supuesto distinto al de no proseguir con los actos ejecutivos del delito, pues de lo contrario, su ámbito de aplicación se difuminaría en la primera forma de desistimiento⁽²⁶⁾, Respetando ello, si lo que se debe evitar en este caso es la producción del resultado (y el menoscabo al bien jurídico que trae aparejado), y no ya la continuación de la ejecución, que implica un grado de desarrollo menor de la tentativa, ello solo puede deberse a que el desistimiento se debe efectuar cuando el curso causal de la tentativa se encuentra más avanzado. Así, si el desistimiento como no proseguir los actos ejecutivos del delito era viable desde el comienzo de la fase ejecutiva hasta antes de culminarla, el desistimiento como evitación de la producción del resultado solo puede ser viable una vez

terminada la fase ejecutiva. Pues si se exige que el desistimiento consista en impedir la producción del resultado, ello solo puede deberse a que el curso causal de la tentativa no puede ya detenerse no prosiguiendo los actos ejecutivos.

Conforme a lo anotado, este supuesto de desistimiento consiste en la interrupción del curso causal de la tentativa (iniciado en dirección a la consumación), realizado cuando ya se han concluido con todos los actos ejecutivos (el autor -no pudiendo abstenerse ya de realizar ningún acto ejecutivo, pues todos ya han sido agotados- solo puede desistirse impidiendo o evitando la producción del resultado lesivo al bien jurídico). Característico de esta forma de desistimiento es que el agente, que ha concluido con la fase ejecutiva del delito, voluntariamente impide que esta desemboque en la producción del resultado típico subsecuente.

b. En estos supuestos en que se interrumpe el curso causal de la tentativa acabada (cuando se ha completado la fase ejecutiva), el desistimiento debe entenderse como la voluntad de no querer consumir el delito manifestada en un acto de evitación o impedimento de la producción del resultado. Dicho acto de evitación o impedimento, como se infiere, únicamente puede ser realizado activamente, ya que frente a una tentativa ejecutada completamente (concluidos los actos ejecutivos) y dirigida a la lesión del bien jurídico, no cabe más conducta interruptora que la intervención, en el curso causal puesto en marcha, a través de un esfuerzo activo para evitar su producción. Carece de aptitud, por tanto, para impedirla un mero no hacer inactivo, pues culminados todos los actos ejecutivos que debían producir la consumación, solo cabe evitar activamente que el resultado se produzca.

En estos casos, la tentativa ha alcanzado ya un grado de desarrollo tal que la producción del resultado solo es evitable con medidas activas que consigan impedir el resultado. Recuérdese que aquí ya no es posible abstenerse de proseguir con la ejecución del delito pues ya se agotó la fase ejecutiva, y permanecer inactivo o abstenerse de actuar una vez completada la fase ejecutiva significaría precisamente lo contrario a lo exigido en el precepto: no impedir la producción del resultado. "No puede ser dispensado de su responsabilidad por la tentativa aquel que, una vez concluida esta, deja que las cosas sigan su propio rumbo, con la fortuna de que el resultado no llegue a producirse (...) tampoco cabe descargar a quien simplemente observa cómo un tercero no involucrado en el hecho impide la producción del resultado"(27).

Específicamente, elemento subjetivo de esta forma de desistimiento es la decisión del autor de evitar la consumación en cuanto resultado de la conducta ejecutiva concluida: el autor debe impedir conscientemente la producción del resultado a través de una conducta voluntaria interruptora del curso causal desencadenado.

c. En esta forma de desistimiento es necesario que el autor, mediante un hacer activo, ponga por sí mismo (personalmente o motivando la intervención de terceros) una condición que evite la producción del resultado. Basta pues que haga lo suficiente para impedirlo, aun cuando haya podido realizar otras

conductas interruptoras más efectivas o más seguras para la evitación. Incluso, en algunos casos, si el esfuerzo serio como impulso decisivo desplegado por el autor logra evitar el resultado en concatenación con otras circunstancias que no dependen de su voluntad podrá apreciarse desistimiento. En tal sentido, no es necesario que el autor agote todas las posibilidades de evitación, sino que es suficiente que lo haga con alguno de los medios a su disposición.

El autor, como se ha referido, puede también evitar la vulneración del bien jurídico activamente motivando la intervención de otras personas; v.gr. quien ha arrojado a su víctima a un pozo para que muera, pide ayuda a un tercero o llama a los bomberos, logrando su salvación; quien ha servido un café envenenado a su víctima la lleva al hospital donde es salvada por los médicos. Como se aprecia, en estos casos también es el autor quien, con su hacer, ha dado el impulso decisivo para la evitación del resultado.

d. Conforme a lo anotado, se pueden establecer los requisitos básicos de esta forma de desistimiento:

- d.1. Que el autor haya dado comienzo a la fase ejecutiva del delito.
- d.2. Que el autor haya concluido la fase ejecutiva del delito.
- d.3. Que el autor impida o evite voluntariamente que se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico (lo cual implica, en correspondencia subjetiva, la decisión consciente de evitar la producción del resultado).

e. Finalmente se debe apuntar que en esta forma de desistimiento, al menos en lo que respecta al artículo 18 CP, resulta necesario el éxito de la evitación del resultado, es decir, que efectivamente se logre que la consumación del delito no se produzca, no bastando solo el "esforzarse seriamente" que, en cambio, sí satisface el segundo supuesto del artículo 19 CP (desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes del delito). Con relación al artículo 18CP, si existe un esfuerzo serio y voluntario por parte del autor, pero la consumación no llega a producirse por motivos distintos a tal esfuerzo, la impunidad por desistimiento . dependerá si dicho esfuerzo fue o no el impulso decisivo o determinante para la evitación.

I. Son ejemplos de desistimiento voluntario como evitación de que se produzca el resultado: en la tentativa de homicidio, quien ha disparado ya a su víctima, la lleva al hospital donde le salvan la vida; en la tentativa de asesinato, quien ha envenenado a su víctima le da el antídoto; quien ha colocado un explosivo da aviso a la policía, que lo desactiva; quien ha iniciado un incendio, lo apaga antes de que se propague; etc.

II. La voluntariedad del desistimiento de la tentativa 1. Ya se ha señalado que el factor subjetivo del desistimiento, en cualquiera de sus formas, es "no querer" la consumación del delito, y que el autor de la tentativa (o en general, el agente que se desiste) debe manifestar ese "no querer" objetivamente en un acto externo de desistimiento (y ello es aplicable tanto al desistimiento del artículo 18 como del 19 CP). Por tanto, característica inherente a todo desistimiento es su voluntariedad: tanto el desistimiento de la tentativa en su forma de no proseguir los actos ejecutivos como de evitar el resultado precisan ser voluntarios para la obtención de la impunidad (del mismo modo que las

modalidades a que se refiere el artículo 19 CP: desistimiento de la tentativa en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito)(28).

No está demás señalar que, a tal efecto, la voluntariedad en el artículo 18 CP debe pertenecer al autor de la tentativa: debe ser el propio autor de la tentativa (el ejecutor del delito) quien provoque voluntariamente la interrupción del curso causal dirigido a la lesión del bien jurídico (en el caso del artículo 19 CP, debe ser el interviniente -autor o partícipe- quien provoque voluntariamente dicha interrupción). Brevemente, la no consumación debe ocurrir gracias a él, en virtud de la realización de una de las formas típicas de desistimiento. Sin embargo, no se exige al autor (o al agente en general) que siempre realice la conducta interruptora directamente o por sí mismo, ya que también puede provocarla motivando la intervención de terceras personas; v.gr. bomberos, médicos, etc. (o de los mismos otros intervinientes en el delito, v.gr. en caso del artículo 19 CP).

2. El texto de la ley no señala ningún criterio o pauta para desentrañar el intrincado problema de cuándo considerar a un desistimiento como voluntario. Evidentemente la ambigüedad del término "voluntario" y la ausencia total de criterios referenciales dificulta una segura determinación de su contenido y límites. Una correcta labor interpretativa, a tal efecto, resulta fundamental.

Desistimiento voluntario, en principio, significa desistimiento libre (efectuado con libertad), lo cual implica que el agente que se desiste haya actuado con un ámbito de autodeterminación de considerable amplitud(29). En tal sentido, la conducta interruptora debe ser manifestación de su voluntad de desistirse; el autor ha de realizar el desistimiento por motivos autónomos, es decir, regresar por propio impulso al orden jurídico; debe detener el curso causal de su hecho por libre autodeterminación. Tal como anota JAKOBS(30), la realización del tipo de desistimiento debe serle imputable al que desiste como realización suya, lo cual falta cuando la conducta de desistimiento cabe explicarla por condiciones de las que el que desiste no es responsable(31). La determinación de criterios generales no está libre de matizaciones.

A. No es voluntario el desistimiento cuando ha sido provocado por la propia víctima o terceros, siempre que busquen la interrupción de la conducta. Este grupo comprende genéricamente todos aquellos casos en los que la víctima o terceras personas determinan la decisión del agente por desistirse, de modo tal que se pueda decir que el desistimiento se produce a consecuencia de ellos; v.gr. quien pretende violar sexualmente se desiste por la resistencia que opone la víctima o huye ante la llegada de terceros; el autor se desiste por los insistentes reproches y recriminaciones de un partícipe.

Ello puede suceder, por ejemplo, en casos de inducción o determinación (voluntaria) a error o engaño al agente (v.gr. la víctima de tentativa de hurto hace creer al ladrón que está armada o acompañada y lo hace huir de su vivienda; la víctima de tentativa de robo finge ser una persona desamparada provocando conmiseración en el agente, etc.). Pero no necesariamente debe haber de por medio un engaño; lo decisivo es que la víctima o el tercero "hagan desistir" al agente (que el agente sea determinado a desistirse); v.gr. la víctima

de tentativa de robo que le dice al ladrón que carece de dinero puede realmente carecer de dinero, pero aun en ese caso el desistimiento no es voluntario sino provocado; hay desistimiento voluntario, en cambio, si el sentimiento de conmiseración nace espontáneamente del agente.

Estos casos (en especial, los supuestos de voluntaria inducción a error) deben diferenciarse de aquellos en que el agente incurre en un error no inducido (al menos, no voluntariamente); casos en los que sí cabe apreciar un desistimiento voluntario. El error no inducido en que incurre por sí mismo el agente, debe valorarse desde su propia perspectiva, importando aquí, por tanto, exclusivamente las representaciones del agente que se desiste; v.gr. hay desistimiento voluntario en caso de que el autor de tentativa de hurto huya al confundir el teléfono de la víctima con un arma o al ver una alarma en lo que realmente es solo un reloj o al confundir un arbusto con un perro guardián; el agente, por su apariencia, cree que la mujer adinerada es menesterosa y, por compasión, se desiste de robarle.

B. No es voluntario el desistimiento si ha sido motivado en el agente por una amenaza o peligro de sufrir una consecuencia no deseada; v.gr. ser descubierto ser repelido, ser aprehendido, ser sancionado; perder la vida o la libertad, ver menoscabada su integridad física, su honor, etc.: el ladrón huye del lugar al oír que el dueño de la casa ha llamado por teléfono a la policía o al escuchar las sirenas policiales acercarse, o al ser perseguido por los perros guardianes o al sonar la alarma; no es voluntario el desistimiento por temor al descubrimiento o al impedimento de la huida. Si es el temor de sufrir un mal, asociado a la amenaza, lo que determina el desistimiento del agente no se puede afirmar voluntariedad, I v.gr. el ladrón es ahuyentado a balazos por el dueño de la casa. Sin embargo, el agente que se desiste no ha de estar incurso en error no inducido, de lo contrario I I cabría apreciar desistimiento voluntario, v.gr. hay desistimiento voluntario si el agente cree que hay peligro cuando no lo hay realmente (cree erróneamente que ha sido descubierto por el dueño y huye). No es necesario que la amenaza sea inminente ni próxima, puede ser solo potencial o latente y así determinar el desistimiento del agente, v.gr. no es voluntario el desistimiento si el agente se desiste del hurto por haber escuchado voces al interior de la casa que creía vacía, o por darse cuenta que hay perros guardianes o que ha sido visto por un transeúnte, o al constatar que hay alarmas o un cerco eléctrico en la casa u otros medios que puedan delatarlo; no es voluntario el desistimiento si ha sido provocado porque la víctima ha reconocido al autor de la tentativa delictiva o por la alta posibilidad de que el hecho sea descubierto.

c. El desistimiento no es voluntario en caso de que no exista más la posibilidad objetiva de conclusión de la conducta (imposibilidad de ejecución). El desistimiento de la tentativa requiere siempre que sea posible la consumación del delito, pues mal puede renunciarse a un resultado que ya no es hacedero; v.gr. el ladrón no encuentra ningún objeto de valor en la casa o resbala y cae del techo de la casa ajena retirándose mal herido; el auto donde fugaban los ladrones del banco colisiona con un poste, siendo atrapados por la policía; el auto que se intenta robar no enciende o es interceptado durante la fuga. En tal sentido, no hay desistimiento voluntario cuando el autor ya ha agotado todas la

posibilidades de agresión (v.gr. cuando ha disparado todas las balas de su arma sin matar en la tentativa de homicidio), o bien cuando no se dispone de otras (se ha perdido del todo la posibilidad de continuar la ejecución del delito; v.gr. el francotirador yerra el primer disparo y la víctima es protegida por sus guardaespaldas).

Tampoco es voluntario en los supuestos en que si bien existe la posibilidad objetiva de conclusión de la conducta, esta se ha tornado muy dificultosa o riesgosa para el agente; v.gr. la ganzúa se rompe antes de abrir la puerta; la mecha de la dinamita se apaga y necesita ser encendida de nuevo.

D. Hay desistimiento voluntario cuando el autor encuentra un objeto distinto al esperado y no consuma la conducta sobre el hallado, pudiendo hacerlo; v.gr. hay desistimiento voluntario si el autor no encuentra en la casa el objeto que esperaba encontrar y huye sin llevarse ningún otro objeto de valor, pero no hay desistimiento voluntario si en la casa no hay ningún otro objeto de valor(32).

E. Sin embargo, los motivos por los que el autor de una tentativa se desiste no necesitan ser éticamente valiosos. En tal sentido, es voluntario el desistimiento por razones de conciencia, por vergüenza, por temor a la pena, por terror, por los reproches insistentes del coautor, por desprecio, por conmiseración, por el mal sabor del abortivo, etc.

VI. La punibilidad de los actos ejecutivos realizados

El desistimiento solo tiene efecto relativo y, consiguientemente, solo liberará por aquella tentativa objeto del desistimiento y no por otro delito ya concluido y contenido en dicha tentativa. La impunidad por desistimiento voluntario está expresamente restringida a la tentativa delictiva, es decir, a la conducta que se ha pretendido realizar y se ha interrumpido. Ello significa que si los actos parcialmente ejecutados (en el desistimiento como no proseguir los actos ejecutivos), o la conducta ejecutiva concluida (en el desistimiento como evitación del resultado dañoso) configuran en sí mismos (por su parte) otros tipos penales consumados, estos no están cubiertos por su efecto de impunidad, correspondiéndoles la sanción que prevea cada precepto en especial

Ejemplos: si A falsifica un documento para cometer una estafa con él, y se desiste en la ejecución de la estafa, es punible solo por el artículo 427 CP; si B falsifica un documento y se desiste en su utilización, es punible solo por el artículo 427, párrafo primero, CP; si C mata a un vigilante para facilitar otro delito y se desiste de este, es punible con arreglo al inciso 2 del artículo 108 CP; los que se asocian para cometer delitos contra la seguridad pública son punibles conforme al párrafo segundo del artículo 317 CP, aunque se desistan de su ejecución; del mismo modo que los que conspiran para cometer el delito de rebelión son punibles según el artículo 349 CP y luego se desisten; etc.

Otros ejemplos los dan aquellos delitos que requieren como modalidad comisiva el uso de "violencia" o "grave amenaza" (v.gr. el robo, la violación sexual, la extorsión, etc.). Si el autor se desiste en la ejecución de uno de estos

delitos, el desistimiento podrá dejar impune únicamente el delito pretendido que ha quedado en grado de tentativa, pero no la violencia ni la grave amenaza en sí mismas que serán punibles, v.gr., como lesiones corporales o coacciones consumadas, respectivamente. En sentido similar, el desistimiento de un delito de hurto de una vivienda o de usurpación deja subsistente el de violación de domicilio; el desistimiento de un delito de incendio, el de daños; el desistimiento de un delito de robo con fractura; los delitos de daños y de violación de domicilio; el desistimiento de un delito de homicidio, unas lesiones corporales. Asimismo, el desistimiento de ejecutar un delito incurriendo en su forma agravada deja intacta la posibilidad de sancionar al autor por el tipo base; v.gr. el desistimiento de un hurto por escalamiento deja subsistente el hurto simple; desistimiento de robar bienes de valor científico deja subsistente el tipo básico de robo; etc. Como se aprecia, el efecto del desistimiento en estos supuestos es el de hacer punibles delitos que conforme a las reglas concursales habrían quedado comprendidos en los delitos objeto de desistimiento.

La punibilidad "cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos" I alude a la tentativa cualificada, que se produce cuando lo ya actuado por el autor constituye por sí mismo un delito independiente, aunque el autor desista. En tales casos los delitos realizados antes del desistimiento ya habrán alcanzado su conl sumación, por lo que deberán castigarse como delitos consumados; v.gr. en una tentativa de homicidio el autor produce lesiones antes de interrumpir la ejecución, las lesiones no estarán cubiertas por la impunidad del desistimiento, ni tampoco por la atenuación de la tentativa, se tratará de un delito de lesiones consumado; si I el autor de una tentativa de violación sexual coacciona, golpea y realiza actos I contrarios al pudor antes de interrumpir voluntariamente con la ejecución del delito, dichas conductas serán punibles como delitos independientes. En tal sentido, el autor que dispara contra su víctima que afortunadamente logra evitar el disparo, y luego de ello se desiste no puede merecer la impunidad, pues en todo caso de lo que se desiste no es del primer intento sino del segundo (la tentativa de homicidio que configura el primer intento queda intacta); quien con ánimo homicida golpea con un martillo a su víctima pero luego desiste, solo sería punible por las lesiones ocasionadas y no por la tentativa de homicidio(33).

DOCTRINA

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia, 1999. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993.

HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2~ edición. Lima, 1987. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1994. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. 2~ edición. Madrid, 1992. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5~ edición. Barcelona, 1998. MUÑOZ CONDE, Francisco.

"El desistimiento voluntario de consumir el delito". Bosch. Barcelona, 1972. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. STRATENWERT, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. VaN LISZT. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa. Tomo 111. 2ª edición. Madrid, 1929. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970. WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Camada Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1980.

JURISPRUDENCIA

"No es voluntario el desistimiento si el encausado, quien uniformemente ha reconocido haber tratado de poseer sexualmente a la agraviada, se desistió de su resolución criminal violatoria motivado porque la menor comenzó a gritar. La conducta subjudice constituye delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, mas no delito contra el pudor".
(Ejecutoria Suprema 21/08197. Exp. 3529-97. Cusco).

"La tentativa consiste en el inicio de ejecución del hecho delictivo sin llegar a consumir lo, lo cual permite al juez disminuir prudencialmente la pena. Sin embargo, el agente puede llegar a recibir un tratamiento más beneficioso si se desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o si impide que se produzca el resultado. En el caso de autos, el actor no se hace acreedor a dicho beneficio porque la no consumación del delito de hurto se debió a circunstancias extrañas a él, habiendo sido descubierto por el perjudicado quien con la finalidad de evitar el ilícito se paró frente al automóvil, lo cual originó que el encausado se bajara del mismo y se diera a la fuga, siendo capturado por el personal de serenazgo".
(Sentencia 03/04/98. 4º JP-Lima. Exp. 192-97).

"El propio procesado admite haber intentado abusar sexualmente de la menor, pero afirma haberse desistido del hecho voluntariamente, para luego solo frotarle su miembro viril en los glúteos. Sin embargo, la menor presenta signos de acción física de penetración, laceración anal, por presión ejercida de afuera hacia adentro; configurándose un delito consumado de violación de menor de edad".
(Ejecutoria Suprema 20/10/97. Exp. 4737-97. Lima).

"Es facultad del juzgador reducir la pena por debajo del mínimo legal, si la conducta del agente está dirigida a impedir un resultado que quiso causar en un primer momento, estando ante un caso de arrepentimiento activo. Resulta impune el arrepentimiento activo del procesado, salvo que los actos por él practicados constituyan por sí otros delitos".

(Ejecutoria Suprema 28/09/94. Exp. 2169-94. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 87).

"La tentativa no es punible solo cuando el agente se hubiera desistido espontáneamente de la infracción, no así cuando el desistimiento se produce al darse cuenta de que los padres de la menor volvían en el preciso momento en que le despojaba de su calzón con el propósito de practicarle el acto sexual".

(Ejecutoria Suprema 29/10/170. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 87).

"Si la conducta del agente está dirigida a impedir el resultado que quiso causar en un primer momento, pues al haber proporcionado información oportuna impidió la consumación del delito planeado, estamos ante un caso de arrepentimiento activo".

(Ejecutoria Suprema 28/09/84. Exp. 2169-94. Cañete. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 87-88).

"Procede la absolución del acusado si se acredita que este suspendió la ejecución del delito por su propia voluntad, antes de causar daño".

(Ejecutoria Suprema 31/10/17. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 88).

"No es voluntario el desistimiento de la tentativa de violación sexual si el evento que fue frustrado por la intervención y auxilio de la testigo, interrumpiéndose en el momento en que el procesado forcejeaba encima de su víctima con la intención de tener trato sexual".

(Sentencia 22/05/97. 18\$1 Juzgado Penal de Lima).

"No es voluntario el desistimiento si el procesado no pudo despojar de sus pertenencias a la agraviada por la resistencia que opuso la víctima, y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio".

(Ejecutoria Suprema 06/04/98. Exp. 2760-97. Lima).

"No es voluntario el desistimiento si el robo que no pudo consumar por la oposición y resistencia del agraviado y por la colaboración de los vecinos del lugar, habiéndose hecha efectiva la detención del inculpado antes de que este pudiera disponer del bien robado. Nos encontramos ante un robo agravado frustrado".

{Sentencia 19/01/98.2° Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios - Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 3604-97}.

"No es voluntario el desistimiento si el inculpado interrumpió la comisión del delito por circunstancias externas y ajenas a él, al haber sido descubierto mientras intentaba violar a la menor".

(Sentencia 20/01/99. Sala Penal-Corte Superior de Justicia de Huánuco. Exp. 98-0191-1215-JX01P.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"No es voluntario el desistimiento si el inculpado no pudo consumir la violación por la resistencia que ofreció la víctima".

(Sentencia 28/01/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huaura. Exp. 240-97, Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"No es voluntario el desistimiento del delito de extorsión en tanto, si bien se realizó el depósito de dinero, ese no fue apropiado por la inculpada, al ser detenida antes de retirarlo del banco; por lo que el hecho ha quedado en un nivel de tentativa". .

(Sentencia 29/10/99. Sala Penal- Corte Superior de Justicia de Ancash. Exp. 98-0225. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 85).

"No es voluntario el desistimiento del delito de robo que ha quedado en grado de tentativa si el apoderamiento del dinero no se materializó por la oportuna intervención policial".

(Ejecutoria Suprema 18/01/00. Exp. 4749-99. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 84).

"El hecho de que el inculpado, quien arrebató con violencia el reloj pulsera de la agraviada, luego de consumir el hecho lo haya devuelto, no puede considerarse un arrepentimiento activo como lo prevé el artículo 18 del Código Penal, en tanto se consumó la ejecución del delito; es procedente, sin embargo, considerar esta conducta como una posterior predisposición al arrepentimiento que indiscutiblemente le favorece al momento de regular la pena".

(Sentencia 25/01/02. 3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de La Libertad. Exp. 577-2001. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 5. N° 29. Pág. 75. § 014).

"Concretamente, la tentativa del delito materia de juzga miento es acabada por interrupción accidental, toda vez que los agentes realizaron todos los actos que fueron necesarios para la consumación del ilícito (cortaron la soga de seguridad de la tolva y con la tenencia de las cajas emprendieron la fuga); sin

embargo, dicho acto criminal no se consumó por la decidida persecución que emprendió el agraviado, aunado a ello la oportuna intervención policial". (Sentencia 30/03/98. 34° JP-Lima. Exp. 152-97).

"Que para los fines de la graduación de la pena es de tenerse en cuenta que si bien es cierto el agente inculcado no llegó a consumir su delito, sin embargo ello se debió a circunstancias extrañas a él, pues como él mismo lo ha reconocido tenía la firme intención de sustraer los autopartes del vehículo sobre el cual ejercía su acción, actividad que realiza con frecuencia". (Sentencia 03/04/98. 4° JP-Lima. Exp. 192-97).

"Está probado en autos que cometido el delito por la procesada y producida la reacción que su gravedad amerita, inmediatamente solicitó auxilio y ella misma participó en el socorro de la víctima, fatalmente con resultados infructuosos debido a los órganos comprometidos con la herida penetrante".

(Resolución Superior 03/11/97. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2175-97).

(1) El desistimiento del autor individual cabe extenderlo, en lo posible, a los casos de autoría mediata, en los cuales el único que efectúa una tentativa punible es la "persona de atrás", mientras que a la del intermediario (autor inmediato) le hace falta o tipicidad, antijuridicidad o una actuación culpable. Una persona instrumentalizada de esta manera (cuya voluntad domina otro) no puede desistirse de ninguna tentativa punible (vide intra). Por su parte, el desistimiento en casos de coautoría cae dentro del artículo 19 CP: desistimiento de la tentativa en caso de pluralidad de agente intervinientes.

(2) Consecuencia de ello es que el artículo 18 CP únicamente sea aplicable a tentativas subsumibles en el artículo 16 CP, y no, en cambio, a los supuestos del artículo 17 CP, ni a actos preparatorios impunes: si los comportamientos impunes del artículo 17 CP y los actos preparatorios del delito son ya jurídico-penalmente irrelevantes, lo son aun más sus desistimientos; v.gr. desistirse de agujerear la foto del enemigo con alfileres o desistirse de planificar un hurto carecen siempre de relevancia jurídico-penal. Por otro lado, sistemáticamente no es aplicable el efecto del desistimiento si la tentativa delictiva es impune ya por falta de antijuridicidad de la conducta o culpabilidad del autor; v.gr. cuando ha sido realizada en legítima defensa o por un inimputable. El efecto jurídico de considerar al desistimiento de un ilícito de tentativa como causa personal de anulación de la pena (vide intra) es que el autor debe serlo de un injusto culpable; empero, el desistimiento llevado a cabo por un semiinimputable, por ejemplo, lo beneficiará.

(3) En tal sentido, si la tentativa solo puede ser de un delito doloso, entonces únicamente cabe desistimiento de la tentativa de un delito doloso: solo se puede desistir de lo que se ha querido alcanzar, pero no de lo no querido; así el artículo 18 CP no es aplicable al caso del conductor imprudente que atropella y hiere al peatón, y lo lleva al hospital donde le salvan la vida. Sobre la voluntariedad del desistimiento, vide infra.

(4) Sobre ello vide mi comentario al artículo 16 CP.

(5) Así, por ejemplo, también la interrupción de la conducta típica en un delito omisivo -y no solo la evitación del resultado- requiere de un desistimiento voluntario activo. Por otro lado, la doctrina ha destacado que vincular el "arrepentimiento" al desistimiento se presta a equivoco, ya que no es preciso que el arrepentimiento (ni ningún otro móvil de similar eticidad) sea el motivo del desistimiento de la tentativa delictiva (ctr. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993.

Pág. 494, MUÑOZ CONDE, Francisco. "El desistimiento voluntario de consumir el delito". Bosch. Barcelona, 1972. Págs. 79 y sgtes.). Por último, el desistimiento activo no es exclusivo de la evitación del resultado, sino que frecuentemente puede serlo también de los actos ejecutivos; v.gr. el autor apunta a su víctima pero se desiste al último momento, disparando al suelo; el inductor reduce al autor que ya apuntaba el arma homicida.

(6) En el sentido del texto MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 1ª edición. Barcelona, 1998. Pág. 353.

(7) Una crítica de la concepción del desistimiento como elemento negativo del tipo para ordenamientos cuya definición de tentativa incluye una referencia a que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del autor o producto de su voluntario desistimiento, vide en MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 44 y sgtes.

(8) Cfr. extensamente MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 44-59, descartando concebir al desistimiento como elemento negativo del tipo, como excluyente de antijuridicidad y como excluyente de culpabilidad.

(9) MUÑOZ CONDE, Francisco. Pág. 59: "La culpabilidad es un juicio de valor, un reproche, que se refiere en las formas impertectas de ejecución al momento en que se comienza la ejecución del delito. En este momento deben estar presentes todos los elementos que fundamentan este reproche".

(10) Cfr. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. 2ª edición. Madrid, 1992. Pág. 257; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gíbson. Tomo II. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 70;

WELZEL, Hans "Derecho Penal alemán. Parte General". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 11ª edición. Santiago de Chile, 1970. Pág. 275: "excusa absolutoria personal"; WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 183; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 497: "causa personal de anulación de la pena"; STRATENWERTH,

(11) Vide en contra, MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 63 y sgtes., para quien el desistimiento es una causal de exclusión de la penalidad, que no anularía la punibilidad ya nacida, sino que impediría fundamentarla, en virtud de su no merecimiento de pena: "También existen causas que fundamentan la penalidad (las llamadas condiciones objetivas de penalidad) y causas que excluyen la penalidad (las llamadas causas de exclusión o de anulación de la pena)".

(12) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 497; STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 73.

(13) Vide JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 488: No son, ciertamente, razones de lógica jurídica, sino razones de discrecionalidad legislativa, las que ahora se alegan para justificar la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento.

(14) Feuerbach citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 19. Según esto, el privilegio de la impunidad del desistimiento constituye una medida político-criminal preventiva que busca impedir hasta el final, aun ante la culminación de la fase ejecutiva del delito, la vulneración de los bienes jurídicos. Representa una decisión legislativa que pretende evitar que los bienes jurídicos perturbados, ofendidos o puestos en peligro ya por la conducta fundante de tentativa, sean efectivamente lesionados o dañados; por tanto, que pretende evitar un menoscabo de mayor entidad de los bienes jurídico-penales. A través de ella el legislador busca que quienes se han decidido por el delito - pudiendo incluso haber llegado a ejecutarlo por completo-, se retracten antes de lesionarlos e interrumpan el curso desplegado por ellos hacia su consumación.

(15) Que lo que busca el legislador con la impunidad del desistimiento es evitar la lesión o vulneración de los bienes jurídicos que ocasiona la consumación se evidencia en su decisión de no conferir el mismo privilegio a quien, habiendo consumado el delito, realiza voluntariamente una conducta reparadora o indemnizadora; v.gr. quien ulteriormente restituye el dinero o las cosas objeto del hurto no merece como regla la impunidad. En tal sentido, se anota que la realización de una tentativa no puede ser anulado por el desistimiento, "sin embargo, puede la legislación por razones de política criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena" (van LISZT. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa. Tomo 111. 2ª edición. Madrid, 1929. Pág. 20), cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 489: al autor de una tentativa delictiva que se desiste no parece adecuado imponerle una pena; más bien razones político-criminales aconsejan perdonarle o levantarle la pena ya merecida por haber aceptado voluntariamente de nuevo el imperio del Derecho.

(16) Bockelmann citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 25.

(17) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 28 y sgte.

(18) Críticamente, contra esta teoría, vide MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 29 y sgtes.

(19) Críticamente, contra esta teoría, desde los fines del Derecho Penal, vide MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 29 y sgtes.

(20) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Pág. 346, con referencias.

(21) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 35.

(22) Cfr. críticamente JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 489: contra esta teoría cabe decir que la voluntad del autor pudo ser en el momento de la tentativa lo suficientemente intensa para la consumación, pues el desistimiento responde con frecuencia a circunstancias externas puramente aleatorias. Asimismo la peligrosidad del hecho del autor apenas se revela, por lo general, como menor a causa del desistimiento.

(23) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Págs. 39 y sgtes.

(24) Para MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 90, abandonar la ejecución por medio de un hacer activo implica al mismo tiempo la evitación del resultado.

(25) Cfr. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 85.

(26) A tal diferenciación, cobra relevancia la distinción de las fases que conforman el curso causal del delito cuyo resultado se pretende evitar. Dicho curso causal comprende el comienzo de la fase ejecutiva del delito, la culminación de la fase ejecutiva del delito, y la consumación del delito.

(27) MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 99.

(28) Tanto el desistimiento que consiste en impedir que se produzca el resultado, en impedir que se prosiga la ejecución del delito como en esforzarse seriamente en ello requieren ser voluntarios.

(29) Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ediar. Tomo IV. Buenos Aires, 1982. Págs. 488 y sgte.; de constatación de la libertad con referencia a los motivos y fines en los casos de imposibilidad relativa de seguir actuando habla MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 79.

(30) Vide JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 917.

(31) MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Págs. 97 y sgte: "En todos los casos en los que el desistimiento se produzca como una consecuencia necesaria, absoluta y obligada de acontecimientos causales será involuntario". Supuestos como el de la impotencia que impide la consumación de la violación o del asesino que es sujetado por otras personas al intentar clavar el puñal "son casos de involuntariedad del desistimiento, porque el autor es obligado por las circunstancias y su voluntad no tiene participación alguna en el curso de los hechos (...) Todo lo que es producto de la coacción absoluta, de la imposibilidad total de seguir actuando por razones técnicas, físicas o psíquicas es involuntario". Asimismo, "se debe valorar el proceso de motivación del autor 'que se desiste. El proceso debe aparecer, para merecer la impunidad, como un buen ejemplo que anule la mala impresión causada en la comunidad con la anterior conducta -prevención general- y, al mismo tiempo, mostrar el propósito decidido del sujeto a retornar a la legalidad de motivarse conforme a las exigencias normativas -prevención especial-" (Págs. 100 Y sgte.).

(32) MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 93.

(33) Lo anotado sobre la voluntariedad del desistimiento y la punibilidad de los actos ejecutivos realizados es, en términos generales, aplicable a los supuestos contenidos en el artículo 19 CP (desistimiento de la tentativa en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito).

DESISTIMIENTO ACTIVO EN CASO DE PLURALIDAD DE INTERVINIENTES EN EL DELITO

Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arto 10

C.P. arts. 16,212.1,351

LEY N° 27378 (21.12.00) art.1.1

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

El artículo 19 CP es básicamente un caso especial del artículo 18 CP, razón por la cual en el análisis del desistimiento en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito rigen, en términos generales, aunque con algunas variaciones, las mismas reglas que las desarrolladas para el desistimiento del autor individual de la tentativa (en especial, en cuanto a la voluntariedad y a la punibilidad de los actos practicados que constituyen por sí otros delitos, la remisión será necesaria).

I. Preliminares

1. Luego de la regulación del desistimiento de la tentativa del autor individual (artículo 18 CP), el artículo 19 regula el desistimiento cuando existe una pluralidad de agentes intervinientes (autores o partícipes) en el delito, es decir, aquel desistimiento que puede realizar un coautor, un inductor o un cómplice de la conducta fundante de tentativa delictiva. Por tanto, el desistimiento del agente, en este caso, . presupone que la conducta en la que se interviene (como autor o partícipe) haya llegado al estadio de tentativa delictiva (como conducta antijurídica): el autor debe haber al menos dado comienzo a la ejecución del delito; la conducta a la que Contribuye el partícipe (inductor o cómplice) debe al menos haber satisfecho el principio de ejecución por obra del autor (o los coautores).

2. Cualquier conducta (del autor y -con mayor razón- del partícipe) anterior al Comienzo de la ejecución es en nuestro CP jurídico-penalmente irrelevante (v.gr. una tentativa de participación)(1)(2). En el caso de coautoría, ello es así porque el artículo 16 CP exige a los coautores satisfacer el principio de ejecución, de modo tal que el coautor solo es punible si el hecho principal que realiza conjuntamente con otro ha alcanzado el grado de tentativa delictiva. En el caso del partícipe, . porque, conforme al principio de accesoriedad limitada(3), el hecho principal antijurídico del autor es presupuesto de la punibilidad de los partícipes: si la conducta del autor no ha ingresado aún al estado de tentativa, el partícipe accesorio no es punible a falta de un hecho

principal que fundamente su punibilidad, de manera que el artículo 19 CP no puede ser aplicado. En ambos casos, antes del comienzo de la tentativa no existe nada relevante respecto de lo cual pudiera haber desistimiento.

3. La conducta fundante de tentativa -objeto de desistimiento- debe además poseer todos los elementos para su punibilidad (conducta típica y antijurídica realizada por un autor culpable). Pero punible únicamente debe ser el agente (autor o partícipe) que se desiste; mientras que los demás intervinientes en el delito pueden ser punibles o no en virtud de otras circunstancias (conforme al principio de culpabilidad o al artículo 26 CP: incomunicabilidad de las circunstancias personales entre autores y partícipes, derivada del principio de accesoriedad limitada); v.gr. quien induce a un inimputable a incendiar una casa, y se desiste impidiendo su propagación, cumple con todos los elementos de punibilidad, pero es impune por el artículo 19 CP, mientras que al inimputable le falta culpabilidad, y es impune al margen del artículo 19 CP (v.gr. artículo 20 incisos 1 ó 2). Tal como se señaló para el artículo 18 CP, sin uno u otro requisito (sin una tentativa que sea punible), la aplicación del desistimiento carece de todo sentido.

4. La idea básica del desistimiento voluntario en caso de varios intervinientes en el delito es que el agente debe pretender siempre la interrupción del curso causal de la tentativa (iniciado en dirección a la consumación), es decir, subjetivamente, querer la interrupción de la tentativa y manifestar ese querer en una conducta tendiente a la interrupción. Sin embargo, en estos casos no es imprescindible que esta interrupción efectivamente se logre, pues, conforme al artículo 19 Cp, la impunidad por desistimiento no solo se otorga al agente que pretende la interrupción cuando este consigue efectivamente detener la ejecución o evitar la producción del resultado (es decir, cuando la conducta ejecutada ha quedado, en virtud del agente, solo en grado de tentativa), sino también, inclusive, en los casos en que no logra impedir la ejecución y el delito llega hasta su consumación (y el bien jurídico termina lesionado), siempre, eso sí, que el agente (autor o partícipe), en este último caso, se haya esforzado seriamente por impedir que la ejecución continúe.

La impunidad del artículo 19 CP con que se beneficia al autor o partícipe de una tentativa de delito comprende, como se aprecia, un radio de aplicación más amplio que el desistimiento del autor individual, pues puede ser evaluado tanto en aquellos supuestos en que el agente consigue en efecto detener el curso causal de la tentativa (v.gr. evitando la continuación de la ejecución del delito o la producción del resultado típico) como cuando no lo logra y el delito llega a su estado de consumación (aunque esto último solo en cuanto al supuesto de impedir la ejecución; vide infra). Cabe entonces dentro del artículo 19 CP la efectiva interrupción del curso causal de la tentativa (iniciado en dirección la consumación): la conducta ejecutada queda en fase de tentativa (concluida o no concluida); o la seria y esforzada pretensión por parte del autor o partícipe por interrumpir la ejecución del delito: la conducta ejecutada es -a pesar del esfuerzo en contrario del agente- completada por los demás intervinientes y desemboca en la consumación del delito.

4. En tal sentido, no hay problema en admitir que el desistimiento regulado en el artículo 19 CP -como en el artículo 18 CP- también puede realizarse bien cuando aún no se han concluido con todos los actos ejecutivos (el autor o partícipe impide o trata de impedir esforzadamente la continuación de los actos ejecutivos del delito) o una vez concluidos estos (el autor o partícipe, no pudiendo ya impedir ningún acto ejecutivo, debe impedir que se produzca el resultado lesivo . para el bien jurídico) (sobre ello, vide infra). De lo anotado se infiere que el desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes también puede realizarse estando culminada o no la fase ejecutiva del delito, con tal de que voluntariamente el agente (autor o partícipe) interrumpa (o se esfuerce por interrumpir) el curso causal de la tentativa antes de la consumación del delito. En correspondencia con ello, puede aceptarse sin problemas que en el desistimiento en caso de una pluralidad de intervinientes, un agente puede evitar que se continúen con los actos ejecutivos del delito tanto de manera activa como a través de un "no seguir actuando", es decir, a través de una omisión; esto último sucede especialmente en casos de coautoría, donde el dominio del hecho es compartido por varias personas, v.gr. si tres personas en coautoría empujan a duras penas una pesada roca para hacerla caer sobre X, y dos de los coautores dejan de empujarla, ambos han impedido la ejecución del delito mediante un no hacer o desistimiento omisivo, resultando impunes con arreglo al artículo 19 CP.

5. Para finalizar esta sección preliminar, se debe decir que en el desistimiento de la tentativa en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito tanto el supuesto de evitación del resultado, el de evitación de la continuación como el de la pretensión seria y esforzada por impedir la continuación de la ejecución, necesariamente deben obedecer a una conducta supeditada a la voluntad del agente;

todos los supuestos deben ser realizados en virtud de la dirección de la libre voluntad del autor o partícipe que se desiste (vide supra)(4). Asimismo, es aplicable también aquí la regla de que el agente sigue siendo punible por los actos que ha llegado a practicar antes de desistirse, cuando constituyen por sí otros delitos (vide supra)(5).

II. Los "varios agentes" que participan en el hecho

1. La poco precisa alusión en el artículo 19 CP a los "varios agentes (que) participan en el hecho" no debe entenderse, a mi parecer, literalmente, como si se refiriera de manera restrictiva solo a los partícipes del delito (inductores y cómplices), pues ello descartaría la posibilidad de desistimiento del coautor, lo cual no resultaría coherente si se admite tanto el desistimiento del autor individual (artículo 18 CP) como de los partícipes. Con mejor criterio, la alusión a 10\$ agentes que "participan en el hecho" debe interpretarse como los participantes en la tentativa de delito (en sentido amplio), o mejor, para evitar confusiones terminológicas, los intervinientes en la tentativa de delito (punibles por su intervención delictiva), de modo tal que el artículo 19 CP cubra los supuestos en que intervienen dos o más personas, sea como autores o partícipes, en la conducta que ha llegado al grado de tentativa (presuponiendo los casos de pluralidad de partícipes al menos un autor principal); más claro: la intervención del autor directo o los coautores, los inductores y los cómplices.

En consecuencia, de todos los agentes que se desisten, a que se refiere el artículo 19 CP, debe poder predicarse una intervención previa en el delito bien como autores o partícip~s; sea en la fase preparatoria (v.gr. inductores o cómplices), sea en la fase ejecutiva (v.gr. coautores).

2. El desistimiento del autor mediato, en cambio, es un supuesto cuyo tratamiento se puede incluir en el artículo 18 CP en la medida en que el único que efectúe una tentativa punible sea la "persona de atrás", ya la conducta de intermediario (autor inmediato) le haga falta siempre un presupuesto de punibilidad.

En tales casos, resulta inviable la aplicación del desistimiento al mero instrumento impune, quien o no puede ser interviniente en el delito en el sentido del artículo 19 Cp, precisamente por no haber concurrido en él ni en calidad de autor ni en calidad de partícipe, o no puede desistirse de ninguna tentativa punible.

3. Respetando ello, y conforme al texto penal, los grupos de supuestos que comprende el artículo 19 CP, son:

A. La intervención delictiva en la tentativa de un autor y un partícipe (v.gr. un inductor y un autor; o un autor y un cómplice);

B. La intervención delictiva en la tentativa de un autor y varios partícipes (v.gr. un autor y varios cómplices; o un autor y un inductor y un cómplice);

C. La intervención delictiva en la tentativa de varios coautores y un partícipe (v.gr. un inductor y varios coautores; o varios coautores y un cómplice); y

D. La intervención delictiva en la tentativa de varios coautores y varios partícipes (v.gr. varios coautores, varios inductores y varios cómplices).

4. Ahora bien, ya que, como se ha anotado, "agente" según el artículo 19 CP puede ser tanto un autor como un partícipe, dentro del desistimiento en caso de una pluralidad de intervinientes, debe diferenciarse el desistimiento de la tentativa que realizan ambas clases de intervinientes. A tal fin, no debe perderse de vista que, por principio de accesoriedad limitada, el partícipe de un hecho tentado responde por la tentativa de delito en la medida en que exista un autor principal, de manera que se pueda afirmar que ha intervenido en el hecho antijurídico realizado por el autor o autores. Su punibilidad se fundamenta así concordando el artículo 16 CP, que regula la punibilidad de la tentativa, y los artículos 24 (inducción) ó 25 (complicidad) del Código Penal que regulan la punibilidad de los partícipes.

Conforme a ello, si, como se ha anotado, todo desistimiento presupone al menos una tentativa delictiva, el autor que se desiste necesariamente deberá al menos -previamente- haber dado comienzo a la ejecución del delito que se decidió a cometer sin consumarlo; y el partícipe que se desiste deberá al menos -previamente- haber prestado su contribución o aporte en la conducta del autor, que ha llegado a la fase de tentativa delictiva.

Ello significa que, si de entre la pluralidad de agentes, el que se desiste es un autor, el desistimiento de la tentativa presupone que tal autor -por sí mismo (v.gr.

casos en que interviene un inductor y un autor) o conjuntamente con otro (v.gr. casos en que intervienen dos coautores)- haya ejecutado una conducta fundante de tentativa punible. En cambio, si de entre la pluralidad de agentes, el que se resiste es un partícipe, el desistimiento de la tentativa exigirá, en primer lugar, por Imperio del principio de accesoriedad limitada de la participación, la existencia de al menos un autor que haya realizado la conducta principal, por lo menos antijurídicamente (aunque, por otras causas, este no sea punible). Esta conducta antijurídica realizada por el autor o los coautores debe configurar además una tentativa delictiva (en realidad, la conducta es antijurídica en virtud de haber llegado, al menos, a la fase de tentativa de delito), conforme al artículo 16 CP. Y, en segundo lugar, se requiere que el que se desiste haya realizado una contribución delictiva en la conducta antijurídica constitutiva de tentativa (v.gr. determinando al autor a cometer el delito, prestándole auxilio o asistencia), con arreglo a los artículos 24 ó 25 CP.

De otro lado, si, como se ha señalado, el desistimiento del artículo 19 CP presupone la evitación de la consumación de un hecho o, al menos, un esfuerzo de evitación de su ejecución, el hecho cuyo resultado debe ser evitado o cuya ejecución debe ser impedida o tratada de impedir no puede ser otro que aquel hecho que ha llegado al estado de tentativa punible. Empero, también este hecho objeto de desistimiento varía según sea el agente que se desiste un autor o un partícipe. En el caso de que quien se desista sea un partícipe del delito, conforme al principio de accesoriedad, el hecho objeto de desistimiento solo puede ser el hecho principal en el que se contribuye accesoriamente, ejecutado por quien o quienes tienen dominio de hecho; en cambio, en caso de que se trate de un autor o coautor, el desistimiento debe impedir el hecho global, el que los diversos coautores ejecutan con codominio del hecho (vide infra).

III. Formas de desistimiento de la tentativa en caso de pluralidad de intervinientes en el delito

1. Con respecto a las formas de desistimiento que comprende el artículo 19 CP, se debe señalar que expresamente este precepto solo alude a dos modalidades: el desistimiento como evitación del resultado que menoscaba el bien jurídico, y el desistimiento como esforzarse seriamente por impedir la continuación de la ejecución del delito (aunque los otros agentes prosigan con su ejecución y lo consumen). Esta poco acertada redacción, sin embargo, no puede prescindir de una necesaria interpretación lógica por inferencia respecto a esta última hipótesis, sin vulnerar el principio de legalidad (en este caso, de una causal de exclusión de pena): si el artículo 19 CP hace impune al interviniente por esforzarse seriamente en impedir la continuación de la ejecución del delito, también -y con mayor razón- tendría que hacerlo impune cuando no solamente se esfuerza en tal fin, sino también cuando efectivamente logra la evitación.

2. Dicho procedimiento interpretativo, por el contrario, no es legítimamente aplicable al supuesto en que el agente evita que se produzca el resultado, Sin menoscabar el tenor literal del precepto, pues este no hace referencia al esforzarse seriamente por impedir el resultado, sino específicamente solo a impedirlo; por lo que debe concluirse que la hipótesis del agente que, a pesar de su esfuerzo

serio, no consigue impedir que se produzca el resultado típico es una no prevista en el artículo 19 CP, no cubierta por la impunidad del desistimiento. La manifiesta redacción del precepto impide que se pueda extraer de él, de manera legítima, la impunidad del autor o partícipe que se esfuerza seriamente por evitar el resultado en una tentativa concluida, supuesto que se ubica más allá de las fronteras normativas del artículo 19 CP, mereciendo punibilidad.

3. En consecuencia, las modalidades de desistimiento voluntario en caso de la intervención de una pluralidad de agentes (artículo 19 CP) no son - restrictivamente- solo dos, ni tampoco -extensivamente- cuatro, sino tres:

A. Aquella en la que el agente -concluida la fase ejecutiva del delito- voluntariamente impide que se produzca el resultado típico (v.gr. el inductor de tentativa de homicidio avisa a la víctima que el autor le ha colocado una bomba en su auto, o la desactiva antes que estalle).

B. Aquella en la que el agente -durante la fase ejecutiva no concluida- voluntariamente impide la continuación de la ejecución del delito (v.gr. el coautor que sostiene a la víctima en una tentativa de violación sexual la suelta, reduce a su coautor, y la deja ir).

c. Aquella en la que el agente -durante la fase ejecutiva no concluida- se esfuerza seriamente por impedir la continuación de la ejecución del delito, aunque los otros agentes no desistidos prosigan con su ejecución y lo consumen (v.gr. el coautor en la tentativa de robo trata de convencer de desistirse a los coautores, abandona la conducta que estaba ejecutando y llama a la policía, a pesar de lo cual el robo es consumado por los demás intervinientes).

Como se aprecia, los intervinientes en este caso están, en cierto modo (por lo menos en lo que respecta al desistimiento en la tentativa delictiva no concluida), en una situación menos beneficiosa que el autor individual del artículo 18 CP, pues muchas veces ni el mero abandono de la ejecución ni el solo retrotraer las contribuciones aportadas será suficiente para hacerlos acreedores de la impunidad por desistimiento, ya que, tratándose de una pluralidad de intervinientes, será frecuente que los autores o partícipes que no se desisten continúen con el desarrollo de la ejecución del delito hasta completarla y eventualmente llegar a la consumación. Además, en los casos en que el desistimiento se refiere a evitar la continuación de la ejecución del delito, el precepto exige expresamente más que una simple abstención o renuncia: que el agente que se desiste pero fracasa en la evitación realice un

esfuerzo serio por conseguirlo, no bastando cualquier objetivización de la voluntad contraria a ello.

A. El desistimiento como impedir que se produzca el resultado típico

a. La primera forma de desistirse de la tentativa delictiva que reconoce el artículo 19 GP consiste en evitar la producción del resultado típico, que supone la lesión del bien jurídico. De modo similar a lo señalado para el artículo 18 GP, dicha evitación del resultado presupone que la fase ejecutiva del delito haya sido concluida completamente por el autor o coautores. Puesto que evidentemente, una vez concluida la fase ejecutiva de la tentativa, ningún autor o partícipe puede ya abstenerse de ningún acto ejecutivo, teniendo como única alternativa de desistimiento el impedir que se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico. En términos sencillos, en esta forma de desistimiento, el autor (individualmente o conjuntamente en coautoría) debe haber completado todos los actos ejecutivos del delito. Por su parte, la conducta a la que contribuye el partícipe debe haber sido concluida en su ejecución por el autor o coautores. Pero en ambos casos, el agente (autor o partícipe) debe conseguir efectivamente la interrupción del curso causal de la tentativa concluida (dirigido a la consumación del delito), de modo que el resultado y el menoscabo al bien jurídico no se produzca.

b. En el desistimiento que consiste en la interrupción del curso causal cuando ha sido concluida la fase ejecutiva, el agente (autor o partícipe) no solo debe tener subjetivamente la voluntad de no querer consumir el delito, sino que debe manifestar externamente dicha voluntad a través de un acto de evitación de la producción del resultado. Un acto de evitación en tales condiciones, evidentemente se') puede realizarse de manera activa, pues frente a una tentativa ejecutada completamente (frente a la realización de todos los actos ejecutivos) y dirigida a la lesión del bien jurídico, no cabe más conducta interruptora que una posterior a la conclusión de la ejecución, una intervención activa en el curso causal destinado a impedir la producción del resultado. Por el contrario, a este nivel de desarrollo de la tentativa, cualquier postura omisiva como un mero no hacer inactivo carece de la virtud de producir tal efecto impeditivo que requiere el desistimiento: si se ha puesto en marcha un curso causal que se ha desarrollado hasta el agotamiento de la fase ejecutiva, solo cabe una conducta interruptora activa que evite la producción del resultado.

c. Por otro lado, tal como se señaló en el artículo 18 GP, el agente (autor o partícipe) que se desiste de la tentativa puede no solo impedir activamente la producción del resultado personalmente o por sí mismo, sino también puede hacerla motivando activamente a otros intervinientes del delito (v.gr. el cómplice convence al autor que lleve al hospital al herido de muerte) o a terceros, v.gr. solicitando el auxilio de la policía para evitar la huida con el botín de los intervinientes en el hurto, de los bomberos para impedir que el incendio mate a la víctima, o de los médicos para evitar la muerte del envenenado.

d. En sentido similar a lo señalado para el artículo 18 GP, los requisitos básicos de esta forma desistimiento son:

d.1 . Que el autor haya dado -individual o conjuntamente con otro- comienzo a la fase ejecutiva del delito; o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe satisfaga el principio de ejecución, por obra del autor.

d.2. Que el autor haya concluido -individual o conjuntamente con otro-la fase ejecutiva del delito; o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe sea ejecutada por completo.

d.3. Que el agente (autor o partícipe) impida o evite voluntariamente que se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico.

e. Finalmente, cabe señalar que en esta forma de desistimiento, a diferencia de lo que ocurre con otras modalidades que comprende el artículo 19 CP, es menester que el agente tenga éxito en la evitación del resultado, es decir, que logre efectivamente que el resultado típico no se produzca, de modo tal que ni el bien jurídico se vea lesionado ni el delito se consume; no bastando, por tanto, solo el "esforzarse seriamente" (por impedir el resultado) que, en cambio, sí satisface a la modalidad de desistimiento como evitación de que se continúe con la fase ejecutiva del delito.

1. Ejemplos: A induce a B a matar con disparos a C, sin embargo, luego que B dispara a C, A lleva a la víctima mal herida al hospital donde le es salvada la vida;

A y B instalan una bomba en el vehículo de C, sin embargo, A desactiva la bomba antes de que estalle, etc.

B. El desistimiento como impedir la continuación de la ejecución del delito

a. La segunda forma de desistirse de la tentativa que reconoce -implícitamente (vide supra)- el artículo 19 CP consiste en impedir la ejecución del delito. De modo similar a lo señalado para el artículo 18 CP, tal conducta interruptora de la ejecución presupone que la fase ejecutiva del delito haya sido empezada pero no concluida por el autor o coautores del delito, de lo contrario no habría más fase ejecutiva que interrumpir, y precisamente es necesario aquí que el agente (autor o partícipe) que se desiste interrumpa el desarrollo de los actos ejecutivos del delito antes del agotamiento de la fase ejecutiva y de la consumación del delito.

b. En esta forma de desistimiento, el autor (individualmente o conjuntamente en coautoría) debe haber dado inicio a la ejecución del delito sin concluirla. Igualmente, la conducta a la que contribuye el partícipe debe haber sido comenzada en su ejecución por el autor o coautores pero no haber sido acabada. Pero en ambos casos, el agente (autor o partícipe) debe conseguir efectivamente la interrupción del curso causal de la tentativa no concluida (dirigido a la consumación del delito), de modo que impida la continuación de la ejecución del delito por parte de los otros intervinientes, y con ello, evite que el delito se consume. Aquí, por tanto, al desistirse el agente, todavía deben quedar actos ejecutivos por realizar, consistiendo el desistimiento precisamente en lograr impedir que estos actos ejecutivos sean proseguidos por los demás

intervinientes en el delito. En consecuencia, se trata del desistimiento de una tentativa in acabada (como interrupción de la fase ejecutiva), que consiste en impedir que ella se siga realizando, deteniendo su ejecución.

c. En el desistimiento que consiste en la efectiva interrupción del curso causal cuando no ha sido concluida la fase ejecutiva, el agente (autor o partícipe) no solo debe tener subjetivamente la voluntad de no querer consumar el delito, sino que debe exteriorizar objetivamente dicha voluntad a través de un acto de interrupción de la fase ejecutiva. Un acto de evitación de tal naturaleza puede realizarse tanto de manera omisiva como activa. Omisiva, puesto que la fase ejecutiva se puede dejar de ejecutar (cuando la abstención del agente de seguir actuando es suficiente para impedir la ejecución de los demás intervinientes, v.gr. dos coautores de tres, dejan de empujar la roca pesada que pretendían hacer caer sobre X, con el efecto de que este último por sí solo no puede concluir la ejecución del homicidio). Activa, puesto que el agente puede impedir mediante un hacer comisivo que los otros intervinientes prosigan con la ejecución delictiva (v.gr. el cómplice, compadecido por la víctima, logra ahuyentar a los coautores en una tentativa de violación sexual).

d. Los requisitos básicos de esta forma de desistimiento son:

d.1. Que el autor haya dado -individual o conjuntamente con otro- comienzo a la fase ejecutiva del delito; o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe satisfaga el principio de ejecución, por obra del autor.

d.2. Que el autor individual o los coautores no hayan concluido la fase ejecutiva del delito, o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe no haya sido ejecutada completamente por el autor o coautores.

d.3. Que el agente que se desiste (autor o partícipe) impida que los demás intervinientes continúen o completen la fase ejecutiva del delito.

e. La conducta que logra evitar que la ejecución siga siendo ejecutada por los demás intervinientes debe provenir del agente que se desiste; este puede realizar la conducta personalmente o puede motivar a los otros intervinientes o a terceras personas. Incluso, a veces será suficiente que el agente haya colaborado a la evitación de la ejecución en virtud de la influencia que ha ejercido sobre otro interviniente. El desistimiento como evitación de la ejecución del delito (y también como evitación de la producción del resultado) es especialmente posible cuando de común acuerdo, se produce el desistimiento de todos los intervinientes en el delito.

. 1. Ejemplos: A induce a S a robar a C, pero S, habiendo iniciado el robo, se desiste; el cómplice en el robo abandona su puesto de vigilancia, con el efecto de que los otros intervinientes deben abandonar sus planes; el inductor comunica a la futura víctima que el autor ha instalado una bomba en su auto; si el inductor o el cómplice influyen sobre el autor para que no cometa el delito, ambos son impunes por desistimiento; X, que ha sido envenenado por Y en complicidad con Z, es llevado por Yo por Z al hospital, donde le salvan la vida. Otros ejemplos: el inductor impide que el autor que se apresta a disparar lo

haga; el cómplice arrebató el arma con la que el autor iba a disparar; el cómplice de un asesinato, que se había de perpetrar mediante el consumo de sucesivas dosis de veneno, se niega en un determinado momento a seguir entregándolo, con lo cual impide la ejecución; la cónyuge omite llevar a su marido al lugar en el cual iba a ser asesinado.

C. El desistimiento como esforzarse seriamente por impedir la ejecución del delito

a. La tercera forma de desistirse de la tentativa que reconoce el artículo 19 CP consiste en esforzarse seriamente por impedir (la continuación de) la ejecución del delito. Para hacer viable e individualizar esta forma de desistimiento a) al igual que en el caso anterior, la fase ejecutiva del delito debe ser empezada pero no concluida por el autor o los autores del delito, de lo contrario, no habría más fase ejecutiva que intentar interrumpir, b) pero además el agente (autor o partícipe) que se desiste en este caso debe (solo) pretender interrumpir el desarrollo de la fase ejecutiva del delito antes de su culminación. Una tentativa acabada es incompatible con la exigencia de que el agente (autor partícipe) que se desiste pretenda interrumpir el desarrollo de los actos ejecutivos del delito antes del agotamiento de la fase ejecutiva (en cualquier caso, por más esfuerzo serio que realice el agente, nunca podría interrumpir lo ya ejecutado completamente). Al contrario, al desistirse el agente, todavía deben quedar actos ejecutivos por realizar, consistiendo el desistimiento precisamente en el intento por impedir que estos actos ejecutivos sean proseguidos por los demás intervinientes en el delito. En consecuencia, se trata también del desistimiento de una tentativa inacabada, que consiste en intentar esforzadamente impedir que ella se siga realizando o intentar esforzadamente detener su ejecución.

En esta forma de desistimiento, el autor (individualmente o conjuntamente en coautoría) debe haber dado inicio a la ejecución del delito sin concluirla (debe haber actos ejecutivos por realizar). Igualmente, la conducta a la que contribuye el partícipe debe haber sido comenzada en su ejecución por el autor o coautores pero no haber sido acabada.

b. En este supuesto del artículo 19 CP, como se deduce, no es necesario que el agente (autor o partícipe) que se desiste deba también lograr efectivamente la interrupción del curso causal de la tentativa no concluida, es decir, impedir con éxito la continuación de la ejecución del delito por parte de los otros intervinientes.

Al contrario, lo que caracteriza a esta modalidad de desistimiento es que el agente a pesar de su esfuerzo serio- fracasa en su intento por impedir que los demás intervinientes prosigan realizando los actos ejecutivos. Por tanto, esta modalidad de desistimiento -a diferencia de todas las demás formas de desistimiento que reconoce nuestro CP- requiere que la tentativa delictiva haya desembocado en la consumación del delito: la tentativa cuya ejecución se pretende detener (sin éxito) se desarrolla aquí hasta la consumación (el menoscabo del bien jurídico se produce). Bastará consecuentemente para esta forma de desistimiento que el agente intente o pretenda impedir que estos actos ejecutivos no sean proseguidos por los demás intervinientes en el delito. Sin embargo, ello no significa que este intento de detener la ejecución delictiva

pueda ser de cualquier entidad. El artículo 19 CP exige expresamente que el agente que se desiste debe "esforzarse seriamente" en tratar de evitar la continuación de la ejecución del delito (vide infra). De otro lado, las causas por las que el agente no logra obtener la evitación de la ejecución del delito por parte de los demás intervinientes pueden ser diversas; en realidad puede tratarse de cualquier circunstancia externa ajena a la voluntad del que se desiste; v.gr. la energía criminal de los demás intervinientes.

c. En el desistimiento que consiste en esforzarse seriamente por interrumpir el curso causal cuando no ha sido concluida la fase ejecutiva, el agente (autor o partícipe) no solo debe tener subjetivamente la voluntad de no querer consumir el delito, sino que debe exteriorizar objetivamente dicha voluntad a través de un acto dirigido a la interrupción de la fase ejecutiva, en la que ha tomado parte (autor, coautor) o a la que ha favorecido (inductor, cómplice), que continúan los otros intervinientes. Evidentemente, todo esfuerzo serio por impedir la continuación de la ejecución del delito implica un hacer activo, comisivo. Si el agente (autor o partícipe) solo omite actuar y la ejecución en efecto se detiene, ciertamente podrá fundarse desistimiento, pero la conducta pertenece a otro supuesto (en el que efectivamente se evita la ejecución del delito). Si por el contrario, el agente solo omite y no logra impedir la ejecución, no se puede decir que -permaneciendo inactivo- se haya esforzado seriamente por impedir la ejecución, como lo requiere el artículo 19 CP (sobre el significado del "esforzarse seriamente", vide infra).

d. Los requisitos básicos de esta forma de desistimiento son:

d.1. Que el autor haya dado -individual o conjuntamente con otro- comienzo a la fase ejecutiva del delito; o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe satisfaga el principio de ejecución, por obra del autor.

d.2. Que el autor individual o los coautores no hayan concluido la fase ejecutiva del delito, o que la conducta a la que ha prestado su aporte el partícipe no haya sido ejecutada completamente.

d.3. Que el agente que se desiste (autor o partícipe) se esfuerce seriamente por impedir que los demás intervinientes continúen o completen la fase ejecutiva del delito.

e. De modo similar a lo que sucedía en el caso anterior, el esfuerzo serio debe provenir del agente (autor o partícipe) que se desiste, pudiendo tratarse de un esfuerzo personal, de un esfuerzo motivador del desistimiento de otros intervinientes o de la intervención de terceros. Ejemplos: el coautor trata de convencer a sus coautores a desistirse, abandona la ejecución del delito y llama a la policía, no obstante lo cual el delito llega a consumarse; A induce a B a robar a C, pero A, habiéndose iniciado el robo a C, trata a toda costa de evitar que B lo consume; el cómplice se esfuerza por desactivar la bomba que se ha colocado en el auto de la víctima; X, que ha sido envenenado por Y, es llevado inmediatamente por Y al hospital, donde los médicos no le pueden salvar la vida; el inductor se esfuerza por impedir que el autor, que se apresta a

disparar, lo haga; el cómplice se esfuerza por arrebatarse el arma con la que el autor se disponía a disparar.

IV. El significado del "esforzarse seriamente" Según el artículo 19 CP, en caso la tentativa desemboque en la consumación del delito aún subsiste una posibilidad de fundar la impunidad por desistimiento, la cual, conforme al precepto aludido, se concede por excepción al agente (autor o partícipe) que se haya "esforzado seriamente" por impedir que los demás intervinientes en el delito prosigan con la ejecución del hecho. Evidentemente, el "esforzarse seriamente" presupone que el intento por evitar la continuación de la ejecución no ha tenido éxito, es decir, ha fracasado en cuanto a su pretensión por impedirla. En tal sentido, carece de sentido evaluar un "esfuerzo voluntario" si ya se ha logrado impedir la ejecución por impulso decisivo del agente.

Del propio texto legal se deduce una cualificación especial del intento impeditivo de la consumación: se exige una pretensión seria y esforzada del agente por impedir que se prosiga la fase ejecutiva. No puede ser suficiente para la impunidad, por tanto, ni que el agente solo se haya abstenido de seguir actuando o haya renunciado a la ejecución del delito, ni que permanezca inactivo cuando los demás intervinientes siguen obrando; tampoco basta que el agente se limite solo a retirar o retrotraer su aportación o contribución al hecho ni que haya intentado de cualquier manera impedir tal ejecución; no basta tampoco que el agente realice un único intento para impedir la ejecución si puede continuar procurando conseguirlo. Si en todos estos casos, los demás intervinientes en el delito prosiguen ejecutando la tentativa delictiva, el agente no puede alegar haberse "esforzado seriamente" por evitar la ejecución, ni, por tanto, quedar impune por desistimiento.

No existe una fórmula acabada, aplicable a todos los casos, para establecer cuándo el agente se ha esforzado seriamente en su pretensión por impedir la continuación de la ejecución del delito. El "esfuerzo serio" debe determinarse y valorarse en cada caso concreto, y no en relación con hipótesis diversas. Así en determinado supuesto puede bastar la sola abstención del agente a seguir actuando o el solo retiro de su aporte al hecho, para provocar que los demás intervinientes efectivamente se desistan de la ejecución del delito, mereciendo la impunidad. En cambio, en otro supuesto, las mismas conductas o incluso conductas más empeñosas o decididas del agente, pueden resultar insuficientes para estimar una pretensión seria y esforzada. Ello quiere decir que la conducta que en un caso es suficiente para lograr incluso la evitación de la ejecución, puede no serlo en otro, ni siquiera para fundar un esfuerzo serio; v.gr. hay desistimiento si el agente -que sabe la inexperiencia y el temor de los ejecutores- con el solo hecho de retirarse de su puesto de vigilancia en la tentativa de hurto consigue la retirada de los demás intervinientes; en cambio, en otro caso, no hay si el agente solo se retira de su puesto de vigilancia y los demás intervinientes continúan ejecutando el hurto, pues con la realización de esta sola conducta no se puede decir que el agente se haya "esforzado seriamente".

"Esforzarse seriamente", en términos generales, significa empeñarse decididamente en la consecución del fin pretendido, agotando o tratando de

agotar los medios de los que se dispone para ello. Implica pues un decidido despliegue de actividad consistente en hacer todo lo razonablemente exigible por conseguir un fin. El esfuerzo no es jurídico-penalmente exigible en grado absoluto sino relativo, hasta cierto punto; solo es exigible un esfuerzo razonable al agente; de modo tal, que no implique una grave afectación a sus bienes jurídicos fundamentales (a tal valoración resultan útiles las reglas de preponderancia de bienes jurídicos propias del estado de necesidad justificante y también exculpante). No es exigible, por tanto, que el agente llegue a poner en peligro su vida o integridad física si lo que pretende impedir es una tentativa de hurto (por el contrario, el sacrificio de la vida no es jurídicamente exigible en ningún caso). El agente debe realizar el despliegue decidido de actividad agotando todos los medios a su alcance por evitar la continuación de la ejecución del delito por parte de los demás intervinientes. Si realiza una conducta y no logra la evitación, debe sucesivamente efectuar otra si esta está también a su alcance.

v. El desistimiento como circunstancia personal incommunicable entre los autores y partícipes del hecho El desistimiento regulado en el artículo 19 CP no tiene una naturaleza jurídica (ni tampoco una ubicación sistemática) diferente al desistimiento regulado en el artículo 18 CP: constituye una causal personal de exclusión de la punibilidad; sus efectos se producen fuera de la estructura delictiva (sobre ello, vide *supra* 6)). .

Consecuencia de tal naturaleza jurídica y ubicación sistemática del desistimiento de la tentativa del artículo 19 CP es la de constituir una circunstancia de naturaleza personal incommunicable entre autores y partícipes. Ello quiere decir que el desistimiento de un agente únicamente lo exonera de pena a él personalmente, sin afectar la responsabilidad penal de los demás intervinientes en el delito no desistidos. El efecto de impunidad por desistimiento de la tentativa delictiva solo debe ser otorgada individualmente a la persona que ha actuado conforme al artículo 19 CP, y solo a ella. Así, en caso de la intervención de una pluralidad de agentes (autores y partícipes) en un mismo hecho delictivo (v.gr. varios coautores y cómplices) únicamente quedará exento de pena aquel agente que voluntariamente impidiera el resultado o la ejecución del delito, o se esforzara seriamente por impedir esta última (artículo 19 CP); mientras que los demás intervinientes que no se desisten en la tentativa son punibles según su contribución al hecho y según el hecho haya quedado solo en tentativa o se haya consumado. Consecuencia de ello es que los restantes intervinientes (coautores, inductores o cómplices) necesariamente deben, por su parte, desistirse si quieren merecer la impunidad; v.gr. el desistimiento de un autor no beneficia a los otros autores ni a los partícipes, ni el desistimiento de estos a aquel; cada interviniente debe realizar personalmente el elemento fundante de privilegio. Conforme al artículo 19 CP, los intervinientes solo pueden alcanzar la liberación de la pena si evitan personalmente y en forma voluntaria la consumación.

. Crítica desde el principio del hecho propio

El artículo 19 CP exige, en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito, por un lado, que el agente (autor o partícipe) evite con éxito que los demás

intervinientes prosigan con la ejecución del delito. Por otro lado, exige que el agente (autor o partícipe), en caso no haya logrado impedir la ejecución del delito, por lo menos se haya esforzado seriamente por impedirla. Sin embargo, las razones de estas exigencias no están muy claras. Es cierto que en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito, el agente se encuentra involucrado no solamente en el hecho por él realizado aisladamente, sino en el evento delictivo considerado en su conjunto, y que un hecho realizado por varias personas dota de mayor peligrosidad a la acción. Ello, sin embargo, no es razón suficiente para supeditar la impunidad del agente (autor o partícipe) a que logre efectivamente evitar que los demás intervinientes continúen ejecutando el delito, es decir, evitar el hecho globalmente considerado, o se esfuerce seriamente a tal fin. Desde el enunciado incuestionable del principio de responsabilidad por el hecho propio (por el que cada persona individualmente responde por sus propios actos), se debería poner en duda, por ejemplo, que la anulación de la contribución o aporte al evento delictivo o la renuncia a seguir actuando por parte del agente no baste para su impunidad por desistimiento(7). Así, por ejemplo, si en un delito en donde intervienen dos coautores uno de ellos se desiste, este debe ser impune así el otro siga ejecutando el delito; si en un delito en donde intervienen un cómplice y un autor, el cómplice se desiste, este debe ser impune, aun cuando no se esfuerce seriamente y el otro siga ejecutando el delito, etc. Asimismo, si el aporte del cómplice secundario es de tan poca importancia que su desistimiento no afecta la realización del delito, debería bastar su mero abandono del hecho. La exigencia del éxito de la conducta interruptora, sin embargo, está justificada en el desistimiento de la tentativa acabada como evitación de la producción del resultado.

DOCTRINA

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia, 1999. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2~ edición. Uma, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo.

Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 11. Astrea. Buenos Aires, 1994. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Rodríguez, Muñoz. Revista de Derecho Privado. 2~ edición. Madrid, 1992. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5~ edición. Barcelona, 1998. MUÑOZ CONDE, Francisco. "El desistimiento voluntario de consumir el delito". Bosch. Barcelona, 1972. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch.

Valencia, 1996. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General".

Grijley. Uma, 1995. STRATENWERT, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal.

Parte General". San Marcos. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Uma, 1990. VaN LISZT. "Tratado d. Derecho Penal". Traducción de Jiménez de Asúa. Tomo 111. 2~ edición. Madrid, 1921J. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yañez Pérez. Santiago de Chile, 1970. WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1980.

- (1) En tales casos, carece de sentido alegar desistimiento de la tentativa delictiva, pues mal se puede interrumpir lo que típicamente aún no ha acontecido, y permanece en estadios jurídico-penalmente irrelevantes. Por otro lado, es necesario distinguir la participación de la tentativa de la participación intentada. En la primera, el acto de participación tuvo éxito en cuanto tal (así en la inducción se ha fundamentado la decisión del hecho al autor principal), en cuanto el hecho principal ha fracasado. En cambio, en la segunda, la participación ha fracasado, sea porque el autor principal no ha mostrado inclinación al hecho, sea porque este ha rechazado la ayuda ofrecida, (2) El DP alemán, en cambio, regula el desistimiento en la tentativa de intervención, sobre ello vide STRATENWERTH Gunther. "Derecho Penal. Parte General", Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. Pág. 271; JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Págs. 644 y sgte.; JAKOBS, GOnther, "Derecho Penal. Parte General". Traducción por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Págs. 935 y sgte.
- (3) Sobre ello vide MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 457; COBA DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General", Tirant lo Blanch. 51 edición. Valencia, 1999. Pág. 755; STRATENWERTH. Op.Cit. Pág. 261; en la doctrina nacional, vide HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 21 edición. Lima, 1987. Pág. 560; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. Pág. 298; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001. Pág. 328.
- (4) El tratamiento de este punto véase en el comentario al artículo 18 CP.
- (5) El tratamiento de este punto véase en el comentario al artículo 18 CP.
- (6) El tratamiento de este punto véase en el comentario al artículo 26 CP.
- (7) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 499.

CAPÍTULO III

CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

ANOMALÍA PSÍQUICA, GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA Y ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;
(...)

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 43.3, 565, 1975, 1976

C.J.M. arto 19.1

C. DE P.P. arts. 189, 191

C. P. arts. 71, 77

Comentario

José Luis Castillo Alva

I. Generalidades

El Código Penal cuando se refiere a la anomalía psíquica en la determinación de las causales de inimputabilidad presentes en el artículo 20 inciso 1, se inclina por enunciar y partir de una fórmula de carácter biológico-psiquiátrico(1). Sin embargo, en el artículo 20 inciso 1 se da cabida, además, a un importante criterio normativo o valorativo-jurídico, que se deriva de la exigencia que (por la anomalía Psíquica) la persona "no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión".

Como veremos luego, para lograr una correcta homogenización entre un criterio y otro, además de recurrir a una interpretación teleológica, es necesario determinar en todo momento en qué medida la presencia de una anomalía psíquica impide a la persona comprender el carácter o el significado de su hecho. A nuestro criterio (vide infra) la anomalía psíquica y las otras circunstancias descritas en la ley solo tienen sentido cuando impiden a la persona comprender el sentido y la trascendencia de su acto.

Por ello, la inicial fórmula biológico-psiquiátrica debe complementarse con puntos de vista valorativos que tengan en cuenta: 10 La real capacidad de comprensión del sujeto; y 20 La posibilidad de dirigir su conducta conforme a dicho entendimiento. Debe quedar claro que la capacidad de comprender no es suficiente ni decisiva por sí sola, pues debe también concurrir la necesidad que por la anomalía psíquica no se pueda determinar la conducta conforme a

sentido(2). Los dos requisitos deben concurrir. Empero, ambos supuestos, si bien suelen complementarse, puede que falten en el caso concreto uno u otro(3), tornando de este modo en inaplicable el precepto.

"Anomalía", según el Diccionario de la Real Academia Española, es irregularidad y discrepancia con una regla(4). La anomalía psíquica alude a un fenómeno de desviación de lo norma(S) en cuanto al desarrollo de la vida psíquica de la persona, la cual, para surtir los efectos, debe tratarse de una desviación grave y profunda. Se descarta de plano las anomalías que constituyen una ligera modificación o desviación tenue del psiquismo del sujeto. Estas carecen de relevancia jurídico- penal.

El concepto de anomalía, como también el de anormalidad o normalidad, es relativo y se encuentra sometido no solo a los condicionamientos histórico-culturales(6), sino al desarrollo de la ciencia psiquiátrica (con sus módulos y paradigmas de referencia(7» y a las valoraciones jurídicas que presiden la labor del juez o del tribunal(8). No se puede ocultar el hecho de que pese al esfuerzo de precisar el contenido Y límites de la anomalía psíquica esta aparezca cargada de cierta incertidumbre en su mensuración concreta(9). Con todo, su empleo en la formulación legislativa de las causas de inimputabilidad resulta más apreciable y correcta que la remisión a otros términos, como el de enajenado, que se utilizaba en la legislación española anterior a 1995 y que no solo encerraba una notoria imprecisión, sino que era incompatible con las denominaciones contemporáneas que la ciencia psiquiátrica y penal prodigaba a la enfermedad mental, sin contar, por cierto, la carga peyorativa a la que hacía referencia(1Q),

La anomalía psíquica se caracteriza por producir trastornos que afectan no solo la actividad intelectual, sino posiblemente todos los ámbitos de la vida psíquica(11) en los que se incluye la afectividad, el pensamiento, la emotividad, la imaginación o la capacidad de interacción social(12). Por ello, se apunta que la referencia a anomalía o trastorno psíquico abarca todos los ámbitos psíquicos(13), aunque no supone necesariamente la pérdida de todas las facultades mentales o psíquicas(14).

Empero, debería efectuarse una precisión ulterior en el sentido de exigir que la anomalía psíquica, más que perjudicar a todos los ámbitos de la vida psíquica, debe afectar el núcleo de la personalidad del sujeto, y en especial ha de relacionarse directamente con la clase o entidad del delito cometido, puesto que algunas anomalías psíquicas suelen afectar gravemente parcelas de la vida del sujeto, pero no impiden que el sujeto pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o que pueda motivarse y dirigir su comportamiento conforme a dicho entendimiento. Solo así se evitaría que la anomalía psíquica se vea como una excusa para cometer delitos. Por ello, ha de existir una conexión y relación de causalidad entre el delito cometido y la clase, naturaleza e índole de la anomalía psíquica.

Debe quedar claro que la anomalía psíquica no es sinónimo de enfermedad mental, la cual tiene un alcance más restringido y es un término que va siendo abandonado paulatinamente por la ciencia psiquiátrica. La anomalía psíquica

abarca otras alteraciones de la personalidad que no constituyen propiamente una enfermedad mental(15).

Por otro lado, como se ha puesto de relieve, pero no siempre con el eco adecuado, la constatación de la presencia de una enfermedad mental puede ser condición necesaria pero nunca suficiente para establecer una relación causal con el acto delictivo(16). Una personalidad psicótica, neurótica o esquizofrénica no supone que todos los actos de la vida (entre los que puede incluirse a la eventual comisión de un delito) van a estar signados directamente por dicha dolencia, sino que se debe comprobar caso por caso y en concreto si el hecho cometido es, manifestación de su anomalía psíquica o se debe a la concurrencia de otra serie de factores que de concurrir, no pueden eximir, sino a lo sumo atenuar o en algún caso.

En los casos de inalterada, la responsabilidad penal.

La anomalía psíquica no debe equipararse, dado que tiene una base estructural diferente, al estado de inconsciencia, hecho que obliga a un tratamiento y ubicación jurídico-penal distintos: mientras la anomalía psíquica es siempre una causal de inimputabilidad, el estado de inconsciencia es una causa de ausencia de acción. Asimismo, debe distinguirse la anomalía psíquica de la enfermedad mental(17) o la alineación mental. La primera tiene un terreno de cobertura más amplio que la segunda, la cual solo se restringe al campo de las perturbaciones intelectuales. De identificarse o si se considera más amplia y extensa la denominada enfermedad mental, se llegaría a la paradoja de plantear que las personas afectadas por psicopatías agudas, los esquizofrénicos o los toxicómanos, siempre son inimputables(18).

A efectos penales resulta indiferente la etiología por la que se produce la anomalía psíquica(19), aunque la mayoría de veces sea por causas corporales-orgánicas o por enfermedades corporales que responden a una lesión o patología del cerebro(20). Puede tratarse tanto de desviaciones perjudiciales o negativas en un estado de salud no perturbado, v.gr. un individuo comienza a sufrir una patología psíquica; como de una anormalidad que existe con anterioridad, v.gr. dolencias congénitas(21). No importa si la anomalía o trastorno psíquico afecta de manera directa y frontal a la actividad espiritual del sujeto -y con ello a la comprensión y motivación de la conducta- o solo ejerce un efecto dañino mediato o secundario(22).

Las anomalías psíquicas deben distinguirse de las simples debilidades de carácter, de las falencias que derivan de una correcta base educativa o cultural, de las limitaciones éticas o morales de la persona que la hacen proclive o fácilmente sugestionable al hecho, o de la particular perspectiva del sujeto acerca de la vida.

No sufre de anomalía psíquica quien en temas de sexualidad es lo suficientemente abierto y promiscuo que no duda en tener relaciones sexuales con cualquiera, independientemente del sexo o la edad, o aquel que cree que las prácticas sexuales monogámicas o con restricciones son prueba de una sociedad cerrada y prejuiciosa.

La anomalía psíquica puede ser permanente o transitoria, como puede ser congénita o adquirida. A la ley no le interesa el tiempo de su duración, sino los efectos que despliega en el momento de la comisión del delito. Por ello, resulta indiferente para el supuesto que tratamos si la anomalía psíquica aparece en sus síntomas antes de la comisión del delito o recién se revela en el mismo. Lo esencial es saber si ha concurrido o no en la ejecución del hecho. En caso exista una comprensión del acto subsiste la responsabilidad penal a la que se refiere el artículo 20 inciso 1.

De manera general la anomalía psíquica tiene una evolución variable, ya que puede avanzar o retroceder, agravarse o aliviarse(23), pero de todos modos tiene una duración en el tiempo(24). Ella puede evidenciarse tras un examen directo, por ejemplo por medio de un análisis médico, de una radiografía o un electroencefalograma (si la anomalía tiene una base anatómica) o a través de un juicio inductivo que lo demuestre, como sucede en el caso de la esquizofrenia(25).

El concepto de anomalía psíquica está sujeto a un permanente desarrollo y se encuentra supeditado a la mayor o menor precisión que se alcance en la ciencia psiquiátrica(26). No se puede plantear un catálogo cerrado de anomalías ni un cuadro gnoseológicamente definido. En realidad, se debe tratar sobre todo de una situación morbosa de la personalidad, aunque no se encuentre definido clínicamente(27). No interesa que la condición de la persona sea exactamente catalogable en el manual de anomalías psíquicas que se pueda encontrar en un libro de psiquiatría o en un tratado de medicina(28). Al Derecho Penal no le interesa resolver problemas de la psiquiatría, ni entrar a debatir cuestiones científicas que no son de su incumbencia(29), sino solo solucionar el caso concreto. Por ello, la referencia a la anomalía psíquica no debe verse como una cuestión categorial o una cuestión netamente terminológica, sino desde una necesidad de la praxis judicial.

Asimismo, la concurrencia de una anomalía psíquica no puede condicionarse a la demostración de un proceso orgánico morboso o patológico o a la necesidad de que la perturbación tenga esa base, solo basta un disturbio psicopatológico que afecte la comprensión y motivación de la conducta(30). Con razón, puede afirmarse que más importante que acreditar una base biológica de la anomalía es necesario demostrar su base psiquiátrica, pero sobre todo su relevancia jurídica(31).

Resulta indispensable exigir un nexo o vínculo entre la anomalía psíquica y la incapacidad de querer o entender o de motivarse conforme a dicha comprensión (32). La ley condiciona, en este caso, que la no comprensión del acto se funde y resida en la anomalía psíquica. Esta relación entre anomalía psíquica y delito ha de ser lo más estrecha y específica posible, debiéndose requerir una relación directa en una suerte de relación de causa y efecto. Se ha de valorar no solo su exclusiva concurrencia, sino el ámbito de la personalidad que afecta. Así, la cleptomanía tal vez pueda exonerar de responsabilidad penal si se comete un hurto (33), pero no eximirá si lo que se realiza es un asesinato; como un epiléptico o un psicótico tal vez no llegue a ser castigado, según el caso, por un hecho de sangre mas su responsabilidad estará intacta si comete una apropiación indebida o una estafa(34) .

Entre las principales anomalías psíquicas que la doctrina penal y la ciencia psiquiátrica enumeran de manera casi unánime como las que impiden la comprensión o determinación de la conducta, según dicho entendimiento, se citan la psicosis, las psicopatías y la neurosis. Aquí se incluyen también a la oligofrenia, pero por razones sistemáticas esta la estudiaremos al ocupamos del retardo mental.

II. La psicosis La psicosis se define como una condición morbosa que comporta un desorden mental de especial gravedad, una disgregación más o menos grave de toda la personalidad, que resulta global mente comprometida y no solo sectorialmente alterada como en las neurosis y las psicopatías, y que por lo general incapacita a una adecuada valoración de la realidad(35). La característica tradicional de la psicosis es lo incomprensible de la motivación de la conducta y la ejecución del acto, las limitaciones del lenguaje y el hecho de que los esquemas normales de razonamiento se encuentren poco desarrollados.

Las psicosis se dividen en psicosis exógenas u orgánica, llamadas también enfermedades psíquicas genuinas o psicosis física o corporalmente fundadas(36), y psicosis endógenas, denominadas desviaciones normativas de la personalidad(37). La base orgánica solo puede ser probada en el caso de las psicosis exógenas (como la parálisis), mientras que en el caso de las endógenas ellas solo pueden ser postuladas, sin que sea posible demostrarlas(38). No obstante, como ha sido remarcado por JAKOBS, la relación orgánica de la anomalía o la alteración, "tiene, jurídico-penalmente, solo la función de conferir seguridad al diagnóstico psíquico o de llamar la atención sobre un diagnóstico psíquico relativamente discreto"(39). Sigue siendo, por lo demás, dudoso precisar hasta qué punto es posible distinguir entre perturbaciones condicionadas somática o constitucionalmente y otras que solo son consecuencia del desarrollo de la vida y de la personalidad del sujeto(40). El límite entre una enfermedad y una anormalidad se funda muchas veces en una pura postulación que no suele o debe necesariamente comprobarse experimentalmente en el caso concreto. Debe remarcarse, asimismo, que la exigencia en todos los casos de una base corporal o de una dolencia somática para que la anomalía exima de responsabilidad no es más que un recuerdo, lamentable, del pensamiento causal y mecánico que presidió el desarrollo de las ciencias psiquiátricas y psicológicas, y que hoy sin el menor cuestionamiento puede y debe abandonarse(41) .

Las psicosis exógenas -como su propio nombre lo indica- son producidas por causas externas al organismo, las cuales al ingresar afectan al cerebro generando su disfuncionalidad. Entre las más comunes destacan las psicosis traumáticas (debido a lesiones cerebrales), las psicosis seniles, psicosis por infección (parálisis progresiva), las psicosis por intoxicación de drogas o alcohol(42), la epilepsia, llamada dolencia convulsiva orgánico-cerebral, la arterioesclerosis, etc.

Las psicosis endógenas son aquellas que se consideran originadas por el propio organismo de la persona o que procede del interior del cuerpo. Entre las más frecuentes tenemos:

1. La esquizofrenia, llamada también demencia precoz y que afecta a las personas más jóvenes que frisan los 18 a 25 años. Tiene un curso crónico que consiste en una profunda alteración de la conciencia del yo y del mundo, con la característica de que no se reconoce la realidad y hay una disgregación de la vida psíquica que rompe la relación habitual entre el sujeto y la realidad. Existe una suerte de autismo del esquizofrénico, que no se relaciona con el medio ambiente, y una incompreensión del mal, que impide entrar en contacto con el paciente. La sintomatología se da a través de la disociación (rotura de la normal conexión del pensamiento o del lenguaje), la alteración de la afectividad (ausencia o escasez de respuesta afectiva con la persona o cosa), la alucinación visual o auditiva, a lo que se agrega, muchas veces, un delirio de grandeza o de persecución. La peligrosidad del esquizofrénico es oscilante, dependiendo del desarrollo de la enfermedad y de la circunstancia en la que se encuentra, aunque siempre debe destacarse que su actuación y comportamiento suelen ser impredecibles, sin motivación conocida o racional, o pueden tener una descarga explosiva fulminante.

2. La paranoia, que abarca un grupo de manifestaciones psíquicas diferenciadas que van desde la lucidez al delirio más intenso. Su aparición es lenta y a veces imperceptible que abraza, a diferencia de la esquizofrenia, algunas de las parcelas más importantes de la vida anímica del sujeto. El sujeto suele mantenerse en el límite de la verosimilitud y no organiza de modo coherente su conducta; se expresa a través de un delirio de grandeza, como el tener demasiado autoestima, que lo hace asumir poses pseudo científicas o pseudo filosóficas; de un delirio de persecución, que lo lleva, por ejemplo, a solicitar identificación a las personas que se involucran con él o que es odiado por algún tipo de personas (capitalistas, obreros, blancos, negros, mujeres o niños, etc.); de un delirio de querella, que lo hace sostener litigios o riñas con terceros por el más nimio motivo o razón, porque cree que la causa es justa o porque imagina que con ello logrará evitar un perjuicio futuro a su persona, bienes o familia; de un delirio místico o religioso, que le hace creer que es portador de una misión divina en la tierra, como el mesías o profeta elegido. En este caso, el tipo y clase del delirio informante de la paranoia deben llevar a analizar si guardan o no relación con el delito cometido o con la circunstancia que lo desencadenó.

3. Las psicosis maniaco-depresivas, son aquellas que suponen una profunda alteración de la afectividad, sobre todo del humor y de la alegría o la tristeza. En la psicosis depresiva la melancolía o la tristeza domina y recorre la personalidad, limitando la ideación, la voluntad o la acción. La realidad se percibe de manera pesimista y con una profunda congoja, la presencia en el mundo se ve como un duro e inmerecido castigo, siendo una idea más o menos constante la ejecución del suicidio o la instigación al mismo. La vida para el depresivo no tiene ningún sentido, odia o ve con indolencia a los demás, a los compañeros o incluso a la misma familia o hijos. En la psicosis maniaca, por su parte, el sujeto percibe de manera eufórica y descontrolada

todo hecho, se toma la mayoría de cosas o proyectos como posible y de ejecución fácil. Si va acompañada de insensibilidad y egoísmo puede desencadenar en actos de crueldad para satisfacer determinados apetitos o en crímenes graves.

. 4. La psicosis epiléptica se caracteriza por ser una afección psíquica que tiene descargas hormonales espontáneas, a manera de disturbio paroxístico y transitorio de la actividad cerebral, que aparece de improviso, cesa repentinamente y tiende a repetirse en el tiempo, y que es provocada por una alteración anatómica irritable del cerebro o de una alteración de naturaleza hereditaria o constitucional. Se distingue entre psicosis epiléptica de "gran mal", "de pequeño mal", y de mero "ataque psicomotor". Cada una de las clases de epilepsia condiciona su tratamiento jurídico. Así, por ejemplo, consideran algunos que la epilepsia de gran mal, al ser productora de un estado de inconsciencia, constituye una causal de ausencia de acción y no de imputabilidad (43). El "gran mal" suele producir la pérdida de la organización de la vida psíquica que puede llegar a la demencia. Un aspecto importante de la psicosis epiléptica es el momento anterior a la crisis conocida con el nombre de aura, y que ocasiona irritabilidad o explosividad del temperamento, la que lo hace proclive a la comisión de cierta clase de delitos. En estos casos de alteración de la conciencia debe realizarse un estudio minucioso del paciente para establecer el grado y la intensidad de la perturbación, y ver si solo debe atenuarse la responsabilidad, por existir una imputabilidad disminuida, o debe exonerarse completamente de responsabilidad penal al concurrir una situación de inimputabilidad (44). La epilepsia de "pequeño mal" aparece por intervalos de tiempo más breves por lo que estos pueden ser poco perceptibles para el propio paciente; por lo demás, según su profundidad y la perturbación de la conciencia del paciente puede terminar con resultados idénticos -en cuanto a su valoración jurídico-penal- a los de la epilepsia de "gran mal". El "ataque psicomotor" representa el nivel más bajo de la epilepsia y, por lo común, no acarrea la pérdida de la conciencia o una alteración gravísima de las facultades psíquicas, pero a veces termina interrumpiendo o paralizando la actividad de coordinación o de destreza que realiza la persona, lo que la hace asumir un cambio brusco de actuación y proceder, y en algunos casos, como en el tráfico automotor o ferroviario, puede generar desenlaces fatales. Sin embargo en los ataques epilépticos es posible alegar en la mayoría de casos -para fundar la responsabilidad penal del sujeto- el actio libera in causa (acción libre en causa) o a la posible comisión culposa del evento, ya que al saber la persona que sufre dichos estados debería evitar el desarrollo de determinadas actividades. Con todo, el factor criminológico de la epilepsia no puede exagerarse. Ha de verse también que la dolencia puede acarrear como consecuencia derivada una serie de traumas de tipo orgánico y sobre todo psicológicos que pueden hacer del sujeto una persona proclive al delito, como cuando lo dotan de un carácter explosivo o de un temperamento irascible.

Si bien la psicosis aparece como una patología mental grave cuyas manifestaciones en la actuación del sujeto son de difícil entendimiento para el común de las personas, en las psicopatías y en la neurosis nos enfrentamos ante casos de vivencias comprensibles que, por lo general, adolecen también de una base orgánica patológica o de una enfermedad corporal(45).

Las psicopatías son anormalidades del carácter y de la personalidad que no son ni oligofrenias ni constituyen una especie de psicosis. Hasta hace poco gran parte de la doctrina penal no consideraba a las psicopatías como una variedad de anomalías o enfermedades psíquicas, sino que a lo sumo le daban un tratamiento de atenuante, que no eximía de responsabilidad penal; ello se debía a una larga tradición que consideraba solo como anomalía psíquica a las afecciones o alteraciones de la mente o de la esfera intelectual, y no se aceptaba que podía existir -como de hecho lo hay- anomalías psíquicas de la afectividad o de los sentimientos. Dichas tesis, muy comunes en el siglo pasado, sostenían que para eximir de responsabilidad se necesitaba que el "loco" o el "demente" actúe y ejecute el delito como bestia feroz. Nuestra jurisprudencia penal todavía conserva esta práctica atávica que debe desterrarse lo más pronto posible, si es que no se quiere contravenir el alcance constitucional del principio de culpabilidad. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se admitió la eximente cuando una grave psicopatía estaba acompañada de otra enfermedad mental, de intoxicación alcohólica o consumo de droga tóxica; aunque la regla general sentada es que las psicopatías no influían en la medida de la culpabilidad(46).

En el Derecho Penal alemán, la inclusión de las psicopatías, como causas de inimputabilidad junto a la neurosis y los trastornos del impulso sexual, se produjo, tras un largo y enconado debate a través de la referencia a "otras anomalías psíquicas graves"(47). Mientras el oligofrénico presenta déficit en cuanto a su inteligencia, el psicópata tiene un déficit o una anormalidad en su carácter(48), en sus sentimientos y voluntad(49) o, fundamentalmente, en su afectividad, aunque ello no obsta tampoco a que un psicópata pueda ser también un débil mental o una persona que tenga una inteligencia inferior.

El psicópata alberga una personalidad cuya característica es el no percatarse de su carácter anormal ni de la insensibilidad o del temperamento peculiar que posee. Frecuentemente se caracteriza a los psicópatas sobre la base de tres rasgos esenciales: a) La afectación de las funciones psíquicas profundas (intuitividad, afectividad, impulsión, etc.); b) La preservación, en términos de normalidad, de la inteligencia y de las facultades intelectuales; y c) La permanencia del trastorno(50). Ostenta además variaciones que se expresan en una pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad o la labilidad psíquica etc(51). Presenta una personalidad encubierta, atractiva y algunas veces plenamente seductora con las personas. En sus relaciones sociales no tiene por qué ser torpe o actuar de forma aislada; en algunos casos llega a tener una gran capacidad de sociabilidad(52). Se esfuerza por encubrir de una manera particular los rasgos de su carácter y personalidad, apareciendo ante los demás como un ser humano completamente normal o, incluso, interesante. El psicópata mira sus actos de manera aislada, egoísta, no mide las consecuencias ni calcula los riesgos a los que se expone luego de la realización de esta u otra conducta. Obra y punto. Es difícilmente moldeable por la experiencia, y por más errores o advertencias que tenga suele incurrir en los mismos comportamientos.

Un psicópata genuino responde normalmente como motivo y fin último de su actuación a los deseos de venganza, diseñando o urdiendo un plan para

alcanzar a cualquier costo dicha meta. No ve a los otros como personas, sino como enemigos que merecen la descarga de su ira; ello esconde, la mayoría de veces, frustraciones que lleva desde la niñez de las figuras de su entorno familiar o social ya que recuerda, distorsionando frecuentemente la realidad o tergiversando los hechos, a raíz de los castigos o dolores (físicos o psíquicos) que le infirieron. La venganza es su "ética individual".

Los continuos y persistentes deseos de venganza hacen albergar a los psicópatas la más cruda insensibilidad, la mayor falta de amor al prójimo, la ausencia de compasión y de solidaridad, llevándolos a asumir un egoísmo extremo. Es habitual que de manera impostada e hipócrita demuestren estos sentimientos siempre que obtengan algún tipo de ventaja o utilidad en su actuación actual o futura. También suele ser común entre los psicópatas la presencia de un complejo de inferioridad o de considerarse víctimas de los demás haciéndose pasar por relegados o postergados injustamente, cuestión que alienta y desarrolla mucho más su sed de venganza y de odio hacia los demás o hacia una persona determinada. La insensibilidad del psicópata en sus manifestaciones más agudas y patológicas le conduce a la comisión de los crímenes más horrendos, como asesinatos con crueldad, lesiones u homicidios sin motivo aparente (por ferocidad o placer); en la perpetración de un secuestro muchas veces dejan desfallecer por inanición a su víctima, en la comisión de una violación sexual emplean medios o modos completamente vejatorios y que imponen un gran sufrimiento a la víctima.

Sin embargo, no se crea que la personalidad del psicópata es solo compatible con la comisión de actos de crueldad o de dureza extrema, ya que también existen psicópatas refinados que, siendo igual de insensibles, no imponen un dolor adicional o innecesario a sus víctimas.

El psicópata puede haber sufrido cambios drásticos en el desarrollo y en el transcurso de su personalidad: de un hombre cobarde puede convertirse en osado, de un hombre religioso o piadoso puede pasar a ser pleitista y abusivo, de un hombre antisocial o tímido puede asumir rasgos de una gran plasticidad y sociabilidad. Sin embargo, no puede dejar de destacarse que estos cambios y mudanzas en su personalidad se producen muchas veces sobre un fondo o una base congénita innegable(53). El psicópata, asimismo, no es que no haya interiorizado nunca valores o que no pueda ser influenciado por los mismos, sino que sus motivaciones egoístas, personales y la insensibilidad predominante hacen que aquellos pasen a un segundo plano o, en los motivos que impulsan la toma de una u otra decisión, no ejerzan fuerza directriz ni relevante. Por ello, no es que el psicópata no pueda interiorizar las normas jurídicas o los valores -lo que también indudablemente puede pasar-, sino que a veces no puede motivar y orientar su comportamiento conforme a dichas pautas. Tanto en uno como en otro extremo puede descansar su inimputabilidad y su falta de responsabilidad penal. Por otro lado, como bien se apunta, no se debe confundir la personalidad psicopática de aquella personalidad que solo tiene rasgos psicopáticos(54). La mayor o menor insensibilidad de un delincuente, sus móviles egoístas, su deseo desmedido de venganza, no nos pueden llevar a pensar ya generalizar que nos encontramos ante un psicópata. Del mismo modo la llamada locura moral, o la más absoluta indiferencia hacia los valores o a las normas jurídicas, no puede conducir a

identificarla con la existencia de una forma de anomalía psíquica o psicopática que le da sustento(55).

Aquí no puede prosperar la declaración de inimputabilidad. Por ello, la comisión de un delito que en sus motivos, modo de comisión o utilización de medios no pueda ser comprensible o entendido por una persona normal, no debe terminar . en la formulación de algún falso principio en favor o en contra de la concurrencia de una posible causa de inimputabilidad, porque ello depende de la clase de personalidad del sujeto y su expresión con el tipo de delito cometido. El juez ha de realizar en concreto -y solo después de un análisis exhaustivo de los hechos, de la personalidad del agente y del respectivo informe psiquiátrico- un enjuiciamiento global del suceso y de la personalidad del autor, formándose así su opinión jurídica.

Las psicopatías pueden ser explosivas en cuanto llevan al sujeto a tener una reacción drástica o severa frente a cualquier estímulo, incluso uno irrelevante, o lo hacen caer en el más puro fanatismo por creer solo en una propia idea que le priva de sentido de autocrítica y de valoración objetiva. Aquí ingresan los fanáticos religiosos o políticos que pueden terminar desarrollando actos de sabotaje o de terrorismo. Sin embargo, para el Derecho Penal revisten especial importancia los psicópatas carentes de una mínima o nula afectividad que le priva de cualquier remordimiento (psicópatas insensibles), y los psicópatas sexuales cuya peculiaridad es la perversión sexual que se manifiesta en una hipersexualidad, en el transexualismo, la homosexualidad, sadismo o prácticas de bestialismo.

III. Las neurosis

La neurosis es una condición de insuficiencia psíquica que se caracteriza por la ansiedad excesiva y duradera, que tiene una etiología psíquica no somática y en la que se trata de reacciones vivenciales anormales o de trastornos en la elaboración de la vivencia. Es manifestación de un conflicto intrasíquico no resuelto que inhibe o neutraliza los comportamientos sociales. Sus causas, si bien tienen una expresión interna, pueden deberse a un conflicto interpersonal severo" o a un conflicto con el ambiente social. Respecto a una diferencia entre psicosis y neurosis, se dice que esta es solo cuantitativa; el neurótico vive y se relaciona con el mundo real, mientras que el psicótico supone una alteración cualitativa de las funciones psíquicas normales que arrastra a que quien lo padece viva en un mundo irreal; asimismo se señala que en la psicosis se pierde los niveles más elevados de la vida psíquica, cosa que falta en la neurosis.

Las principales clases de neurosis son: a) La neurosis histérica, que es muy frecuente y se caracteriza por una marcada emotividad y excitabilidad del mundo anímico debido a cosas, hechos o personas. El neurótico histérico suele simbolizar su conflicto con síntomas orgánicos y no con palabras. Quienes padecen neurosis son fácilmente sugestionables, tienden a atraer la atención, el afecto o la consideración del otro y se refugian en la soledad cuando atraviesan por una situación ingrata, la que, por cierto, también exageran(56); b) La neurosis depresiva nace normalmente en paralelo con un acontecimiento

o hecho doloroso sufrido por el sujeto de manera imprevista y que tiende a empeorarse o estabilizarse con el transcurso del tiempo. El neurótico depresivo sigue reviviendo continuamente dicho hecho de manera intensa y emotiva, que otra persona normal no haría puede desencadenar un intento de suicidio o un homicidio o tentativa del mismo sobre una persona querida; c) La neurosis obsesiva o compulsiva, cuya nota particular es la existencia de una idea o un deseo fijo que atrae y polariza la atención del sujeto, alejando su conciencia de fenómenos o acontecimientos personales o familiares más importantes, lo que puede atraer o constreñir al sujeto a realizar cierto tipo de acciones o hechos. Pertenecen a este campo algunas monomanías, como la cleptomanía y la piromanía que afectan a sectores del psiquismo y terminan arrastrando el resto de la personalidad. Dentro de las perversiones sexuales puede citarse el exhibicionismo y el fetichismo; d) La neurosis de ansiedad se caracteriza por la tensión y angustia psicológicas por una actividad que se afronta o que se debe realizar, o por una consideración morbosa y exagerada respecto al peligro que se cierne para el sujeto. Suele demostrarse a través del terror a un objeto o a un acontecimiento. Aquí se incluyen las fobias, como la agorafobia, la claustrofobia, etc.; e) La neurosis neurasténica, que se delinea por la conformación de un estado de cansancio, fatiga física o cerebral, que incapacita la dirección y culminación de cualquier empeño por una fácil sensación de agotamiento de la actividad volitiva; d) La neurosis post-traumática, que se desarrolla en la víctima de un trauma físico, al que se asocia un mecanismo psicológico de tipo histérico, neurasténico o hipocondríaco. Aquí hay una autosugestión que tiende a sumergir al sujeto en el dolor, creyendo muchas veces que el daño es merecido, impulsándolo a una decisión fatal o peligrosa.

Las neurosis, a diferencia de la oligofrenia o de la psicosis, pueden desaparecer de la personalidad del sujeto con un adecuado tratamiento psicológico, y mientras duren sus manifestaciones siguen siendo comprensibles para un ser humano normal. Comúnmente la jurisprudencia de diversos países -para conceder algún efecto eximente a las psicopatías y a las neurosis- exige que estas sean de análoga significación que las enfermedades mentales o que se manifiesten en el caso concreto junto a ellas, por ejemplo, se requiere que la neurosis tenga un fondo psicótico. No obstante, la mejor doctrina señala, y con razón, que más allá de exigir una similitud con cualquier enfermedad mental, lo único que se debe requerir es una merma sustancial de la asequibilidad normativa del sujeto a causa de la neurosis y la psicopatía (57). Respecto a su tratamiento jurídico-penal debe señalarse que ellas si bien de modo regular no eximen de responsabilidad ya que no privan al sujeto de la posibilidad de comprender el sentido de su acto o de motivarse conforme al mismo (58), en casos excepcionales pueden hacer languidecer cualquiera de esas dos condiciones de la imputabilidad. El peritaje psiquiátrico y la valoración del juez han de considerar adecuadamente la intensidad de la neurosis y su relación con la comisión del delito en el momento de la decisión final.

IV. Peritaje y decisión judicial

Esta relación es mucho más frecuente y estrecha de lo que a veces se piensa.

El perito deberá brindar al juez una ulterior y específica indagación sobre los factores concurrentes en la conducta concreta, señalando no solo la descripción de la personalidad del sujeto, sus características fenomenológicas y psiquiátricas o su encuadramiento en una u otra categoría de las anomalías psíquicas (psicosis, neurosis, psicopatía o la respectiva variedad de cada una de estas), sino también cuáles han sido las variables predominantes que han llevado al sujeto a cometer el delito y si este se relaciona directamente con la afección que padece o se debe a causas diversas. En este caso se ha de precisar cuáles son las líneas maestras y las manifestaciones de la personalidad psicótica, psicopática o neurótica como los posibles factores o circunstancias que lo fomentan. El informe ha de ser lo más minucioso y completo posible, y debe de remarcar la intensidad y profundidad de la afección en la realización de la conducta, porque, como se recuerda, solo las anomalías psíquicas graves exoneran de responsabilidad penal. Sin embargo, debe enfatizarse que la parte más importante del informe no es la descripción pormenorizada de la dolencia, la que puede hallarse en cualquier buen tratado de psiquiatría y que el juez obligatoriamente debe consultar, sino el enjuiciamiento del caso concreto (tanto en su consumación como en su fase previa y posterior. Y, precisando si hay compatibilidad y confluencia entre los desórdenes que ocasiona la anomalía psíquica con la clase de delito cometido, sus modalidades, medios de ejecución y reacción o actitud del sujeto. No solo debe sopesarse, además, lo que el sujeto hace, sino las vivencias por las que en ese momento atraviesa en los aspectos afectivo, emocional, intelectual y de pensamiento. Es importante desentrañar las relaciones con la víctima, su familia o su entorno.

El juez, por su parte, no solo ha de resolver conforme "a su conciencia y sano juicio", sino que debe involucrarse también en el manejo psicológico o psiquiátrico del tema aunque sea de manera no especializada, reparando, ante todo, en que medida y grado la anomalía psíquica que se plantea ha incidido e influido en la capacidad de querer y entender o en la afectividad del sujeto, que le impiden comprender el significado de su acto y motivarse conforme a él. Esta valoración se encuentra más dentro del terreno jurídico que del psiquiátrico, al que puede ilustrar o brindar una aproximación pero nunca resolver una cuestión fundamentalmente normativa.

La competencia científica del perito en la delimitación de la anomalía psíquica o de cualquier otra causa de inimputabilidad no puede establecerse de manera circunstancial e general o abstracta, dado que se encuentra condicionada al caso concreto y a la específica indicación del tipo o la clase de causas que probablemente determinaron la imposibilidad de comprender la naturaleza delictuosa del acto(59). En todo caso, siempre debe preferirse al especialista sobre el profesional general, y al psicólogo o psiquiatra médico sobre el no médico.

La pericia en la demostración de si concurre o no una causal de inimputabilidad es un instrumento insustituible de auxilio técnico cualificado para el juez, permite tener un conocimiento especializado sobre cuestiones decisivas no solo para el desarrollo del proceso penal sino para el destino mismo del sujeto, como la clase de la medida de seguridad a imponer en caso se compruebe su

condición de inimputable. El peritaje se vuelve imprescindible en la medida en que garantiza una solución no arbitraria por parte del magistrado o tribunal sobre temas que no son de su competencia y que de no concurrir puede dar lugar a un fallo judicial no solo basado en puras especulaciones, sino también contrario a las necesidades político-criminales de la sociedad, aumentando las posibilidades de vulnerar gravemente el principio de culpabilidad.

El magistrado no debe preguntar al perito si el sujeto es o no imputable ni vincularse necesariamente a lo que este le señale. Lo único relevante será la respuesta sobre cuál era la situación psíquica en el momento de cometer el hecho, la intensidad o profundidad de la afección y cuál es la situación actual y el pronóstico de futuro para elegir la medida a imponer (60). Contra lo que fundamentan usualmente algunas resoluciones judiciales, que no es del caso citar, no se requiere que el autor no recuerde el hecho o que se arrepienta del mismo, sino si comprendió valorativamente lo que hacía y, por sobre todo, en qué grado e intensidad actuó compelido por dichos impulsos. Aquí juega también un rol importante la apelación a las reglas de la experiencia judicial y la prudencia de la administración de justicia que siempre en estos casos ha de encontrarse en un conflicto permanente entre la necesidad de prevención general y de defensa social, que llama a un castigo del hecho, con los alcances constitucionales del principio de culpabilidad, el cual exige una pena ajustada a la personalidad y características del sujeto y que, llevado hasta sus últimos extremos, puede conducir a la impunidad o a la aplicación de una medida de seguridad.

En la doctrina, pero fundamentalmente en la jurisprudencia comparada (situación que se repite con singular énfasis en nuestro país), existe una viva polémica por resolver los casos en los que el contenido de la anomalía psíquica disiente y aparece de modo divergente respecto a sus alcances psiquiátricos y jurídicos (61).

Una posición jurisprudencial mayoritaria, de gran tradición y repercusión histórica, considera que se debe exigir, tanto para los casos de enfermedad mental como de anomalía psíquica, el partir de un modelo médico, definiendo a este punto de vista como la alteración psíquica que tiene una base orgánica de carácter patológico y que puede ser reconducido a un cuadro nosográfico-clínico. Este planteamiento tendría la enorme ventaja de reducir y limitar al mínimo los casos de inimputabilidad, requiriendo, por un lado, una base somática que justifique la anomalía psíquica, y por otro, su encuadramiento en las categorías de la nosotaxia psiquiátrica. Ya no bastaría una simple anomalía psíquica, sino, además, la exigencia de unos necesarios presupuestos biológico-patológicos y psiquiátricos, sin los cuales la eximente no podría aplicarse. Este punto de vista termina privilegiando los criterios preventivos generales y de defensa social -que plantean una irremediable sanción para los casos en los que la anomalía psíquica se encuentra en duda respecto a su concurrencia o es de difícil su demostración- sobre la vigencia irrestricta del principio de culpabilidad.

Por su parte, la jurisprudencia minoritaria viene reivindicando la necesidad de una mayor autonomía de la valoración jurídica en lo que atañe a la clasificación médico-psiquiátrica de la anomalía psíquica. El juez podría seguir admitiendo

su concurrencia independientemente de que haya o no un encuadramiento de la patología en las categorías psiquiátricas de uso o de si existe o no una base física u orgánica de la anomalía (62). Se pone énfasis ya no en las causas de la anomalía, que pueden ser diversas e incluso inescrutables, sino en los efectos que ha de acarrear su presencia (63), exigiendo que impidan la comprensión y la valoración de los hechos y la no motivabilidad de la conducta conforme a dicha comprensión. Su determinación en el caso concreto sería básicamente una valoración judicial, que se produciría con el auxilio de los peritos (médico, psicólogos, criminólogos y psiquiatras) (64). Basta, entonces, que exista un disturbio en la personalidad del sujeto que impida la comprensión del significado del hecho o la orientación del comportamiento para que se alegue la existencia de una anomalía psíquica. Si bien un j, criterio de esta índole alzaprima y da la importancia debida al principio de culpabilidad, tiene un punto de partida incierto, vago e impreciso que no puede ser objeto de un control consensual ni puede ofrecer una pauta compatible con la seguridad jurídica.

En todo caso creemos que no es correcto partir del punto de vista que estima que las competencias y áreas del juez y del perito son completamente opuestas entre sí, y que mientras el perito se ocupa del aspecto cognitivo el juez solo debe ocuparse del aspecto valorativo, basándose en los factores descritos por el experto. Ello porque el aspecto del diagnóstico y el valorativo se encuentran entrelazados en gran medida y se complementan adecuadamente(65), ya que el perito puede brindar también una importante pauta valorativa que no puede ser descuidada por el juez, y porque el juez, con las limitaciones del caso, puede también mejorar la tarea del psiquiatra o del psicólogo para trabajos futuros, mostrándoles cuáles son los criterios y pautas que sigue el Derecho, distintas o complementarias a las de la Psicología y la Psiquiatría. Debe remarcarse, por otro lado, que el tribunal Y el juez puede (y debe) adaptar la pericia realizada a los requerimientos criminológicos (al que a veces el perito es ajeno) y a las exigencias impuestas obligatoriamente por la ley.

Pese a que en los casos de conflicto irresoluble este último punto de vista es el atendible, desde el plano de lege lata no creemos que deba prescindirse de las investigaciones y los dictámenes periciales que ilustran y mejoran la opinión profana del juez en temas que no son de su especialidad. Si la ley hubiese querido prescindir completamente de la perspectiva psiquiátrica (que no tiene por qué vincularse con la exigencia de una base o patología física o anatómica), ciñéndose al aspecto y al efecto jurídico-normativo de la perturbación, le hubiera bastado referirse al "que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión", sin mencionar a la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o las alteraciones de la percepción.

Sin embargo, si lo ha hecho es porque considera imprescindible exigir su concurrencia en cada caso, no solo para mejorar la compatibilidad y las relaciones entre el Derecho y la Medicina, en especial la ciencia psiquiátrica, sino porque con ello favorece la seguridad jurídica de una sociedad que exige el mayor rigor y control en las causas que exoneren de responsabilidad.

V. La Grave alteración de la conciencia

1. La grave alteración de la conciencia constituye una de las causas de inimputabilidad recogidas dentro del artículo 20 inciso 1 del C.P. y que también se encuentra presente en otras disposiciones penales, pero con un sentido distinto, como por ejemplo el artículo 172 del C.P.

Si bien su existencia y alcance podrían ser abarcados por la referencia a la anomalía psíquica, el legislador nacional ha creído conveniente aludir a la grave alteración de la conciencia como una causal de inimputabilidad independiente y distinta a la anomalía psíquica, pero que surte el mismo efecto. Con un proceder de esta índole, más allá de si es correcto o no, el legislador ha considerado que las causas de inimputabilidad no deben reducirse a la anomalía psíquica, sino que deben tener una extensión mayor, siempre y cuando, eso sí, dicha anomalía o alteración impida al sujeto comprender el carácter delictuoso de su acto y motivarse conforme a él.

La grave alteración de la conciencia, en contraste con la anomalía psíquica, vendría a recoger los casos en los que existe una grave perturbación o trastorno de la vida psíquica, pero que no son abarcados por lo que específicamente entiende la ciencia psiquiátrica como anomalía psíquica. Un planteamiento de esta característica no viene ni quiere sostener la subsidiariedad de la grave alteración de la conciencia como eximente de recogida que subsume todos los supuestos que no encajan en la nosotaxia psiquiátrica, sino que pretende hacer recordar, de la mano de una elemental lógica jurídica, que ambas causales de inimputabilidad deben tener un ámbito de aplicación distinto y que no pueden aplicarse a los mismos supuestos, sin que ello no marque y denuncie la presencia de un error o lo innecesario de una de las eximentes(66). Asimismo, es oportuno apuntar que si bien la anomalía psíquica arrastra por lo común una alteración de la conciencia, no siempre una grave alteración de la conciencia se debe a que la persona padezca o sufra una anomalía psíquica, en el sentido corriente e histórico de enfermedad mental. En la misma orientación, se puede afirmar que la grave alteración de la conciencia solo alude a una de las varias actividades anímicas o psíquicas que desarrolla el sujeto: la conciencia; mientras que la anomalía psíquica por su misma formulación generalizadora abarca todas las demás actividades, como la afectividad, el pensamiento, la emotividad, la imaginación o la capacidad de interacción social. No creemos que sea correcto plantear la relación entre ambas a manera de género-especie o de la mayor amplitud de una u otra, puesto que todo ello está sometido a la relatividad de los conceptos y al punto de vista que se asuma.

La grave alteración de la conciencia, tanto en su sentido dogmático como político-criminal, puede ser equiparada con la fórmula del trastorno mental transitorio incorporada en el Derecho Penal español, actual como pasado, y al trastorno profundo de la conciencia, propio del Derecho Penal alemán vigente.

2. La grave alteración de la conciencia supone todavía la existencia de esta facultad, la que no debe verse total ni absolutamente aniquilada. La grave alteración no debe verse como una situación psíquica equivalente al estado de

inconsciencia, o como si el sujeto no tuviera dicha capacidad al momento de la realización del delito, porque ello implicaría confundir los niveles jurídico-penales de análisis: mientras el estado de inconsciencia es una causal de ausencia de acción, la alteración, trastorno o perturbación de la conciencia es solo una causa de inimputabilidad. La inconsciencia no afecta la capacidad de culpabilidad, sino la capacidad de acción. Una persona privada de conciencia podrá desarrollar un movimiento corporal o permanecer en una pasividad corporal y dicha condición será relevante para la Biología o la Psicología, pero carecerá de cualquier trascendencia para el Derecho Penal, que solo se ocupa de los comportamientos (acciones y omisiones) en los que hay un mínimo de conciencia(67). Sin comportamiento no hay, como se sabe, posibilidad de realizar un tipo y no se puede predicar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta.

3. Cuando la ley alude a la conciencia se refiere a "la conciencia de uno mismo en su relación con la conciencia del mundo exterior"(68). Por ello, la alteración de la conciencia será una perturbación o una exclusión parcial de la conciencia de sí o del mundo (69); y en el caso que aquí interesa, será un trastorno de dicha facultad en la ejecución de un delito o de un hecho en concreto. Como ha puesto de relieve JAKOBS: "La alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde en el estado pasional, sino el discernimiento (70)".

La alteración de la conciencia que interesa al Derecho Penal no es un estado de la personalidad del sujeto, que se prolonga de manera regular en el tiempo, sino un estado que se concreta y focaliza en un hecho determinado. A nuestra disciplina no le interesa las diversas personalidades, ni los estados o las situaciones morbosas que ellas atraviesen, sino la ejecución de comportamientos que se encuentren tipificados previamente en una ley.

La grave alteración de la conciencia generalmente excluye la capacidad reflexiva y de discernimiento del sujeto, aunque no la elimina del todo, y va acompañada por una turbación anímica o afectiva que hace presa al hombre de sus impulsos o de sus reacciones. Por ello, normalmente la ejecución del delito se produce de manera torpe, desordenada y no obedece a una planificación anterior que suela extenderse a instantes posteriores a la consumación del delito. Sin embargo, debe distinguirse la turbación de la conciencia producida por un hecho o circunstancia exterior de la ejecución del delito que puede producirse con ánimo frío o calculador y sin dicha alteración. A la ley no le interesa que exista solo una grave alteración de la conciencia sino, como dijimos, que esta se manifieste en la ejecución de un hecho punible.

Esta causal de inimputabilidad, a diferencia de la anomalía psíquica, bien podría abarcar las perturbaciones anímicas o de la conciencia no patológicas, por ejemplo las de base corporal o somática, sino las alteraciones psicológicamente normales (71). Entre ellas cabe citar los trastornos de la conciencia producidos por el agotamiento, sopor y cansancio extremo, exceso de fatiga o la conducta afectada por el estado post-hipnótico o los estados crepusculares, febriles, y los casos más frecuentes, de los estados pasionales o emotivos más graves. Algunos agrupan dichas perturbaciones en aquellas

que tienen un carácter fisiológico (como el cansancio y la fatiga extrema) y un carácter psicológico (como los estados crepusculares y las emociones intensas) (72).

4. La ley no confiere efecto eximente a toda alteración de la conciencia, sino solo a aquellas que participen de la calidad de grave, es decir, aquellas que perturban de modo más intenso y profundo la conciencia del sujeto. La gravedad de la alteración de la conciencia es un concepto normativo que requiere de una valoración previa. No basta, para excusar, aquellas "perturbaciones de la conciencia que han alcanzado un grado más allá del margen de lo normal"(73), porque tal planteamiento es compatible con la simple definición de alteración de la conciencia (74) la cual es solo una desviación de una frecuencia de normalidad de dicha facultad. Es necesario contar aquí los supuestos más graves, severos y drásticos de la alteración de la conciencia (75), dado que solo así se logra sostener la posibilidad del "rompimiento del dique" y el llegar a un punto en que prospere la eximente. En este sentido, según una extendida fórmula, se entiende por grave o profunda alteración de la conciencia, aquella alteración que es de tanta intensidad que "la estructura psíquica del afectado queda destruida (76)". Esta solución permite compatibilizar las exigencias del principio de culpabilidad con las necesidades preventivas de la sociedad. Si bien el concepto de gravedad o de profundidad de las alteraciones es una noción cargada de relatividad (77), ya que depende de las valoraciones socio-culturales, psicológicas y jurídicas a las que se atenga el juez, la clave para delimitar la magnitud de la misma se relaciona con el hecho de que solo las alteraciones graves de la conciencia son las que impiden al sujeto comprender el carácter delictuoso del acto y no facilitan la determinación de su conducta conforme a dicho entendimiento. En todo caso si bien es cierto que las simples alteraciones de la conciencia no tienen ningún efecto eximente, también es cierto que pueden operar sin ninguna dificultad como un baremo del grado de imputabilidad, Y por tanto, de la culpabilidad.

Tal vez la mejor formulación que se ha realizado hasta el momento de la grave alteración o trastorno de la conciencia sea, en cuanto a sus efectos prácticos, la del Proyecto Alternativo del Código Penal alemán que sugirió de la necesidad de que la alteración sea de la magnitud e intensidad de una anomalía psíquica o de un trastorno patológico del psiquismo (la llamada cláusula de la equivalencia).

Este planteamiento, más que asimilar la grave alteración de la conciencia a la fórmula de la anomalía psíquica, sostiene que ella debe desplegar un efecto análogo a la producida por esta(78).

5. La grave alteración de la conciencia si se la equipara, como nosotros creemos que es posible, con el trastorno mental transitorio podría diferenciarse de la grave anomalía psíquica tanto por ser un estado que dura un cierto lapso de tiempo como por ser una causa de inimputabilidad que tiene una etiología exógena(79). El Tribunal Supremo español entendía por trastorno mental transitorio "la perturbación mental pasajera, de aparición más o menos brusca, producida por causas inmediatas y exógenas(80)". Por causa exógena se comprende a aquella que no consiste en enfermedad o característica interna propia del sujeto, sino que aparece por algún motivo

circunstancial. Mientras que la psicosis y la anomalía psíquica, especies emblemáticas de anomalía psíquica, tienen un origen patológico o responden a causas biológico-somáticas, la grave alteración de la conciencia surgiría por factores externos al sujeto. Sin embargo, esta diferenciación solo es válida desde el punto de vista teórico, pues cuando la ley habla de "grave alteración de la conciencia" no toma en cuenta la causa ni el tiempo de la misma(81). Se trata, en todo caso, de un problema de gravedad o de intensidad y no de origen(82).

Como bien se señala, la grave alteración de la conciencia puede también proceder de una base patológica siempre que no llegue a constituir una enfermedad mental o una anomalía psíquica(83), pero lo fundamental es incidir en la superficialidad de este condicionamiento que no determina de modo alguno la concurrencia de la eximente(84). Como en la anomalía psíquica, para el Derecho Penal, en la grave alteración de la conciencia lo único relevante son los efectos que despliega en la comprensión del ilícito y en la determinación de la conducta conforme a dicho entendimiento.

6. Los casos más importantes desde el punto de vista práctico de grave alteración de la conciencia los representan los estados pasionales intensos y las emociones extremas o de alto grado que no solo despiertan preocupaciones en los psiquiatras, sino en la judicatura de los diversos países. Desde el punto de vista jurídico, no solo exime de responsabilidad, por faltar la inimputabilidad, los estados pasionales, sino también las emociones intensas o extremas que irrumpen en la psique del sujeto de manera incontenible, sin dar pie a que puedan ser neutralizados por los frenos inhibitorios, e impidiendo que dirijan su conducta conforme a la motivación exigida por las normas jurídicas. A pesar que desde la óptica psicológica pasión y emoción pueden distinguirse(85), aunque no con facilidad de esfuerzo, para el Derecho Penal no interesa su diversa naturaleza y procedencia como fenómenos anímicos, sino sus efectos sobre la comprensión del hecho punible. Con todo, como ejemplos de emoción pueden citarse a la ira, la ansiedad, el placer erótico o la vergüenza; y de pasión, al amor, el odio, los deseos de venganza o la celotipia.

Sin embargo, dichos estados emotivos o pasionales no deben ser de cualquier magnitud, sino de tal intensidad y gravedad que destruyan el psiquismo del sujeto en el caso concreto. La aceptación de los efectos eximentes del estado emotivo o pasional ha sido destacada por las sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán: "Puede darse un transtorno de conciencia en el sentido del §51 StGB (hoy

§20 StGB) en un sujeto que actúa en estado de excitación interna, aun cuando el mismo no padezca enfermedad alguna y su estado pasional tampoco vaya acompañado de otras manifestaciones o síntomas de deficiencias (como p. ej. somnolencia, hipnosis, fiebre o deficiencias similares)"(86). Las emociones y las pasiones son graduables y su influencia en la personalidad y la psique del sujeto no siempre es la misma; a veces solo genera un efecto atenuante, tal como sucede en el caso del homicidio por emoción violenta(87).

La relevancia de los estados emotivos y pasionales en la exclusión y atenuación de la responsabilidad penal es una prueba fehaciente de que la

imputabilidad penal no puede seguir siendo considerada según la histórica y estrecha fórmula de la capacidad de entender y de querer(88), la cual si se lleva hasta sus últimas consecuencias no podría sustentar el despliegue de efectos eximentes para los casos en los que no se perturba dichas funciones psíquicas, como sucede, por ejemplo, con las psicopatías o algunas neurosis que terminan alterando la afectividad -como sucede también con los estados emotivos y pasionales-; situaciones que dejan intacta muchas veces las facultades o capacidades intelectuales.

Ha de quedar en claro también que la afectividad forma parte de la vida psíquica del sujeto en igual nivel que la capacidad intelectual y volitiva, teniendo una importancia fundamental, ya que orienta, conserva o transforma el contenido del pensamiento, la evocación del recuerdo, la asociación de ideas y la misma voluntad(89).

Se ha puesto de relieve por un sector de la ciencia y jurisprudencia penal comparada que la incorporación de los estados emotivos y pasionales dentro de la grave alteración de la conciencia trae consigo en la práctica el peligro de absoluciones injustas que pueden terminar afectando la confianza de la población en las normas jurídico-penales y la real función de los órganos que administran justicia, ya que se considera que un cuarto de la criminalidad homicida podría ser absuelta. Por ello, se plantea -sobre todo en Alemania- una restricción de la eximente con la exigencia de que no debe haber una provocación culpable del estado pasional por parte del autor, y se niega la aplicación de la eximente cuando al autor se coloca a sí mismo culpablemente en situaciones que conducen a hechos violentos o cuando hay defectos de carácter evitables y deslices morales. La imputabilidad subsistiría cuando el estado pasional o emocional fuera evitable.

Sin embargo, y con razón, la mayor parte de la ciencia penal alemana rechaza este punto de vista, ya que un planteamiento como el descrito agrega requisitos no previstos en la ley exigiendo que el reproche de culpabilidad se remonte a la génesis del estado pasional cuando la norma solo exige que concurra en el momento de comisión del hecho (90), además de ser una improcedente presunción de culpabilidad que recae sobre el sujeto(91). Se sostiene que si en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la exculpación por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente (92) .

Sin embargo, no se descarta en estos casos la aplicación de las reglas de la actio libera in causa (93). Ellas tienen en cuenta que el estado pasional (94) pasa por tres etapas: nacimiento, agravación y descarga, en cuya segunda etapa es donde se puede constatar la mayoría de veces un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas y en la que el autor no toma precauciones contra una posible descarga emocional que posteriormente no puede ser controlable, pasando a ser enjuiciado penalmente, fundándose de esta manera su responsabilidad penal(95).

VI. El retardo mental

1. Llamado también deficiencia mental, oligofrenia, hipofrenia o frenastenia.

Se caracteriza por un desarrollo de la inteligencia inferior a la media, cuyas causas pueden atribuirse a carencias congénitas, ambientales o a razones socioculturales. Debe abandonarse la idea, como ya la psicología lo ha hecho hace mucho tiempo, de que la única etiología productora de un retraso mental es la que deriva de un proceso orgánico morboso en la etapa prenatal, natal o post natal, dado que también se encuentran las causas en factores psíquicos, sociales y afectivos durante la primera infancia(96), así como ella se vincula a una correcta alimentación. Dicho criterio solo es compatible con una visión orgánico-biológica de la anomalía psíquica, que es reminiscencia de un pensamiento causal-mecánico, hoy felizmente superado.

En Alemania, el Código Penal recoge la oligofrenia junto a las demás causas de inimputabilidad. No obstante, la ciencia penal viene señalando que la oligofrenia es una "debilidad intelectual congénita sin causa demostrable", mientras que si ella tiene su origen en causas demostrables, como lesiones cerebrales en el seno materno o lesiones traumáticas en la primera infancia, su ubicación sería el del trastorno mental patológico(97).

Debe destacarse que mientras la demencia es provocada por una pérdida de facultades en un cerebro ya desarrollado, en las oligofrenias se debe a la detención del desarrollo del cerebro y de las capacidades intelectuales en los primeros años de edad(98). Una de las notas más relevantes del débil mental es la primacía del pensamiento concreto sobre el pensamiento abstracto.

2. De manera general, se reconocen tres modalidades de oligofrenia o retardo mental:

A. La oligofrenia profunda o severa, llamada también idiocia, es la forma de deficiencia mental más grave. Los que la padecen son incapaces de hablar, de aprender, llevan una vida vegetativa y necesitan una permanente atención y custodia para satisfacer las necesidades elementales. Su etiología es diversa, ya que puede deberse a una meningitis o a causas endocrinológicas o traumáticas. El coeficiente intelectual es menor a 40.

B. La oligofrenia media, llamada también imbecilidad. En esta clase de retardo mental el sujeto raramente puede lograr una vida independiente. Existe una dificultad en la atención, la memoria y la comprensión es escasa, no hay mayor asociación lógica y es casi nula la capacidad de abstracción y de conceptualización. Su coeficiente intelectual se sitúa entre los 40 y 60.

C. La oligofrenia leve, denominada propiamente debilidad mental, es el caso menos grave de oligofrenia en donde la capacidad intelectual no sufre una perturbación grave. Es posible que el sujeto termine los estudios escolares especiales y si bien no pueda estudiar una profesión, puede desempeñar un oficio o una actividad práctica. Su sociabilidad y la asimilación de experiencias si bien es inferior a la normal no está ausente del todo, aunque es muy difícil que logren la independencia absoluta. Su coeficiente intelectual oscila entre los 60 y 80.

Desde el punto de vista del Derecho Penal y de la práctica judicial solo interesa tener en cuenta a la debilidad mental, ya que, por lo general, los oligofrénicos profundos y medios no suelen cometer delitos. El mayor interés jurídico penal lo representan los débiles mentales (oligofrénicos leves) que muestran en algunos casos mayor excitabilidad de carácter, desarrollan exageradamente el instinto sexual y, sobre todo, pierden los frenos inhibitorios que les permiten oponer su voluntad al deseo de cometer un hecho punible.

Debe distinguirse también entre la debilidad mental y la torpeza mental para conducirse en la vida o en la ejecución del delito(99).

3. Contra lo que usualmente se piensa, cabe destacar que no siempre quien sufra de debilidad mental o de un retardo leve deberá ser declarado inimputable, pues no toda debilidad mental supone que la persona carezca de la facultad de comprender el significado y la naturaleza de su acto(100). Ello no solo depende del desarrollo y evolución de las facultades intelectuales, sino de una correcta educación o un proceso medio de internalización de valores, de la circunstancia en la que el sujeto se encuentre, como también de la clase o tipo de delito que se comete. Un oligofrénico leve no es raro que pueda comprender lo que hace y mensurar la magnitud de su hecho. Eso pasa, por ejemplo, cuando comete un homicidio. En un hurto o en un robo, por ejemplo, debe exigirse que el sujeto haya comprendido lo que significa la ajénidad de la cosa, el valor o estimación pecuniaria del bien, como el sentido de la violencia.

A nuestro criterio solo los casos más graves de oligofrenia (la profunda Y la media) pueden eximir de responsabilidad criminal, pues en estos el sujeto no tiene una comprensión del acto que realiza o, teniéndola, no puede dirigirse conforme a dicho entendimiento. La debilidad mental, para que sea causa de in imputabilidad, debe cumplir también con este último requisito, por lo que el resultado final no puede emitirse a priori o con la sola comprobación de ese defecto intelectual;

muy por el contrario, el juez o el tribunal ha de emprender una pesquisa caso por caso, requiriendo para ello el respectivo peritaje psicológico o psiquiátrico, obrado con suma prudencia tanto en su solución como en la elección de la sanción jurídica a imponer: pena o medida de seguridad.

Un débil mental también puede comprender el significado del acto sexual que consiente, cosa que sin duda faltará en quién padece una oligofrenia profunda

(idiocia) o media (imbecilidad). En todo caso, se debe enfatizar que la última palabra solo la darán el análisis y la valoración del caso concreto, pero fundamentalmente el grado del retardo mental y la peculiar situación en la que se encontró posiblemente el autor, cuestiones que si bien no pertenecen dogmáticamente a la imputabilidad -que solo atiende la capacidad psíquica y de comprensión del sujeto- no pueden dejar de estimarse, si se quiere lograr una solución justa del caso.

DOCTRINA

ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Bogotá, 1988. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal Español". AkaV lure. 4~ edición. Madrid, 1997. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Lecciones de Derecho Penal". Praxis. Barcelona, 1999. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal". PP!,J. 4~ edición. Barcelona, 1994. CASTILLO ALVA, José Luis. "Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales". Gaceta Jurídica. Lima, 2000. CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2~ Época. Madrid, 2000. N2 extraordinario. CEREZO MIR, José. "Derecho Penal". UNED. 2~ edición. Madrid, 2000. COBa DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia, 1999. FIANDACA y MUSCO. "Diritto Penale". Zanichelli. 2~ edición. Bologna, 1993. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal". Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3~ edición. Padova. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Traducción de Jorge Bofia Genszsh y Enrique Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". 51! edición. Barcelona, 1998. MORALES PRATS, Fermín. "Comentarios al Nuevo Código Penal". Aranzadi. Pamplona, 1996. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 4~ edición. Valencia, 2000. PAGLIARO, Antonio. "Principi di Diritto Penale". Giuffré. 4~ edición. Milano, 1994. REAL ACADEMIA ESPANOLA.. Diccionario de la Lengua Española. Tomo 1. 21 ~ edición. Madrid, 1992. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas. Madrid, 1997. ROMANO, Mario. "Comentario Sistemático del Codice Penale". Tomo 11. Giuffré.

Milano, 1990. ROXIN, Claus. "Derecho Penal". Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio.

"Comentarios al Código Penal de 1995". Tomo 1. Coordinado por Vives Antón. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal". Ediar. T I Y T IV. Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

"Constituye causal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro depresivo grave con síntomas psicóticos, con lo que se evidenciaría la peligrosidad delictual, debiendo disponerse la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio".

(Ejecutoria Suprema 05/02197. Sala Penal C. Exp. 4652-96. Lima).

"El temperamento influenciado y las características de una edad pre puberal según el peritaje psiquiátrico, no afectan la lucidez, orientación en el tiempo: espacio y persona, por lo que dichas circunstancias no constituyen anomalía psíquicas o grave alteración de la conciencia, ni alteración de la percepción".

(Ejecutoria Suprema 22/03/99. Exp. 187-99. La Libertad. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 36).

"Conforme lo ha establecido la doctrina contemporánea, la imputabilidad es la capacidad síquica de culpabilidad y por consiguiente su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y reproche; que, aquel sujeto que comete un injusto penal en estado de inimputabilidad no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, por lo que no es posible reprocharle su decisión; sin embargo, debemos reconocer que existen grados de reprochabilidad, puesto que siempre hay grados de autodeterminación, que corresponde al Derecho Penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad".

(Ejecutoria Suprema 29/09/93. Exp. 1297-93. Lima, Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 90).

"El acusado se halla exento de responsabilidad por anomalía mental, en mérito al dictamen pericial de psicología forense y pericia psiquiátrica ratificada en audiencia pública, que concluye señalando que presenta episodios depresivos graves con síntomas sicóticos que conllevan a que altere sus facultades, haciendo que pierda contacto con la realidad, requiriendo tratamiento especializado".

(Sentencia del 20/08195. I' Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 972-95).

"Constituye causal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro depresivo grave con síntomas psicóticos, disponiéndose la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio".

(Ejecutoria Suprema 05/02197. Sala C. Exp. 4652-96).

"El colegiado ha tomado convicción de que el agente es inimputable, ya que no es capaz de responder de sus actos, debido a su enfermedad mental esquizofrenia paranoide' de carácter crónico e irreversible, hallándose incapacitado para distinguir el mal del bien, apreciar el carácter de sus actos y responde:

por los mismos; conforme se acredita con el informe médico, los reconocimientos legales e informe psicológico, además de la historia clínica; por lo que se hace pasible de aplicarle una medida de seguridad curativa adecuada".

(Sentencia 17/05/99.20 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Ica. Exp. 011-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 90).

"Procede absolver al inculcado del delito de lesiones graves, al comprobarse que es una persona inimputable al sufrir de enfermedad mental conocida técnicamente como esquizofrenia paranoide, cuadro clínico en el cual el individuo conversa solo, tiene alucinaciones, cree que lo atacan, intentan agredir o insultan; lo que explica su carácter agresivo como reacción; bajo tales circunstancias el sujeto no tiene capacidad de culpabilidad y por consiguiente no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos; siendo la pena en tal contexto una institución inútil, ya que el desquiciado mental no puede ser objeto de resocialización sino de tratamiento médico terapéutico a través de una medida de seguridad".

(Sentencia del 30/09/96. 10 Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Junín. Rojas/Infantes. Págs.90-91).

"Por las consideraciones señaladas se establece que el acusado adolece de graves alteraciones o desequilibrio mental, que adolecía incluso antes de la perpetración del delito de homicidio que se le imputa, de lo que se colige que al momento en que cometió dicho delito no tenía capacidad de discernimiento cabal de sus actos, habiendo incluso empeorado su salud mental al no haber recibido tratamiento continuo; por lo que, de conformidad con el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal, declararon inimputable y exento de responsabilidad penal al acusado".

(Sentencia 17/04/97. Sala Penal de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín. Exp. 885-93.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 91).

"El déficit mental no es compatible a retardo mental, siendo dos entidades clínicas objetivas diferentes; siendo el retraso mental un menoscabo de la inteligencia, mientras que el déficit mental implica un estado de deficiencia intelectual que no enerva la posibilidad de que la persona se haya encontrado disminuida en sus facultades mentales".

(Ejecutoria Suprema 03/03/99. Exp. 4557-98. Tacna).

"Dadas las condiciones personales del sujeto y su actuación en la comisión de los hechos, al matar a su conviviente, no puede alegarse la grave alteración de la consciencia para imponerle un pena por debajo del mínimo legal".
{Ejecutoria Suprema 17/08/97. Exp. 719-87. Puna.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 91).

"La emoción violenta requiere de la presencia de ciertos presupuestos, tales como: a) El intervalo de tiempo sucedido entre la provocación y el hecho, esto es, que el delito tiene que cometerse en un lapso de tiempo durante el cual el sujeto se encuentra bajo el imperio de la emoción violenta, por lo que no puede transcurrir un largo espacio temporal entre el hecho provocante y su reacción, siendo que en el caso que se analiza, el acusado reaccionó después de treinta a cuarenta minutos; b) El conocimiento previo por parte del autor del homicidio emocional, es decir que la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto".
(Ejecutoria Suprema 15/06/98. Exp. 904-98. Chimbote).

"Al producirse la secuela del evento, el encausado se encontraba embriagado, hecho que le produjo una alteración de la conciencia, que no era grave, debido a que el sujeto se daba cuenta de sus actos y de lo que sucedía en sus inmediaciones, como era el caso de protegerse de un posible robo de su arma de fuego, lo que permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal".

(Sentencia del 30/09/94. 7° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 412-94. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 92).

"El argumento del inculpado de haberse encontrado en un estado de ebriedad que no le permitió comprender los hechos que cometía, queda desvirtuado por el dosaje étlico que demuestra que se encontraba en una etapa intermedia de intoxicación alcohólica, en la cual no se pierde la conciencia de los actos",

(Sentencia del. 19/03/99. Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Sicuani-Canchis de la Corte superior de Justicia de Cusca. Exp. 98-0354).

"La alteración de la conciencia del acusado, quien se hallaba en relativo estado de embriaguez, al no ser grave, debe tenerse en cuenta a efectos de graduación de pena".

(Ejecutoria Suprema 16/07/97. Exp. 1492-93. Loreto).

"Para efectos de imponer la pena deben tenerse en cuenta, entre otros, aspectos, las condiciones personales del agente, las cuales están refendadas no solo a los factores psicológicos sino también a circunstancias que hayan afectado su percepción de los hechos, sin que estas constituyan causas de inimputabilidad".

(Ejecutoria Suprema 07/12/99. Exp. 3897-99. Callao. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 92).

"De acuerdo con la doctrina de base científica se tiene que el coeficiente de eliminación de alcohol en la sangre varía de 0.12 gr. a 0.30 gr. mínimo por hora, y de cuatro gramos a nueve gramos máximo por hora; en el Perú se considera que una persona que tiene más de un gramo de alcohol en la sangre tiene ebriedad superficial, y ebriedad manifiesta de 1 gr. a 1.49 gr. ".
(Resolución Superior 22/04/98. Exp. 7605-97).

"La inculpada por delito de violación sexual de menor, según un informe psicológico y las pericias realizadas, tiene un nivel de retardo mental que afecta su esfera de percepción, no siéndole exigible que calculara la verdadera edad del menor".

(Exp.98-3971. Huaura. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 143).

"Está exento de responsabilidad penal el reo que presenta personalidad esquizoide paranoide".

(Ejecutoria Suprema 28/04/95. Exp. 144-94. Lambayeque. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal".
Pág. 155).

"Está exento de responsabilidad penal el reo que presenta un cuadro clínico compatible con la esquizofrenia paranoide crónica".

(Ejecutoria Suprema 09/05/94. Exp. 20-94. Apurímac. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 156).

"La acusada al momento en que se suscitaron los hechos se encontraba afectada en su estado de ánimo y voluntad presentando una depresión mayor, es decir, había alteración de la conciencia, y por sufrir disminución de la percepción no tiene capacidad en la comprensión".
(Exp. 20-97. 3° Sala Penal Transitoria. 30/04/97. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 156).

"Al momento de determinar la pena se debe tener en cuenta que el procesado al igual que la agraviada habían ingerido bebidas alcohólicas, encontrándose ambos en estado etílico, por lo que la responsabilidad penal del encausado resulta atenuada conforme a lo previsto en el artículo 20. 1 del Código Penal".
(Exp. 4652-97. 21/09/98. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 156).

"Procede absolver al inculcado del delito de lesiones graves, al comprobarse que es una persona inimputable, que sufre una enfermedad mental que no le permite comprender la antijuridicidad de su conducta".

(Exp.14000-95. Junín).

"Al sufrir el inculpado de una enfermedad mental que no le permite apreciar el carácter ilícito de su conducta, debe declarársele exento de responsabilidad penal".

(Exp. 011-98. Ilea. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 156).

"Una grave altercación de la conciencia, suficiente para eliminar la responsabilidad supone 'el no haber tenido ni conciencia ni el dominio de los propios impulsos', y quien no posee conciencia del propio acto, tampoco puede evocarlo".

(Exp. 851-98 PICOT. Camaná. Caro Caria, Dino Carlos "Código Penal". Pág. 156).

(1) Sobre este punto ampliamente en el Derecho alemán, JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. 40/3/1. Pág. 395.

(2) STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. N° 523. Pág. 169.

(3) Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". 5ª edición. Barcelona, 1998. 22/3. Pág. 580; ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Bogotá, 1988. Pág. 446.

(4) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Tomo 1. 21ª edición. Madrid, 1992. Pág. 148.

(5) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal". Traducción de Jorge Bofill y Enrique Aimone Sibson.

Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. 36/28. Pág. 611; ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. 20/23. Pág. 834.

(6) De esta forma MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 22/8. Pág. 581.

(7) Cfr. STRATENWERTH, Günter. Op. Cit. N° 526. Pág. 169, cuando afirma que: "Con la evolución de la psiquiatría también se transforma el catálogo de las perturbaciones consideradas como psicosis". También Giovanni y MUSCO, Enzo. "Diritto Penale". Zanichelli. 2ª edición. Bologna, 1993. Pág. 251, quienes definían al concepto de enfermedad mental, recogido en el Código Penal italiano, señalan que se encuentra sometida a las variaciones que la psiquiatría adopte o tenga, "ya sea por seguir un paradigma médico que define la sola como un disturbio de un sustrato orgánico o biológico), un paradigma simplemente psicológico (como la malattia como una simple disfunción psíquica) o un paradigma sociológico (que considera la malattia o en disturbio psíquico de origen social, en el que hay una relación personal inadecuada en el ambiente de vida al trabajo)".

(8) Cfr. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". 3ª edición. Cedam. Padova. Pág. 677.

(9) Cfr. MAURACH. Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cit. 36/30. Pág. 612; STRATENWERTH, Günter. Op. Cit. N° 5285.

Pág. 161: "La solución de la problemática corresponde al juez, quien a su vez, depende del juicio (y de los criterios individuales) de los peritos".

(10) Cfr. en la ciencia penal española, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas.

José. "Aspectos Problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: Revista de Derecho Penal y Criminología (2º Época). Madrid, 2000. N° extraordinario. Pág. 265, quien, sin embargo, señala: "La nueva fórmula cualquier anomalía o alteración psíquica, permite sin duda comprender los supuestos de retraso mental y de psicopatía, pero adolece de una imprecisión mucho mayor que el término enajenación. No se determinan en absoluto los presupuestos psiquiátricos o psicológicos de aplicación de la eximente".

(11) Asi JAKOBS, Günther. "Derecho Penal". Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons; Madrid; 18/8; p. 632, cuando se refiere al trastorno psicopatológico en el Derecho alemán.

(12) En el mismo sentido MAURACH. Reinhart y ZIPF. Heinz. Op. Cit. 36/28. Pág. 611 señala que: "El objeto primario del efecto patológico no precisa ser necesariamente la específica actividad del pensar. Es suficiente que haya profundos trastornos de la vida volitiva, de los sentimientos, o de los impulsos". La jurisprudencia alemana señala de manera frecuente que como causas de inimputabilidad no solo se puede enumerar las enfermedades. sino todas "las perturbaciones de la actividad del entendimiento, así como de los impulsos de la voluntad, de la vida sentimental o instintiva, que existen en una persona normal y psíquicamente madura, cuando lesionan las representaciones que permiten formar la voluntad y sus sentimientos"; véase STRATENWERTH. Günter.

Op. Cit. N° 577. Pág. 170; MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Pág. 645; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Op. Cit. 420.

(13) ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/8. Pág. 827. También ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Ediar. Buenos Aires, 1982. Pág. 153.

(14) Cfr. También SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. "Comentarios al Código penal de 1995". Tomo 1. Coordinado por Vives Antón. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág. 116, quien afirma: "Ni es exigida una pérdida total de las facultades mentales para llegar a una declaración de inimputabilidad, ni el simple diagnóstico de una enfermedad conlleva la declaración de inimputabilidad y anudadamente la peligrosidad criminal".

(15) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cit. Págs. 87 y sgtes., quien luego acota: "El acento decisivo pone ahora sobre el efecto psicológico y no sobre la enfermedad mental como acontecía con la deroga eximente de enajenado...".

(16) Cfr. también SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. Op. Cit. Pág. 115.

(17) En la Ciencia Penal italiana, dentro de la referencia que su Código Penal hace en su artículo 88 y 89 de la enfermedad mental -y en rigor de la interpretación que se deduce del término mente, se entiende que ella abarca "no solo todos los procesos intelectivos, desde los más elementales a los más complicados (percepción, atención, memoria, representación, juicio, razonamiento, etc.), sino también los de la voluntad"; véase ANTOLINI, Francesco. Op. Cit. Pág. 446.

(18) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 125.

- (19) Cfr. MORALES PRATS, Fermín. Op. Cil. 138.
- (20) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.a). Pág. 396.
- (21) Así JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/8. Pág. 632; ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/8. Pág. 827.
- (22) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/30. Pág. 612.
- (23) Cfr. ANTOLISEI, Francesco. Op. Cil. 446.
- (24) Cfr. ROMANO; Mario. "Comentario Sistemático del Codice Penale". Tomo 11. Giuffrè. Milano, 1990. Artículo 88/11. Pág. 34.
- (25) Cfr. PAGLIARO, Antonio. "principi di Diritto Penale". 4ª edición. Giuffrè. Milano, 1994. Pág. 623. .
- (26) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal Español". 4ª edición. Akal/ lure. Madrid, 1997. Pág.
- 327: "Los Tribunales, en consecuencia, deben reconocer este estado de la ciencia como condicionamiento por sus resoluciones y no decretar también qué criterio tiene valor"; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANT , Tomás. "Derecho Penal". 5ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 586, nota N° 11.
- (27) Cfr. MANTOVANI, Ferrando. Op. Cil. Pág. 677, ROMANO, Mario. Op. Cil. Artículo 88/3. Pág. 31.
- (28) FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Pág. 251.
- (29) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 423, quienes señalan que: "No pueden trasladarse al campo del Derecho Penal las polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y en el lugar en el ámbito psiquiátrico Ello podría ser contraproducente y perjudicial tanto para la psiquiatría como para el Derecho Penal". También SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Op. Cil. Pág. 115, quien alude a este proceso como el que las más de las veces jueces y psiquiatras han confundido sus papeles y responsabilidades".
- (30) Cfr. ROMANO, Mario. Op. Cil. Artículo 88/3. Pág. 31.
- (31) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/30. Pág. 612, que apuntan: "El concepto legal de trastorno patológico (anomalía psíquica) excede del concepto psiquiátrico, que es más estrecho",
- (32) Cfr. PAGLIARO, Antonio. Op. Cil. Pág. 623.
- (33) GEREZO MIR, José. Op. Cil. Pág. 267, señala, sin embargo, siguiendo a Gisbert Galabug y Sánchez Blaque, que: "En la cleptomanía y la piromanía solo procede una atenuación de la pena si en el sujeto se apreciara al mismo tiempo un estado de insuficiencia psíquica o una verdadera oligofrenia".
- (34) Así PAGLIARO, Antonio. Op. Cil. Pág. 624.
- (35) Por todos, MANTOVANI, Ferrando. Op. Cil. Pág. 585.
- (36) Así ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/9. Pág. 827.
- (37) Con esta denominación MAURACH, Reinhart y ZIPF. Heinz. Op. Cil. 36/30. Pág. 612.
- (38) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.a). Pág. 396; ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/12. Pág. 828; STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. N° 525. Pág. 169; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/32. Pág. 613; ROMANO. Mario. Op. Cil. Artículo 88/9. Pág. 33.
- (39) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/9. Pág. 634, quien, además, señala: "Últimamente hay hallazgos somáticos para todos los trastornos psíquicos; incluso el carácter patológico del diagnóstico aisladamente comprobable. (p.ej. una ligera intoxicación etílica) no tiene por qué decir nada del carácter

patológico del transtorno psíquico, igual que, a la inversa, al menos en los casos límite, es discutible la justificación de postular un hallazgo parorgánico para cuadro psicopatológico".

(40) En este sentido STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. N° 528. Pág. 170.

(41) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 327: "En definitiva, todo se apoya en una mera suposición que ha su vez, descansa en otra no menos cuestionable: que la vida espiritual es un producto mecánico de la causa "natural". También BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal". PPU. 4ª edición. Barcelona, Pág. 500.

(42) Que puede producir la demencia alcohólica, que se caracteriza por el deterioro global, grave e irreversible de facultades intelectuales, el síndrome de Korsakoff, que puede manifestarse en muchas afecciones, pero es más frecuente en el alcoholismo crónico y que consiste en una gravísima laguna de la memoria, conocida de fantasiosas invenciones y acompañada de confabulaciones, o el delirio de celotipia, que es el convencimiento irremovible y errado de la infidelidad del compañero o compañera.

(43) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Tomo V. Pág. 166.

(44) La jurisprudencia del Tribunal Español consideró que si el delito se cometió durante el ataque epiléptico o en la llamada aura epiléptica (inmediatamente antes o después del ataque), o cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia, se aplicaba la eximente; véase CEREZO MIR, José. "Derecho Penal". UNED. 2ª edición. Madrid, 2000. Pág. 58.

(45) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.d). Pág. 398.

(46) Véase CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". Pág. 269.

(47) Véase ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/24. Pág. 834; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/40. Pág. 612;

STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. N° 527. Pág. 170; JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.d). Pág. 398.

(48) En este sentido, MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 22/34. Pág. 589.

(49) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/41. Pág. 617, quien señala que: "Contra lo que ocurre con el auténtico psicótico, el psicópata está caracterizado, preponderantemente, no tanto por la escasez de inteligencia como defectos en el plano de aquellas notas psíquico-éticas que permiten comprender al hombre como personalidad ético-social".

(50) Así COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 588 y sgte.

(51) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/20. Pág. 641. I s (52) Sin embargo, como anota CEREZO MIR, José. Op. Cil. Pág. 268: "La más importante para el Derecho penal es la psicopatía de social, pues se aprecia en gran parte de los delincuentes habituales".

(53) Cfr. CEREZO MIR, José. Op. Cil. Pág. 268, quien anota que: "Las psicopatías son generalmente congénitas, aunque en ellas pueden influir factores medio ambientales, especialmente la educación".

(54) De esta forma ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cil. Tomo V. Pág. 157.

(55) Sin embargo, incurre en una peligrosa generalización MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 22/34. Pág. 589.

(56) CEREZO MIR, José. Op. Cil. Pág. 267, quien correctamente señala que: "No procede, desde luego a la aplicación de la eximente completa en los casos de histeria y ludopatía".

- (57) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/26. Pág. 836.
- (58) Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español del 13 de octubre de 1971, señaló que: "Los neuróticos ocupan el último lugar descendente de la perturbación mental; por lo que solo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, de modo que las reacciones neuróticas solo pueden pretender, cuando más, un poderío atenuante".
- (59) Por todos, ROMANO, Mario. Op. Gil. Artículo 85/6 y 7. Pág. 14.
- (60) Correctamente, SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Pág. 116.
- (61) Véase al respecto, FIAN DAGA, Giovanni y MUSGO, Enzo. Op. Cil. Pág. 252; ROMANO, María. Op. Cil. Artículo 88/17. Pág. 36.
- (62) Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 585: "La presencia de anomalías biológicas no es, pues, ni condición necesaria para apreciar la inimputabilidad que puede darse en sujetos carentes de cualquier clase de patología, ni mucho menos condición suficiente para estimar que el sujeto fue las sufre es, sin más, inimputable". También BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 326: "El concepto de enfermedad mental no se superpone con el concepto médico de la misma". .
- (63) En este sentido, expresamente BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cil. Pág. 500; MUÑOZ CONDE, Francisco GARCIA ARAN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 424, quienes apuntan que: "No es, pues, la nosológico psíquico ¿es tan siquiera el diagnóstico en sí mismo, lo que interesa al Derecho penal, sino los efectos PSICOLÓGICO: ~ aludidos que se reflejan en la actuación de la persona etiquetada con cualquier diagnóstico psiquiátrico. También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRE OLIVE, Juan SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Lecciones de Derecho Penal. P. Barcelona, 1999. Pág. 248.
- (64) Así SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. Op. Cil. 115.
- (65) Incide en este aspecto ROMANO, Mario. Op. Cil. Artículo 85/8. Pág. 16.
- (66) Sin embargo, no puede dejar de precisarse que su delimitación no es sencilla ni carece de razón y son sumamente problemáticas en la hora de resolver los casos concretos, y que habla más de su recerca consigo misma. Basta ver, como prueba de esto último que, por lo general, siempre la anomalía psíquica supone una grave alteración de la conciencia por parte del sujeto que la padece.
- (67) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/34. Pág. 613.
- (68) Así JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.b). Pág. 396; JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/17. Pág. 639.
- (69) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/34. Pág. 613.
- (70) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/17. Pág. 639.
- (71) De este modo, ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/13. Pág. 828, JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/17. Pág. 638.
- (72) Así STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. W 529. Pág. 171.
- (73) Como lo plantea JESCHECK, Hans. Op. Cil. 40/3/2.b). Pág. 396.
- (74) Recuérdese que, según el Diccionario de la Lengua Española, "alteración" es la "acción de alterar o de alterarse". "Alterar", por su parte, es "cambiar la esencia o forma de una cosa".
- (75) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/13. Pág. 829, quien señala que: "Se deben eliminar todos los trastornos de conciencia que aun se manifiesten dentro del margen de lo normal. También la persona normal sufre una visión otra vez

mermas más o menos fuertes de la conciencia, se deban a la falta de sueño, a agotamiento, pánico o cualesquiera otras causas corporales o psíquicas. Tales estados por regla general no han de ser tenidos en cuenta en el ámbito de la imputabilidad, sino en la valoración de la medida de la culpabilidad .

(76) Así MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/35. Pág. 613.

(77) Cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/17. Pág. 639.

(78) En detalle ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 829; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/35. Pág. 613.

(79) Véase en el Derecho Penal español MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 23/11. Pág. 602.

(80) Así CEREZO MIR, José. "Derecho Penal". Pág. 63.

(81) De modo semejante en el Derecho Penal alemán para el caso del trastorno profundo de la conciencia", MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/36. Pág. 614.

(82) Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. Op. Cil. Pág. 120.

(83) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 23/13. Pág. 602, quien refiriéndose al caso de la legislación española cita tres clases de argumentos para combatir el planteamiento que exige una base patológica, como en algunos casos de la anomalía psíquica, para el trastorno mental transitorio. Estos argumentos son: a) Argumento gramatical o literal, ya que la ley no requiere en ningún momento base patológica, sino que solo alude al trastorno mental transitorio; b) Argumentos históricos que se fundan en el hecho de que el legislador de 1932 argumento trastorno mental transitorio por razones exógenas, distintas al dato endógeno del fondo patológico, y c) Argumento dogmático y político criminal que se deriva del principio de culpabilidad y por el culpa exigir un trastorno mental transitorio con base patológica contradiría este principio fundamental, puesto que limitaría la aplicación de la eximente negando su concurrencia cuando falte dicho fondo (pág. 603).

(84) Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. 596, para quienes: "La polémica nace en que, una base patológica en el trastorno mental transitorio debe considerarse zanjada desde el momento ESTOS Psicológicamente, es posible una alteración plena de la conciencia y de la voluntad Sin ella". También RAMIREZ, Juan. Op. Cit. 501. J sé (85) Véase al respecto nuestro análisis para el caso del homicidio por emoción violenta en CASTILLO ALVA Luis. "Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales". Gaceta Jurídica. Lima, 2000. Págs. 27 Y

(86) Véase las referencias en ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/15. Pág. 830.

(87) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Pág. 237, Y en especial págs. 265 y sgtes.

(88) Existen todavía Códigos penales, como el italiano de 1930, que recogen en una de sus disposiciones (artículo 90) la regla que: "Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l' imputabilità". Para salvar este escollo legislativo la doctrina italiana se ve forzada a estimar que si bien el estado pasional o emotivo "en sí y por sí mismo considerado" no excluye ni disminuye la imputabilidad, puede ser manifestación, síntoma o producto de un estado patológico. Se pone por ejemplo, el caso de una celotipia momentánea que lleva a la realización de un acto trágico y que no podría surtir algún efecto sino es manifestación de una celotipia obsesiva delirante.

Por ello, gran parte de la ciencia penal italiana viene reconociendo la irrelevancia del estado pasional o emotivo no patológico. Véase ROMANO,

Mario. Op. Cit. Artículo 90/4 y 7. Pág. 44 Y sgtes; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Op. Cit. Pág. 253; PAGLIARO, Antonio. Op. Cit. Pág. 627. Si bien se debe comprender dicha disposición por ser una expresión de su tiempo, la cual buscaba evitar un supuesto beneficio injusto al autor Impulsivo, no cabe duda que contraviene directamente el principio de culpabilidad.

(89) Cfr. MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit. Pág. 683.

(90) Ampliamente STRATENWERTH, Günter. Op. Cit. W 530. Pág. 171; JESCHECK, Hans. Op. Cit. 40/312.b). Pág. 397.

(91) Así MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cit. 36/38. Pág. 615.

(92) ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/16. Pág. 830. En la doctrina nacional, véase CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Pág. 261 .

(93) Cfr. JESCHECK, Hans. 40/3/2.b). Pág. 397; ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/18. Pág. 832; STRATENWERTH, Günter.

Op. Cit. N° 530. Pág. 171. .

(94) Sin embargo, debe advertirse que dichas reglas no pueden transplantarse mecánicamente a las acciones emotivas intensas.

(95) Por todos, ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/18. Pág. 832, quien califica estos casos solo como imprudencia considerar que: "Sin duda la mayoría de las veces esa conducta del sujeto va a representar solo una Imprudencia, porque confía negligentemente en poder evitar el desbordamiento pasional".

(96) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Tomo V. Págs. 161 y 165; MANTOVANI, Ferrando. Op. Cit. Pág. 587. (97) Así JESGHEGK, Hans. Op. Cit. 40/312.c). Pág. 397; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cit. 36/39. Pág.

616; ROXIN, Claus. Op. Cit. 20/21. Pág. 833; JAKOBS, Günther. Op. Cit. 18/13. Pág. 636, quien señala que "ha de entenderse como resto de un concepto de patología basado en procesos somáticos".

(98) Así MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 22/32. Pág. 588. Madrid, 1997. Pág. 89; MUÑOZ CONDE. Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal". Tirant lo Blacnh. 4ª edición. Valencia, 2000. Pág. 425; MORALES PRATS, Fermín. "Comentarios al nuevo Código Penal". Aranzadi. Pamplona. 1996. Pág. 138, quien señala que: "La fórmula utilizada es el artículo 20.1 (del C.P. español) a buen seguro facilitará puentes de diálogo entre la Psiquiatría y el Derecho penal"; CERESO MIR.

(99) De esta forma, MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 22/44. Pág. 593.

(100) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Tomo V. Pág. 162.

MINORIA DE EDAD

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

2. El menor de 18 años; (*)

(...)

CONCORDANCIAS:

C.A.D.H. arts. 5.5, 19

C.C. arts. 42, 43. 1, 1975, 1976

C. DE P.P. arto 18 arto 22

C.P. art.3

LEY N° 26447 (20/04/95) art.3

(°) Texto del inciso según modificatoria efectuada mediante el artículo 3 de la Ley N° 26447 del 21/04/95. Anteriormente, este inciso había sido modificado mediante el artículo 1 del Decreto Ley N° 25564 del 20/06/92.

D.L. N° 25564 (20106192) arts. 1, 133, 183, 184

C.N.A. LEY N° 26830 (01/07/97) arto 7

DI.D.e.p. arto 14.4

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Generalidades

1. En Derecho Penal, sistemáticamente, el juicio de culpabilidad o reprochabilidad personal del autor presupone que este haya realizado una conducta antijurídica (v.gr. a todo inimputable solo se le puede aplicar medidas de seguridad postdelictuales; vide artículo 72 inciso 1 CP). Desde la distinción básica entre injusto y culpabilidad, la evaluación jurídico-penal de esta en el agente debe suponer siempre la comprobación no solo de que ha realizado una conducta prevista como delito sino de que la conducta realizada es antijurídica (constitutiva de ilícito penal)(1).

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico implica la culpabilidad de quien lo efectúa. Para que una conducta ilícita realizada sea reprochable personalmente a su autor, este no solo debe a) obrar con el conocimiento de su ilicitud y b) (eventualmente) en normalidad de circunstancias (que posibiliten su autodeterminación conforme a las normas jurídicas), sino sobre todo debe e) poseer capacidad de culpabilidad o imputabilidad al momento de realizarla(2).

2. Conforme a ello, nuestro CP señala que la falta de cualquiera de estos tres elementos de la culpabilidad exime de pena. Así, la ausencia de conocimiento de la ilicitud del acto origina un error de prohibición (artículo 14 párrafo segundo, primer supuesto, y artículo 15, primer supuesto: error de prohibición invencible); la ausencia de capacidad de culpabilidad origina las causas de

inimputabilidad (artículo 20 incisos 1 y 2 CP); por su parte, la concurrencia de circunstancias anormales que hacen inexigible la autodeterminación conforme a Derecho origina las causas de exculpación (también llamadas de no exigibilidad de otra conducta): artículo 20 incisos 5, 7 Y 9 CP(3).

La capacidad de culpabilidad se constituye así como un elemento imprescindible de la culpabilidad, sin el cual el autor del ilícito penal no puede ser en ningún caso responsable penalmente. En Derecho Penal sin imputabilidad no hay culpabilidad, y sin culpabilidad no hay responsabilidad penal. Más claro, si la pena presupone culpabilidad (principio de culpabilidad), sin capacidad de culpabilidad, el autor de un ilícito penal no puede ser criminalmente responsable del mismo.

3. Nuestro Código Penal no define lo que es la capacidad de culpabilidad, simplemente alude a ciertas circunstancias en que considera está ausente, pero definir lo imputable como el no incurso en ellas no aclara nada(4). Por imputabilidad o capacidad de culpabilidad (también, capacidad de "motivación") debe entenderse, en lo esencial, la aptitud personal de los individuos para comprender el carácter delictuoso de las conductas y de comportarse conforme a esa comprensión(5). Presupone, por tanto, la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión(6).

En tal línea, nuestro Código Penal ha regulado entre las circunstancias que eximen de responsabilidad penal (artículo 20 GP), dos causales de inimputabilidad; ellas son: 1.- El obrar por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción (inciso 1); y -en lo que aquí interesa- 2.El obrar siendo menor de edad (inciso 2).

4. En este último precepto, sin embargo, alejándose de la base motivacional inherente a la imputabilidad, nuestro texto punitivo ha establecido la minoría de edad eximente de responsabilidad penal para toda persona que aun no haya cumplido los 18 años de edad cronológica, sin exigir la comprobación de que carezca en efecto de la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión(7) (imputabilidad), como sí lo hace, por ejemplo, en la causal del artículo 20 inciso 1 GP.

Prescribir que solo pueden ser responsables criminalmente las personas desde que han cumplido 18 años, representa la decisión legislativa por excluir de manera genérica la responsabilidad penal a todos los menores de esa edad, presumiendo su incapacidad de culpabilidad, en vez de determinarla individualmente en cada uno de ellos cada vez que cometan un ilícito penal. Por ello, el menor de 18 años puede o no tener realmente capacidad de culpabilidad, pero por esa sola condición de minoridad, a efectos penales, se le considerará inimputable, no pudiéndosele formular reproche de culpabilidad penal alguno. No es necesario -o mejor, resulta irrelevante- comprobar la inimputabilidad del menor para aplicar el artículo 20 inciso 2 GP.

En otras palabras, por más que el menor de edad, autor de un ilícito penal, haya comprendido el carácter delictuoso de su acto y se haya comportado

conforme a esa comprensión, en virtud de la presunción *juris et de jure* contenida en el artículo 20 inciso 2 GP, no podrá ser objeto de proceso penal ni de sanción penal alguna. Por tanto, basta acreditar la minoría de edad cronológica para que sea aplicable la eximente, sin que tengan relevancia jurídico-penal la madurez y las capacidades intelectivas y volitivas del individuo.

5. La incapacidad de culpabilidad en los menores de 18 años se configura en el Derecho Penal peruano vigente como un parámetro normativamente predeterminado, bajo la forma de una presunción legal absoluta, que no admite prueba en contrario. Tanto así que ni siquiera una comprobación pericial (psiquiátrica o psicológica) de la imputabilidad del menor o de su alto desarrollo intelectual y volitivo puede llegar a destruirla. Si bien la ley penal prescribe que la minoría de edad constituye una causal de ausencia de imputabilidad, solo aquella pero no esta requiere ser acreditada. Por fuerza de la ley, está exento de responsabilidad penal tanto el menor de 18 años que carece de capacidad de culpabilidad como el que realmente sí la posee(8).

Empero, una presunción *jure et de jure* como esta no está exenta de críticas; v.gr. no solo impide imponer una pena criminal al menor de 18 años que tiene capacidad de culpabilidad, sino también obliga a imponérsela a una persona de 18 ó 19 años semiinimputable (no incurso en el artículo 20 inciso 1 CP) en quien subsiste solo una pequeña medida de culpabilidad, pese a que resulte más adecuado aplicarle consecuencias no criminales como son las medidas socio-educativas, reguladas por el Código de los niños y adolescentes (vide más infra).

6. Ahora bien, en la determinación exacta de cuándo una persona cumple los 18 años de edad se deben computar tanto los años, meses, días, horas como minutos transcurridos desde su nacimiento, pues los años no se cumplen sino hasta la hora y minuto en que se nació(9). Como hasta la hora correspondiente no se alcanzan totalmente los 18 años, los puntos de intervalo serán así la hora del nacimiento del agente (v.gr. que aparece en la partida de nacimiento) y la hora de comisión del injusto típico. Específicamente, en este último extremo, se debe reparar en la edad poseída al momento de la realización de la conducta antijurídica (10) (vide infra).

Empero, cualquier duda sobre la minoría o mayoría de edad del agente debe resolverse por lo más favorable a la persona (*in dubio pro reo*); v.gr. en los casos en que se debe estimar médicamente la edad de una persona cuyo nacimiento no ha sido registrado o que carece de partida de nacimiento (11). Por lo demás, las personas que han cumplido los 18 años (menores de 21) están sujetas facultativamente a un régimen atenuado de punibilidad (artículo 22 CP), en virtud de su imputabilidad disminuida (vide infra).

II. Fundamento 1. En el Derecho Penal peruano la inimputabilidad se presume siempre en los menores de 18 años de edad sin prueba en contrario; no obstante, la fundamentación de esta presunción requiere ser esclarecida. Una presunción como esa solo puede partir de considerar que las personas no son iguales(12) en cuanto a su desarrollo cognoscitivo y volitivo; así, el de un adulto no es igual al de un menor de edad (vide más infra). Solo sobre la base de ello el legislador, decidido a regular la inimputabilidad mediante una presunción,

puede establecerla en una determinada edad cronológica. Ahora bien, la presunción aludida pudo no ser absoluta sino solo relativa o *juris tantum* (con admisión de prueba en contrario); o la inimputabilidad pudo ser fijada en otra edad(13) o matizada en una escala cronológica(14)(15); quizá con mejores resultados de cara a la prevención de delitos (*vide infra*). La posibilidad de admisión de una u otra opción queda en manos del legislador para una futura reforma(16); su evaluación detallada escapa de los fines del presente comentario.

2. En el Derecho vigente, para la doctrina dominante lo que se presume en el artículo 20 inciso 2 CP es la falta de asequibilidad normativa del menor de 18 años(17): a esa edad una persona no tendría la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de determinarse conforme a ella, por cuanto la inmadurez o desarrollo incompleto de su personalidad (psíquico y psicológico) no lo permitiría(18). Otros autores consideran que la presunción se funda en valoraciones político-criminales del Derecho Penal moderno: los ilícitos de un menor de edad no conmoverían la conciencia jurídica colectiva e imponerles sanciones criminales resultaría preventivo-especialmente contraindicado(19), siendo más adecuado en orden a la prevención de delitos y protección de la sociedad aplicarle medidas socio-educativas o de protección(20). "Para la actual concepción político-criminal, si bien es cierto que no puede castigarse sin culpabilidad, no siempre que concorra culpabilidad habrá que castigar, sino solo cuando sea necesario y adecuado en orden a la prevención de delitos y protección de la sociedad. De ahí que en el ámbito de menores pueda dejarse de acudir al Derecho Penal desde el momento en que son posibles otras medidas tutelares más específicas"(21).

3. Establecer *juris et de jure* la inimputabilidad para los menores de 18 años no está exento de reparos. No en pocos supuestos, y desde diversos puntos de vista, se puede cuestionar dicho límite.

A. Por un lado, como ya se ha anotado, algunos menores de edad pueden, en efecto, realizar ciertos ilícitos penales culpablemente (por haber comprendido el carácter delictuoso del acto y haberse determinado conforme a esa comprensión), en virtud del grado de desarrollo de sus capacidades intelectivas y volitivas (*vide supra*). La razón de considerar a las personas que al momento de cometer un ilícito penal no han cumplido los 18 años de edad como inimputables no puede ser -al menos no en todos los casos: *jure et de jure*- el que no sean normativamente asequibles. Pues no se puede decir que a todos los menores de edad leS!!' falte siempre, al realizar toda (cualquier) conducta ilícita, capacidad de culpabilidad. Muchos adolescentes (por ejemplo, de entre 15 y 17 años) pueden tener la madurez mental suficiente para comprender la ilicitud de ciertas concretas conductas y de determinarse conforme a esa comprensión; v.gr. con relación a delitos como el de daños, hurto u homicidio. En tal sentido, se afirma que un sujeto puede ser imputable respecto de algunos delitos e inimputable respecto de otros (v.gr. omisión de socorro, receptación, etc.).

Las críticas, en este punto, sin embargo, no alcanzan a todo el contenido del artículo 20 inciso 2 CP. La presunción ciertamente abona a fundar la

inimputabilidad en los menores de edad que carezcan de al menos una de las facultades referidas. Así, conforme a ella, el menor de edad que no posee la capacidad de comprender la ilicitud de su acto no podrá tampoco determinarse conforme a esa comprensión, por tanto será siempre inimputable. Lo mismo se puede decir del menor de edad intelectualmente desarrollado, que comprende la ilicitud de su acto, pero que no posee capacidad inhibitoria o de control. Distinto es, en cambio, el caso del menor de 18 años que sí posee la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con ella, pues la posesión de ambas facultades se contrapone con la propia esencia de la inimputabilidad, convirtiendo al artículo 20 inciso 2 CP en una gran ficción jurídica (22), opuesta a la realidad del caso concreto.

B. Por otro lado, algunos mayores de 18 años pueden no tener capacidad de culpabilidad plena (sin estar incursos en la circunstancia del artículo 20 inciso 1 CP). Al respecto, la doctrina, como se ha adelantado, distingue entre la capacidad de comprender la ilicitud de los actos de la capacidad de control de inhibición de realizarlos. La incapacidad para comprender el carácter delictuoso del acto se vincula a un defecto intelectual o cognitivo(23) del in imputable, mientras que la incapacidad para determinarse según esa comprensión, a un defecto volitivo o inhibitorio. En tal sentido se señala que un individuo por lo general no posee ambas facultades a la vez sino que la capacidad de control siempre es más lenta y posterior al desarrollo intelectual(24). Por eso, una persona incluso puede alcanzar un nivel intelectual o cognitivo prematuramente (es decir, antes que el promedio) que le permita comprender la ilicitud de su conducta, pero no poseer aun la capacidad de control de inhibición de actuar(25).

Desde este punto de vista resulta pues también inexacta una presunción que se base en considerar que a los 18 años las personas alcanzan un grado de desarrollo de su personalidad suficiente para comprender la ilicitud de toda conducta; como también el presumir que la facultad de comprender la ilicitud del acto coincide o trae consigo la de control de inhibición(26), o que a los 18 años las personas ya poseen ambas facultades. Pues si la capacidad de control es posterior a la capacidad de comprensión de lo ilícito, solo los niños que excepcionalmente han alcanzado un desarrollo intelectual prematuro (antes que el promedio) podrían poseer la capacidad de control de inhibición a los 18 años, como requiere la ley.

4. Con todo, se puede atenuar las críticas al Derecho vigente, agregando que la presunción absoluta establecida en el artículo 20 inciso 2 CP de que a los menores de 18 años carecen de la capacidad de comprensión de la ilicitud o de determinación según dicha comprensión, contiene en sí una valoración jurídica correcta de los datos derivados por las ciencias psiquiátrica y psicológica. En tal sentido, su fundamento no solo reside en considerar que a los menores de 18 años carecen de alguna de ambas facultades (cognoscitiva o inhibitoria) o en razones de política criminal actual (vide supra), sino también en criterios ontológicos y de seguridad jurídica; con lo cual queda en claro el amplio y diverso basamento jurídico de la eximente.

A. El fundamento ontológico parte también de que se tiene que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Todas las personas son destinatarias de las normas penales, pero no todas están en condiciones de comprenderlas y de adaptar sus actos con arreglo a ellas(27). Esto implica que los menores de edad -en tanto no pueden comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a dicha comprensión- no pueden ser tratados igual que los mayores de edad que poseen plena capacidad de comprensión y actuación. Pues solo se puede juzgar a las personas en las mismas condiciones y con la misma severidad cuando tienen la capacidad de motivarse por los imperativos jurídicos (discernir lo que está prohibido u ordenado) y cuando, pese a poder evitar o efectuar una actuación conforme a ellos, no se inhiben de hacerlo. Prescindir del fundamento ontológico implicaría tratar a los menores de edad sin culpabilidad con el mismo rigor y dureza que a los mayores de edad con culpabilidad. Dicho fundamento además dota de legitimidad al Derecho Penal en la sociedad porque solo aplicando las normas penales en función de la culpabilidad personal de las personas, que tiene como esencia a la imputabilidad, se logra la fidelidad al Derecho, y con ello la convivencia pacífica de la sociedad.

B. Que la ley prescriba estrictamente que solo las conductas ilícitas de las personas mayores de edad puedan ser objeto del Derecho Penal, mas no las de personas que al momento de realizarlas no hayan cumplido los 18 años, pese a que, en su caso, puedan gozar de capacidad de culpabilidad, puede administrarse como un criterio generador de seguridad jurídica y una guía eficaz de la actividad jurisdiccional (función orientadora de la seguridad jurídica)(28). Dicho fundamento garantizaría además a los menores de edad, ya los miembros de la Sociedad en general, el desarrollo de su personalidad en forma normal y plena sin amenaza alguna (función de realización de la seguridad jurídica)(29), sin la incertidumbre que pudiera generar la posibilidad latente del sometimiento a menores al sistema penal. La función orientadora de la seguridad jurídica -principal pilar del principio de culpabilidad, que a su vez constituye una de las piedras angulares dentro del fundamento jurídico-penal del principio de legalidad(30) es determinante para solucionar asuntos polémicos, como por ejemplo, el de la determinación de la edad en los delitos de resultado, continuados, permanentes, en caso de delitos conformados por una pluralidad de actos, concursos reales, etc. (vide infra).

III. Supuestos problemáticos de determinación de la minoría de edad 1. Ya se ha anotado que para precisar la minoría de edad de una persona se deben computar los años, meses, días, horas y minutos transcurridos desde su nacimiento hasta la hora de comisión del ilícito penal. Mediante la fijación de la fecha, hora y minuto de nacimiento de una persona se logra delimitar con acierto la culpabilidad del sujeto en relación con los actos realizados después de haber cumplido los 18 años, respecto a los anteriores sobre los que no tiene culpabilidad. Conforme a ello, el criterio fundamental que marca la concurrencia de la eximente en comentario es el de la edad cronológica que tenía la persona al momento de la realización del injusto típico, específicamente, al efectuar la conducta ilícita (31). En tal medida, carece de relevancia jurídico-penal la edad que pudiera poseer el agente en el momento de la consumación del delito, la

de su captura o detención por las autoridades policiales, la del momento de la intervención judicial o la que tuviera el menor al disponérsele el corte del proceso penal. Y ello rige tanto para los supuestos habituales como para los problemáticos.

2. En los delitos de resultado, la minoría de edad se comprueba en el momento de realizar la conducta y no en el momento en que se produce el resultado típico, de modo tal que si la acción es producida después de que el autor ha cumplido la mayoría de edad penal habrá imputabilidad, mientras que si la acción se realiza antes de cumplir la edad requerida por la ley penal pero el resultado se produce después de que el sujeto ha cumplido la mayoría no habrá imputabilidad; v.gr. si un menor de edad envía una carta injuriosa cuando tenía 17 años y el destinatario la recibe, y ve lesionado su honor, cuando aquel ya había cumplido los 18 años, cabe liberarlo de pena porque el momento decisivo para apreciar la eximente es en el momento de efectuar la conducta.

3. En los delitos constituidos por una pluralidad de actos hay que distinguir diversos supuestos. En los delitos continuados, si el agente cumple 18 años entre acto y acto solo se valorarán los actos posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad; por el contrario, las acciones anteriores a ese momento permanecerán impunes; v.gr. un hurto sistemático a lo largo de varios meses originará responsabilidad penal solo desde el acto posterior al cumplimiento de los 18 años de edad (y ello rige también para la determinación del monto sustraído). Lo mismo rige para el concurso real de delitos, en el que el agente solo puede ser responsable penalmente por el ilícito cometido en mayoría de edad.

Este mismo criterio, aplicado a los delitos conformados por una pluralidad de actos (v.gr. robo, violación sexual, extorsión, etc.), donde tras el primer acto ejecutivo (v.gr. violencia o amenaza) se alcance la mayoría de edad, conduce a la impunidad del autor, inimputable al comenzar la ejecución del ilícito. En los delitos permanentes (v.gr. secuestro, tráfico de menores), en los que la situación antijurídica es mantenida por el autor y prolongada en el tiempo cabrá computar la prolongación desde la obtención de la mayoría de edad y castigar al autor por la permanencia desde ese momento, y no hacerlo responsable por todo el hecho;

v.gr. si el adolescente de 17 años perpetra el ilícito penal del artículo 152 inciso 1 CP, los actos de crueldad por los que se le hará responsable serán solo los cometidos en mayoría de edad (32).

IV. La minoría de edad como causal de inimputabilidad en el Derecho Penal peruano

1. Nuestro CP regula la minoría de edad entre las causales que eximen de responsabilidad penal (artículo 20), en los siguientes términos: "Está exento de responsabilidad penal: (...) 2. El menor de 18 años". La "responsabilidad penal" a que se refiere el encabezado no puede entenderse como alusiva específicamente a la culpabilidad o a algún otro elemento de la estructura delictiva, pues el precepto anotado comprende tanto causales de ausencia de acción, de atipicidad, de justificación, de exculpación y de inculpabilidad. Más

bien debe entenderse como el efecto genérico de impunidad que ocasiona la concurrencia de cualquiera de las circunstancias enumeradas por ausencia de algún elemento del delito.

La "responsabilidad penal" no debe identificarse así ni con la culpabilidad o reprochabilidad personal, ni con el concepto complejo de "responsabilidad" que, según parte de la doctrina, comprende a la culpabilidad y a la necesidad preventiva de pena(33). Conforme a ello, la exención de la responsabilidad penal del menor de 18 años (artículo 20 inciso 2) debe entenderse como un efecto de la exclusión de la culpabilidad del autor, específicamente de su imputabilidad; como puede serlo también, con respecto a otras circunstancias, de la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta(34).

2. Cualquier sistematización sustentable de la estructura delictiva presupone que para evaluar la culpabilidad de una persona, esta debe haber realizado no solo un hecho previsto como delito (en rigor, delito o falta), sino una conducta antijurídica no cubierta por ninguna causa de justificación: un ilícito penal. En tal sentido, las conductas previstas como delitos, disvaliosas, que menoscaban bienes jurídico-penales efectuadas por los menores de 18 años constituyen verdaderos ilícitos penales. El análisis de la minoría de edad no enerva el injusto típico sino que lo presupone, y dentro de la estructura delictiva, solo excluye la culpabilidad del autor.

Por otro lado, un menor de edad puede obrar amparado en una causa de justificación (v.gr. legítima defensa: artículo 20 inciso 3, o estado de necesidad justificante: artículo 20 inciso 4 CP), en cuyo caso la exención de responsabilidad penal se derivará antes ya de la exclusión de la antijuridicidad del comportamiento y no de la inculpabilidad de su autor, por lo que ni siquiera cabrá imponerle medida socio-educativa o de protección alguna(35). La misma consecuencia debe afirmarse en caso de que el menor de edad haya obrado incurso en una causal de exculpación (v.gr. artículo 20 inciso 5 ó 7 CP), porque en tal caso él no habrá demostrado comportarse peor de lo exigible a cualquier otro(36). Por su parte, en los casos en que el menor padezca una anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o una alteración de la percepción (artículo 20 inciso 1 CP), la aplicación de una medida de seguridad (conforme al CP: artículo 71 y sgtes.) debe descartarse, pues estas, como las penas, están reservadas para los in imputables o semiinimputables mayores de edad; en cambio, sí pueden ser objeto de medidas socioeducativas o de protección, conforme al Código de los Niños y Adolescentes.

3. Ahora bien, en virtud de su inimputabilidad, el menor de edad (como el enfermo mental o el que sufre alteraciones de la conciencia) que ha realizado un ilícito penal no pierde la calidad de autor del delito, siempre que haya realizado por sí, por medio de otro o conjuntamente con otros el hecho punible (artículo 23 CP).

El menor de edad puede ser autor directo del ilícito si realiza directa y personalmente y con dominio del hecho la acción típica (v.gr. arrebató el reloj a un transeúnte), autor mediato si domina la voluntad de otra persona a la que instrumentaliza para cometer un ilícito (v.gr. coacciona a otro menor de edad para que hurte), o coautor si, previo acuerdo y reparto de funciones, codomina

el hecho global con otros (v.gr. varios menores de edad hurtan en una tienda o cometen "pandillaje pernicioso"(37)).

4. Los menores de 18 años pueden ser también solo partícipes del delito (inductores: artículo 24; o cómplices: artículo 25 CP). Serán inductores si dolosamente determinan a otro a cometer el hecho punible (v.gr. el adolescente induce a un amigo a hurtar a un vecino), o cómplices si dolosamente prestan auxilio o asistencia a la realización del hecho punible (v.gr. el menor de edad colabora como "campana" en el hurto de una vivienda). La determinación de si es menor de 18 años en estos casos depende de la edad poseída en el momento de realizar la conducta de inducción al delito o auxilio o asistencia a su realización (38); cuestión distinta es que en estos casos de autoría y participación el menor no sea criminalmente responsable.

5. La minoría de edad constituye una especial circunstancia personal e incommunicable entre autores y partícipes: cuando afecta la responsabilidad de algún interviniente del delito no modifica la de los otros intervinientes en el mismo (principio de culpabilidad personal). Así, por ejemplo, si un menor de edad induce a un adulto a cometer un delito, solo aquel quedará exento de responsabilidad penal por poseer la condición personal de inimputable, la cual no se transmitirá al adulto ejecutante, quien responderá penalmente como autor. A la inversa, si un adulto determina a un menor de edad a cometer un hecho punible, solo este quedará exento de responsabilidad penal, mientras que el adulto responderá bien como inductor del delito (recuérdese que la inimputabilidad no afecta la autoría del hecho principal antijurídico) o bien como autor mediato (si el adulto, instrumentalizando al inimputable, tiene dominio de su voluntad), en su caso. Las mismas reglas son aplicables a los supuestos donde en el evento delictivo intervienen, como autores y partícipes, diversas personas, varios menores de edad y adultos: únicamente los mayores de edad, autores o partícipes, pueden ser criminalmente responsables, mientras que los menores solo pueden ser objeto de medidas socio-educativas o de protección.

6. Puede suceder también que al menor de edad se le haya ya abierto erróneamente un proceso penal por la comisión de un delito o una falta, y que durante su desarrollo se logre recabar la prueba idónea de su minoría de edad (v.gr. se obtiene la partida de nacimiento, el peritaje médico determina su minoridad, etc.). En tales casos el juez procederá al corte del procedimiento (que no es equivalente a su absolució), poniendo al menor a disposición del juez competente (vide artículo 18 del Código de Procedimientos Penales).

7. En el autor del ilícito penal puede también subsistir capacidad de culpabilidad pero encontrarse restringida. En tal caso se habla de una inimputabilidad relativa o semiinimputabilidad, que puede generar una atenuación de la pena como reflejo de la culpabilidad disminuida del agente. Con relación a la minoría de edad, nuestro Código Penal preve tal circunstancia en el artículo 22, que prescribe una facultativa reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de 18 y menos de 21 años (o más de 65 años) al momento de realizar la conducta ilícita.

V. Tratamiento legal de los menores de edad infractores

1. De la regulación de la eximente solo se infiere que los menores de 18 años no pueden ser sancionados con arreglo al Código Penal. Sin embargo, la comisión de un ilícito penal por parte de un menor de edad no implica la ausencia de toda reacción estatal, pues judicialmente le podrán ser aplicadas medidas socioeducativas o de protección (no represivas) conforme al Código de los Niños y Adolescentes (CNA)(39).

2. Este cuerpo normativo diferencia entre los menores de edad a los niños (menores de doce años) y a los adolescentes (de doce a menos de dieciocho años) (vide artículo I del Título Preliminar del CNA). Pero si bien tanto uno como otro pueden infringir la ley penal, el Código de los Niños y Adolescentes preve para cada cual consecuencias jurídicas distintas. Así, los adolescentes son pasibles de medidas socio-educativas (artículo 217 CNA): amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, libertad restringida e internación en un establecimiento para su tratamiento (40). Los niños, en cambio, solo pueden ser pasibles de medidas de protección (artículo 184 CNA): el cuidado en el Propio hogar; participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social; incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y atención integral en un establecimiento de protección especial (artículo 242 CNA).

3. El Código de los Niños y Adolescentes regula también el procesamiento (la investigación y juzgamiento) para el caso de los adolescentes infractores, el cual está informado por principio rectores como el de legalidad (artículo 189 CNA), confidencialidad y reserva del proceso (artículo 190 CNA), y demás garantías de la administración de justicia consagradas en la Constitución Política del Perú.

El adolescente puede ser incluso objeto de privación preventiva de la libertad (por mandato judicial o en caso de flagrante infracción penal: artículo 185 CNA) siempre que concurren determinados requisitos (prueba suficiente, riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso y destruirá u obstaculizará pruebas: artículo 209 CNA).

Brevemente el proceso se puede resumir así: el fiscal debe denunciar la infracción del adolescente (la cual debe contener los hechos, las pruebas de la infracción, los fundamentos jurídicos y las diligencias que deban actuarse: artículo 207 CNA) y solicitar al juez de familia abrir instrucción. El juez al declarar promovida la acción e iniciar proceso, debe determinar su condición procesal (artículo 208 CNA), y debe señalar la fecha para la diligencia única de esclarecimiento de los hechos, en la cual se tomará la declaración del agraviado, se actuarán las pruebas y los alegatos de las partes. El juez debe remitir al fiscal los autos para que emita opinión (artículo 214 CNA); luego de lo cual expedirá sentencia (artículo 215 CNA), la que deberá establecer los hechos, los fundamentos jurídicos, la medida socioeducativa que se imponga y la reparación civil por el hecho ilícito realizado.

DOCTRINA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 411 edición. Madrid, 1997. BAUMANN, Jürgen. "Derecho Penal". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1981. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y GARCIA RIVAS, Nicolás. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Praxis. 21 edición. Barcelona, 1999. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4! edición. Barcelona, 1994. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5! edición. Valencia, 1999. HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 211 edición. Lima, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo.

Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 4! edición. Granada, 1993. MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 31 edición. Bogotá, 1992. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5! edición. Barcelona, 1998. PEÑA CABRERA, Raúl.

"Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. Lima, 1994. QUINTERO OLIVAR ES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. Parte General", con la colaboración de Morales Prats y Prats Canuto 2! edición. Aranzadi. Navarra, 2000.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Edersa. Madrid, 1982. W 184. WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1980.

JURISPRUDENCIA

"Conforme al artículo 234 del Código de Procedimientos Penales, iniciado el juicio oral, este continuará en sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión; sin embargo, el procesado, al iniciarse el juicio oral, acreditó ser menor de edad cuando ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, conforme se advierte de su partida de nacimiento, por lo que resulta arreglado a ley el corte de secuela del proceso ordenado por el Colegiado".

(Ejecutoria Suprema 16107/96. Exp. 3096-94-8. Iea).

"La minoría de edad constituye una causal de inimputabilidad criminal, cuya importancia normativa supone una presunción legal jure et de jure que incide en una dimensión biológica de la persona, por lo que bastará la sola constatación de que el sujeto no ha alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de su responsabilidad penal".

(Ejecutoria Suprema 16/08199. Exp. 489-99. Lima).

"Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 36).

"Al no obrar en autos la partida de nacimiento, por no haber sido inscrita oportunamente en la institución correspondiente, resulta imposible determinar la edad exacta; debiendo en este sentido estarse a la opinión de los médicos legistas, la que sin embargo, y conforme ha destacado de modo uniforme por la doctrina, posee netamente un valor estimatorio, sujeto a un margen de error de dos años más o dos años menos; en este orden de ideas en el caso de existir dudas en la determinación de la edad, se debe estar a lo más favorable al reo".

(Ejecutoria Suprema 28/05/99. Exp. 5072-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 92).

"El temperamento influenciado y las características de una edad pre puberal, según el peritaje psiquiátrico, no afectan la lucidez, orientación en el tiempo, espacio y persona, por lo que dichas circunstancias no constituyen anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia, ni alteración de la percepción".
(Ejecutoria Suprema 22103/99. Exp. 187-99. La Libertad. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 36).

"En el proceso penal debe establecerse con certeza la edad del inculcado, sea con la partida de nacimiento o con la pericia respectiva, máxime si se trata de una sentencia condenatoria".

(Ejecutoria Suprema 25/08/98. Exp. 396-95. Lambayeque. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal. Pág. 157).

"Los jueces de los niños y adolescentes son competentes para conocer las infracciones penales cometidas por los menores de dieciocho años".
(Ejecutoria Suprema 30/05/95. Exp. 115-94).

"Siempre que una instrucción por delitos o faltas aparezcan implicados menores de dieciocho años, acreditada la edad, se cortará el procedimiento respecto a ellos y se les pondrá a disposición del juez de menores".
(Ejecutoria Suprema 22/02/89. Exp. 47-89. Ica. JP, Retamozo. Pág. 157).

(1) Vide JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego Comares. 4ª edición. Granada, 1993. Pág. 383; WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 108. El enfermo mental o el menor de edad que obran legítimamente no están precisamente exentos de pena por su inculpabilidad.

(2) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 391.

(3) En los tres casos, como se ha anotado, la evaluación de la culpabilidad del autor presupone la existencia de un injusto penal. Tanto quien obra en error de prohibición o, por ejemplo, en estado de necesidad exculpante, como el enfermo mental o el menor de edad deben haber cometido un ilícito penal (conducta disvaliosa que menoscaba un bien jurídico-penal no cubierta por causal de justificación alguna).

(4) STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Edersa. Madrid, 1982. N° 184. Págs. 71 y sgte.; cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia, 1999. Pág. 576: "la ley fija cuándo una persona no es imputable, y por tanto, será a través de una labor interpretativa a contrario sensu como podrá ser concretado la idea de imputabilidad, cuyo único requisito previo ha de ser, necesariamente, que no sea posible su Inclusión en ninguno de los supuestos previstos"; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Manual de Derecho Penal. General", con la colaboración de Morales Prats y Prats Canul. 2ª edición. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 4 5) Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª edición. Barcelona, P.ágs. 484 y sgte.: "no se trata de cualquier comprensión, sino solo la del injusto y tampoco de cualquiera sino del que debiera resultar de esa comprensión", BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio en Derecho Penal. Parte General". Praxis. 2ª edición. Barcelona, 1999. Pág. 248: "Suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal". 324' 6) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Vide STRATENWERTH, Günter. Op. Cit. N° 509. Pág. 165: El autor debe ser "capaz de obrar responde tenerse que comprender que el hecho no está autorizado y de determinarse por esa comprensión, es decir, del hecho"; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 574 y sgtes.: "La capacidad intelectual que se requiere para ser imputable es, pues, la capacidad de valorar el hecho en orden a su licitud o ilicitud y la capacidad volitiva hace referencia a la presencia en el sujeto de un poder de la voluntad suficiente para adecuar la conducta al mandato normativo".

(7) Textualmente el artículo 20 inciso 1 CP exige que el agente "no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión".

(8) Lo dicho además diferencia marcadamente a la minoría de edad de la otra causal de inimputabilidad del artículo 20 inciso 1 CP, la cual para eximir requiere expresamente la comprobación no solo de la anomalía por grave alteración de la conciencia o alteración de la percepción, sino también de la carencia de la facultad de comprender el carácter delictuoso del acto o para determinarse según esta comprensión.

(9) Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998.

(10) Cfr. BAUMANN, Jürgen. "Derecho Penal". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires 225; distinguiendo entre una conducta de autoría y de participación, vide BACIGALUPO ZAPAT, Op. Cil. Pág. 325; sobre ello vide infra. (11) La precisión de la edad del agente, sin embargo, no debe llevar al absurdo de considerar que la culpabilidad se adquiere verdaderamente siempre con el cumplimiento de los 18 años Y no ante esta es solo una consecuencia derivada de la presunción jure el de jure (vide infra).

(12) MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. 36/84. Pág. 635; cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. Cil. Pág. 506.

(13) En el CP español de 1932, que establecía la minoría de edad penal en los 16 años, vide al respecto MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 23/36. Págs. 608 y sgte.

(14) El CP peruano de 1863 diferenciaba a los menores de 9 años (se presumía su inimputabilidad), a los mayores de 9 y menores de 15 años (en su caso era necesario probar que obraron con discernimiento para imponerle una sanción penal), ya los mayores de 15 y menores de 18 años (responsables pero procedía la. atenuación de la pena). El CP peruano de 1924 distinguía entre los menores de 13 años y de 13 a menos de 18 años (no pasibles de sanción penal), así como brindaba un tratamiento especial a las personas mayores de 18 y menores de 21 años (cfr. artículos del 137 al 149 y 410 y sgtes. del CP de 1924); vide sobre ello HURTADO POZO, José.

"Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. Págs. 399 y sgte., con referencias.

(15) En el Derecho alemán que niega con carácter general la imputabilidad a los menores de 14 años (§19 StGB), sanciona penalmente a los que tienen entre 12 a menos de 18 años "si según su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar el injusto del hecho y actuar de acuerdo a esa comprensión" (§3 JGG: Ley de Tribunales de menores), y equipara a los mayores de 18 y menores de 21 años a los adultos, estableciéndoles regulaciones especiales en la JGG; vide al respecto STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. N° 513 Y sgtes.

Págs. 166 y sgtes.; ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. 20/51. Págs. 848 y sgtes.; JAKOBS, Günther.

"Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons.

Madrid, 1995. 18/2. Pág. 630; WESSELS, Johannes. Op. Cil. Pág. 112.

(16) Vide sobre ello QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cil. Págs. 562 y sgte.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. Cil. Pág. 256.

(17) Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Grijley. Lima, 1994. Pág. 428.

(18) Cont. en el Derecho Penal comparado, JESCHECK, Hans. Op. Cil. Págs. 393 y sgte.; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. 36/84. Pág. 635; vide también MANTOVANI, Ferrando. "Diritto Penale". Cedam. 3. edición.

Bogotá, 1992. Parte 111. IV/184. Pág. 671; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 608 y sgtes.

(19) ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/49. Págs. 847 y sgte. I VIVES

(20) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 23/41. Pág. 608. Al respecto, vide COBO DEL ROSAL ANTON, Tomás. Op. Cil. Pág. 602. Cfr. también JAKOBS, Günther. Op. Cil. 18/1. Pág. 629. La presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo de competencia para cuestionar la validez de la norma".

(21) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 23/41. Pág. 610.

(22) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 29/49. Pág. 847, con referencias.

(23) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 393: Es necesario comprender el injusto material (el menoscabo del bien jurídico-penal) del hecho concreto, y no solo lo inmoral o lo opuesto a la costumbre del hecho; en cambio, no se exige el conocimiento de la punibilidad o de la ley penal.

(24) Cfr. MAURACH, Reinhardt. Op. Cil. 36/84. Pág. 635; cfr. STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. N° 516. Pág. 167; cfr. HURTADO POZO, José. Op. Cil. Págs. 412 y sgte.

- (25) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 393: En los jóvenes, .sometidos a la influencia de trastornos en el proceso de madurez, la facultad de entendimiento se suele encontrar desarrollada en grado suficiente, mientras que falta la fuerza de voluntad para poder oponerse a la presión de los poderosos motivos para cometer el hecho".
- (26) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/52. Pág. 848.
- (27) Cfr. BAUMANN, Jürgen. Op. Cil. Pág. 222.
- (28) Vide HENKEL, Heinrich. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducción de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968. Pág. 544
- (29) Cfr. HENKEL, Heinrich. Op. Cil. Pág. 544, cuando hace referencia a la función de realización del ciudadano por la seguridad jurídica en el principio de legalidad.
- (30) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. 5/24. Pág. 146.
- (31) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cil. Pág. 325, distinguiendo conductas de autoría y de participación.
- (32) Conf. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 23/44. Pág. 611. s a
- (33) ROXIN, Claus. Op. Cil. 19/3. Pág. 792. Entendida así se podría llegar a afirmar la posibilidad de aplicar a los menores de edad cuando haya necesidad preventiva de pena; JAKOBS, Günther. Op. Cit. 17/39. g.
- (34) Conf. el artículo 183 del Código de los Niños y Adolescentes: "Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal". En este precepto la "responsabilidad" debe entenderse como la comprobación de que el menor de edad ha cometido una conducta típica y antijurídica.
- (35) En estos casos, no se debe interpretar la presunción de incapacidad de culpabilidad al revés, como que el menor de edad (que, por ejemplo, se defiende de un agresor) tendría siempre la facultad para comprender la no ilicitud de su conducta (contenida en la norma permisiva) y para determinarse conforme a esa comprensión; sino que, como en todos los casos, debe comprobarse la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos de la causa de justificación específica. En casos de normas permisivas -a diferencia de normas prohibitivas o preceptivas penales- la capacidad de comprensión y de determinación (presupuestos del elemento subjetivo de justificación) en jn imputables se evalúan en el caso concreto.
- (36) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 23/48. Pág. 612.
- (37) Cfr. artículo 193 Código de los Niños y Adolescentes: "Se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 (doce) años y menores de 18 (dieciocho) años de edad que se reúnen y actúan para terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes publico o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden interno".
- (38) Recuérdese además que los inductores y cómplices realizan por sí mismos conductas extratípicas y dependencia siempre de una conducta ilícita principal del autor para concretar su injusto y ser punibles (principio de acceso no limitada de la participación).
- (39) "En el Derecho de menores -anota HURTADO POZO- lo determinante es la personalidad y situación de menor.

El acto que cometa el menor no es sino la ocasión para la intervención de la autoridad competente, intervención que puede tener lugar aun sin que el menor incurra en un acto antisocial"; v.gr. menor en estado de abandono; vide HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 397.

(40) Cfr. artículo 191 del Código de los Niños y Adolescentes: "El Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. La medida tomada al respecto no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean.

LEGÍTIMA DEFENSA

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; (**) c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

(...)

(*) Texto del literal según modificatoria efectuada mediante el artículo 1 de la Ley N° 27936 del 12/02/2003, (*) Con la colaboración de Eduardo Alcócer Povis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONCORDANCIAS:

C.C. art.1971.2

C.J.M. arto 19.6

C. arto 2.23

LEY Ng 27936 (12/0212003)

Comentario

Dino Carlos Caro Coria

Generalidades

La legítima defensa se erige como uno de los institutos del Derecho Penal recogidos en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de occidente. Su desarrollo se remonta al Derecho romano, en la Ley de las doce tablas (451-449 a.C.) y, posteriormente, en el Digesto (533 d.C.). Los romanos incorporaron la legítima defensa en su ordenamiento con categoría de axioma, considerándola como un derecho natural que salvaguardaba a la persona y los bienes patrimoniales, siempre que la agresión a dichos bienes esté acompañada de peligro para el propietario(1). Es decir, se le dio un contenido personal o individual, criterio que perduró en la Edad Media, en el Derecho feudal canónico, y que se materializó en los Códigos de la modernidad.

A pesar de su antigüedad, el análisis y discusión sobre esta categoría(2) mantienen actualidad, sobre todo en el Perú porque su regulación ha sido recientemente reformada mediante la Ley N° 27936 de 12 de febrero del 2003(3). Así, el artículo 20 num. 3 del Código Penal establece actualmente lo siguiente:

"Artículo 202.- Está exento de responsabilidad penal: (...)

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa⁴;

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;"

II. Fundamentos generales de las causas de justificación

Siendo la función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos frente a conductas que superen el riesgo jurídico permisible, las causas de justificación o estructuras de descargo operan como supuestos concretos en los que se renuncia a la protección penal de tales bienes, precisamente porque la conducta del agente no crea un riesgo prohibido susceptible de sanción penal.

La fundamentación de las causas de justificación dentro de la teoría del delito sienta sus bases en la competencia de un hecho penalmente relevante. Se presentan como supuestos en los que se decide la competencia por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto⁵ y que, como apunta GARCIA CAVERO, guardan estrecha relación con la imputación objetiva, puesto que "toda imputación penal requiere determinar quién es el competente en el supuesto concreto y en qué medida lo es"⁶. Es así que las causas de justificación buscan determinar quién resulta competente por el hecho producido y centran su atención en el hecho mismo. Por ello, si la imputación penal mantiene su vigencia o si por el contrario, procede el descargo o justificación de la misma, es indispensable primero apreciar en toda su extensión las dos facetas que presenta la concreción penal mente relevante del hecho: objetiva y subjetiva.

En el aspecto objetivo, una causa de justificación permite realizar, ante una situación de conflicto, una conducta determinada que dentro de otro contexto sí merecería reproche penal. Si bien este dato objetivo puede adquirir contornos específicos, lo cierto es que los presupuestos objetivos deben estar presentes y ligados a la situación de conflicto y no basta solo una consideración objetiva ex ante de su existencia.

Por su parte, el aspecto subjetivo implica que el autor actúe con la finalidad de justificación. Debe conocer que su conducta puede ser antijurídica en otro contexto, pero que su actuación en el caso concreto sí se encuentra justificada. Empero, exigir tal finalidad subjetiva no siempre es lo más adecuado, pues el estado psíquico del autor en algunos casos podría ser absolutamente irrelevante para la imputación penal⁷. De ahí que la situación de justificación

exija únicamente el conocimiento de la imputación, al margen de la finalidad ulterior del autor. En el caso de la legítima defensa se indica generalmente la necesidad de un animus defendendi que, conforme a lo antes señalado, debe limitarse al conocimiento de actuar en una situación defensiva.

III. Concepto

Aun cuando las clásicas definiciones de legítima defensa se caracterizan por no alejarse de lo citado en el texto legal, cabe recordar lo señalado por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien indicó que la legítima defensa es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla(8),

Con todo, la legítima defensa se analiza en la antijuridicidad(9), es decir, si una persona alega actuar bajo sus alcances se entenderá que si bien su conducta es subsumible en un tipo previsto en la parte especial del Código Penal, puede ser que su comportamiento se halle justificado por la concurrencia de una causa de justificación (10). Si ello ocurre, faltará la antijuridicidad de la conducta pues esta no podrá ser entendida como delito (11). De este modo, el tipo fundamenta positivamente el injusto y toda causa de justificación, en este caso la legítima defensa, lo excluye (12).

En esa perspectiva, considerar que la legítima defensa es una causa de justificación trae como consecuencia que la participación en su ejercicio sea impune.

Si la defensa no constituye un acto ilícito, entonces la participación, como instigación o complicidad en ese acto, no supone sino incitar o intervenir en la realización de un comportamiento lícito o permitido(13).

IV. Fundamentos de la legítima defensa El fundamento histórico en que se basa esta causa de justificación tiene una doble dimensión: por una parte, individual, de origen romano y expresivo de un derecho subjetivo fundamental; y por otra parte, colectivo, de origen germánico y de defensa del orden colectivo. El primero hace referencia a la persona, al individuo como ser social (en su interrelación con otras personas) e implica por ello la defensa de su persona o derechos. El segundo, en cambio, hace referencia al ordenamiento jurídico y su defensa mediante la defensa de la persona y sus derechos(14).

De allí que no solo debe acentuarse en la protección del ordenamiento jurídico per se, pues ello podría provocar poner por encima de la persona al mismo ordenamiento jurídico "legitimando" el abuso y la arbitrariedad. Por otro lado, el ejercicio del derecho de defensa (en sentido material) por parte de la persona no es irrestricto pues tiene su límite en el criterio racional de control de su conducta, como se verá luego(15). En ese sentido, la legítima defensa tiene una doble base en su fundamento, la defensa de la persona y del mantenimiento del orden jurídico(16).

V. Requisitos de la legítima defensa

De la estructura legal de la legítima defensa se observa la exigencia de tres requisitos objetivos: la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio utilizado para repeler o impedir la agresión y la falta de provocación suficiente del agredido(17).

1. La agresión ilegítima

Constituye una agresión todo comportamiento humano (18) que "crea" o "no asegura"(19) un peligro que ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un legítimo interés ajeno. O, lo que viene a ser lo mismo, todo aquel comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena. Y, en particular, para los intereses legítimos adscritos a una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo(20).

El peligro debe ser real, de lo contrario podría suscitarse la llamada defensa putativa. En este supuesto puede operar un desconocimiento o falso conocimiento, por parte de quien ejerce la defensa, sobre el requisito esencial de ser objeto de una agresión ilegítima(21). La defensa putativa se rige, acorde por ejemplo con una concepción restringida de la culpabilidad, por las reglas del error de tipo(22) del artículo 14.1 del CP: si el error es invencible se excluye la responsabilidad penal y si es vencible cabe acudir a la fórmula imprudente en tanto se halle expresamente tipificada.

Bajo la misma línea, no se podría admitir una defensa contra una agresión que ya concluyó pues la misma carecería del fin de impedir o repeler el ataque. El peligro debe ser actual o inminente, tal como se desprende del texto legal. Es decir, debe haber indicios claros de la peligrosidad de la agresión, de modo que una mayor espera frustraría las posibilidades de una defensa eficaz(23).

La agresión ha de ser ilegítima(24), esto es, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportar la agresión(25). Así, la agresión ha de ser injustificada o carente de razón.

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles, existe unanimidad doctrinal en aceptar que la legítima defensa opera contra ataques a bienes jurídicos individuales. Sin embargo, la posibilidad de que los bienes jurídicos colectivos o institucionales sean objetos de ataque constituye una posición extendida en la dogmática jurídica actual. Por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa para evitar o repeler la comisión del delito de cáteles de licitación del artículo 241 del Código Penal cuando se intente alejar de la licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenaza(26), o en el caso que se ejerza la defensa del correcto funcionamiento de la administración pública cuando se intenta alejar mediante violencia o amenaza a un funcionario público del ejercicio de sus labores públicas.

No hay que olvidar, sin embargo, que el ámbito de la legítima defensa se encuentra vinculado a la posibilidad de intervención del Estado, para la defensa de los bienes jurídicos: la defensa del agredido no puede sobrepasar la medida y la forma en que el Estado está dispuesto a defender un bien jurídico. Desde esa perspectiva, se puede poner de relieve la actual discusión sobre la

innecesariedad de la persecución penal de los llamados "delitos de bagatela" y uno de los supuestos que la doctrina alemana propone como restricción de la legítima defensa: las agresiones insignificantes(27).

Nuestra legislación no admite la llamada "legítima defensa presunta" que, como su nombre lo indica, consiste en una presunción legal de la necesidad de defensa(28). La ley, en los países que la admiten(29), no presume la agresión, sino que ella debe darse en una modalidad concreta. Es decir, lo que la ley presume es la legitimidad del comportamiento de quien ejerce la defensa y no los presupuestos de ella.

2. Racionalidad del medio utilizado para repeler la agresión

Si bien la agresión antijurídica es un presupuesto que fundamenta la situación de defensa necesaria, este no es el único. Así, en la situación de defensa necesaria han de existir procedimientos o múltiples procedimientos ex ante objetivamente idóneos para evitar la realización del peligro inherente a la agresión. De esta manera, un procedimiento defensivo solo será considerado necesario cuando sea idóneo, conforme al baremo objetivo ex ante, para evitar el peligro amenazante (30).

Pues, necesaria es toda defensa idónea (31), y por idónea se entiende lo que el Tribunal Federal alemán entendió: "medios objetivamente eficaces que permiten esperar con seguridad la eliminación del peligro"(32). La necesidad debe apreciarse por el juez desde una perspectiva ex ante, colocándose en la posición del agredido en el momento en que sea inminente o se inicie la agresión. La especie y la medida de la defensa deben ajustarse a la rapidez y a la intensidad de la agresión, el carácter inesperado o no de la misma, las características del agresor, los medios que tenía a su alcance el agredido, así como su estado de ánimo(33).

Tras la reforma del literal b) del num. 3 del artículo 20 del CP, mediante la Ley N° 27936 del 12 de febrero de 2003, se tiene que la racionalidad de la defensa del agredido no requiere que los medios sean proporcionales. Ello no deja de ser correcto en principio, pues la racionalidad del medio no puede someterse al principio de "proporción equitativa", ya que la agresión generadora de la defensa puede sorprender a personas de diversa naturaleza, y que a su vez dispongan de diferentes medios para defenderse. La racionalidad del medio no está, por consiguiente, referida al medio empleado por el agresor, sino a las posibilidades de defensa del agredido(34). Claro está, si el atacado dispone de diferentes medios para reaccionar, entonces sí es necesario que utilice el menos grave o menos lesivo de ellos, dentro de los que sean suficientes para evitar o repeler la agresión(35), como expresa el citado texto legal.

Ahora, ¿el requisito de la racionalidad solo se limita al medio?, ¿por qué no se extiende a la defensa misma? Un análisis literal de la norma podría conducir a entender que la exigencia de racionalidad se restringe a los medios para repeler o evitar la agresión. Pero desde una perspectiva sistemática, no cabe sino entender que la racionalidad debe alcanzar todo al ámbito de la defensa. Por ejemplo, ante el ataque de un niño de siete años con los puños, no hay necesidad racional de defensa propiamente dicha, basta esquivarla. De este

modo, hay que distinguir entre la necesidad de defensa, esto es, si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos, también denominada necesidad en abstracto, y la necesidad del medio defensivo empleado, también denominada necesidad en concreto(36).

Como se indicó antes, el legislador ha establecido los parámetros que debe seguir el juzgador al momento de determinar si concurre la necesidad racional del medio empleado: la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios disponibles para la defensa. Se excluye así, como criterio de valoración, la proporcionalidad de medios. Lo que era innecesario, puesto que en primer lugar, cuando se utilicen medios proporcionales, estaremos en la mayoría de casos ante un medio racional. Y en segundo término porque no era necesario que el legislador trate de "cerrar" un concepto que es necesariamente abierto, el de "necesidad racional del medio empleado", y que está ampliamente desarrollado en la doctrina(37).

Así, la defensa solo se justifica cuando existe una "racional" adecuación entre el acto agresivo y el acto de protección. Todo aquello que desborda el contenido material del principio de menor lesividad, entendido como límite objetivo del ámbito justificador de la defensa necesaria, será formalmente antijurídico(38). Si ello ocurre entonces nos encontraremos frente a la llamada legítima defensa imperfecta(39), en tanto conlleva sobrepasar las exigencias de licitud de la conducta defensiva, superándose los límites permitidos a la reacción, de modo que se aprecie no un exceso en la causa sino un exceso en la cantidad de respuesta(40). Estos casos merecen el tratamiento previsto en el artículo 21 del CP para las eximentes incompletas(41), es decir una atenuación de la pena aun por debajo del límite legal(42).

3. Falta de provocación suficiente del agredido

El literal c) del num. 3 del artículo 20 del CP exige la "falta de provocación suficiente" de quien se defiende. Así, quien ejerce la defensa, propio o de un tercero, no debe de haber provocado o intervenido en la provocación. La provocación, como conducta que perjudica a su autor, debe tener necesariamente un significado subjetivo. Desde este punto de vista, la provocación exige la falta de inocencia del autor(43). No basta la imprudencia determinante o estimuladora de la agresión porque aunque en este caso la génesis no se encuentra en el propio agresor, la conducta del autor carece de la base subjetiva indispensable para reprocharla como obra suya(44). Así, por ejemplo, una "broma pesada" o una revelación inoportuna de la intimidad, se dirige al hecho calificable como tal, pero no abarca sus consecuencias. Por tal motivo, ella no puede acarrear la agresión de quien la soporta, no deslegitima subjetivamente la ulterior defensa de quien soporta la agresión contra su persona o sus derechos, así como no enervan la defensa de su libertad sexual los actos de coquetería de la mujer que incitaron a quien luego la agredió sexualmente(45).

Sin embargo, existen problemas por delimitar, como qué se entiende por provocación suficiente(46). La suficiencia de la provocación lleva el problema a una dimensión aun más compleja, la búsqueda de una "proporción" entre

provocación y agresión del provocado al provocador (47). Así, la exigencia legal de este requisito puede ser perturbadora, más aun si observamos que en los casos de legítima defensa de terceros no importará que el agredido/defendido haya provocado la agresión ilegítima, pues la legislación peruana, como la de muchos países, solo exige que no haya existido provocación por parte de quien ejerce la defensa (48).

Con ello, al menos de lege lata, parece difuminarse el fundamento de la exigencia de no provocación, aunque en los casos de provocación suficiente realizada por un tercero que se beneficia de la defensa de otro, podrá cuestionarse la propia ilegitimidad de esa agresión que fundamenta la defensa y, por tanto, la exclusión de responsabilidad penal. La posible solución de los casos de falta de provocación en el marco de la agresión ilegítima y la defensa necesaria, condiciones necesarias para justificar la defensa y la exclusión de pena, respectivamente, permite comprender que en el Derecho comparado no siempre se regule la exigencia de falta de provocación, como se observa por ejemplo en el artículo 32 num. 6 del CP colombiano de 2000.

DOCTRINA

ALARCÓN RIVAS, Manuel. "Legítima Defensa". Lima, 1993. ARMAZA GALDÓS, Julio, "Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito". AdnJs. Arequipa, 2004. BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Estado de necesidad y legítima defensa Bosch. Barcelona, 1994. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Temas de Derecho Penal". Cuzco, Lima, 1993. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa". En: Actualidad Jurídica. Tomo 112. Marzo, 2003. BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen II. Trotta. Madrid, 1999. CARRARA, Giuseppe. "Programa de Derecho criminal". Temis. Bogotá, 1978. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad". En: Anuario de Derecho Penal. Ministerio de Justicia. Fascículo III. Madrid, 1991. FRISANCHO APARICIO, Manuel. "Jurisprudencia penal". Jurista. Lima, 2002. GARCIA CAVERO, Percy. "Derecho Penal económico. Parte General". Ara. Lima, 2003. GOMEZ LÓPEZ, Orlando. "Legítima Defensa". Temis. Bogotá, 1991. HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. "Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1997. IGLESIAS RIO, Miguel Ángel. "Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa". Comares. Granada, 1999. Cuadernos Jurisprudenciales. "Legítima defensa y las causas eximentes de responsabilidad". Gaceta Jurídica. Año 2. NQ 23. Lima, mayo, 2003. LUZON PEÑA, Diego-Manuel. "Aspectos esenciales de la legítima defensa". Bosch. Barcelona, 1978. LUZON PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 1996. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1996. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuridicidad penal y sistema del delito". Bosch.

Barcelona, 2001. NÚÑEZ, Ricardo. "Tratado de Derecho Penal". Tomo 1. Lerner. Buenos Aires, 1976. QUINTERO OLIVAR ES, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Cedecs.
Barcelona, 1996. ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia penal comentada". Tomo 1.
Gaceta Jurídica. Lima, 1999. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1.
Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas.
Madrid, 1997. VILLA STEIN, Javier. "La Legítima Defensa". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Tomo 12. Idemsa . Lima, 2002. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3~ edición. Grijley. Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

"Los requisitos de la legítima defensa son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio para impedirla o repelerla, y c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. La conducta de repeler con un disparo en el muslo un ataque antijurídico realizado con disparos constituye legítima defensa. La causa de justificación de la legítima defensa resalta la función protectora de los bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal, afirma y hace prevalecer el derecho frente al injusto, excluyendo de plano la antijuridicidad del comportamiento".

(Ejecutoria Suprema 21/04/98. Exp. 2683-97. Lima).

"El contenido de una causa de justificación debe extraerse del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgador valorar el problema concreto para decidir la procedencia de la justificación en el caso particular. En el caso de autos la conducta no se encuentra eximida de pena al amparo de la causa de justificación de legítima defensa, prevista en el inciso tercero del artículo veinte del Código Penal toda vez que en el presente caso no ha concurrido ninguno de sus elementos configurativos".

(Ejecutoria Suprema 12/03/98. Exp. 4045-97. Lima).

"La conducta desplegada por el acusado se ha producido en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad, en la que ha concurrido una agresión ilegítima por parte del agraviado y sus acompañantes, la que no ha sido provocada por el acusado; existiendo sin embargo una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado un arma de fuego contra sus atacantes, que se encontraban desarmados y eran superiores en número".

(Ejecutoria Suprema 19/05/98. Exp. 4777-97. Junín).

"Según la doctrina penal, la legítima defensa se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto, por lo que el ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas

permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley, pero que por causas justificadas son permitidos y por lo tanto no punibles; es decir, existen causas que excluyen la antijuridicidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico; y si una acción no es antijurídica, esto es, no es contraria al orden jurídico porque la ley lo permite, entonces no es delito, y no siendo delito, al que actúa en legítima defensa no se le pueda sancionar".

(Sentencia del 17/09/96. 1° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Junín. Exp. 1655-91. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 93).

"Que, conforme se advierte, el fallecimiento del agraviado se produjo en circunstancias en que el encausado, en cumplimiento de un operativo policial de persecución de presuntos delincuentes, se vio obligado a disparar contra un automóvil en cuyo interior se daba a la fuga el occiso, el mismo que en su huida efectuó varios disparos en contra del patrullero donde se encontraba el encausado conjuntamente con otros efectivos policia les, por lo que la acción realizada se ampara en las causas de justificación de la legítima defensa y del obrar en cumplimiento de un deber".

(Ejecutoria Suprema 12/06/98. Exp. 4075-97. Lima).

"Que, en el caso de la legítima defensa se observa que concurren sus elementos configurativos: a) Agresión ilegítima, que resulta del hecho que los integrantes del vehículo en vez de detenerse frente a la voz de alto que hicieron los miembros policia les, sin explicación o motivo racional alguno se dieron a la fuga realizando disparos en contra de sus perseguidores; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir/a o repeler/a, el medio empleado por el encausado fue un arma de fuego con el que repelió el ataque de que era víctima, asimismo sus compañeros, viéndose obligado a usar su arma reglamentaria en defensa de su propia vida; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa: que de las pruebas actuadas se infiere que fue la propia víctima quien dio comienzo a la agresión al realizar los disparos sin motivo justificante y sin haber recibido provocación alguna de parte del encausado cuyo comportamiento estuvo de acuerdo a derecho al formar parte del cumplimiento de un operativo policial como parte de su deber de brindar protección a la sociedad".

(Ejecutoria Suprema 12/06/98. Exp. 4075-97. Lima).

"Que el comportamiento del encausado se encuentra amparado en la causa de justificación de la legítima defensa, toda vez que concurren sus elementos configurativos: a) Agresión ilegítima, pues los disparos que efectuó el encausado estuvieron precedidos por la agresión de que era víctima tanto en su patrimonio, como en su integridad corporal; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla: se tiene que los agentes emplearon arma de fuego en el momento de los hechos, obrando incluso con la intención de dar muerte al propietario del vehículo con tal de lograr su propósito delictivo, que, en consecuencia, es frente a la agresión ilegítima cuando el agente emplea el arma de fuego como único medio para impedir repeler la agresión; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa: que, los atacantes efectuaron

varios disparos contra el propietario del referido inmueble, hecho que dio lugar a que este efectuara dos disparos al aire antes de disparar contra el cuerpo de su agresor, de tal forma que el encausado no provocó ni dio motivo para la agresión ejecutada".

(Recurso de nulidad 4986-97. 27/04/98. Sala Penal. Lima).

"Que, por consiguiente, al concurrir los elementos de la legítima defensa, la conducta del encausado debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en que se desarrolló la agresión y la respuesta frente a ella, desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, más aun porque quien es responsable de la creación de una situación de conflicto, debe soportar la consecuencia de su actuación; que, en este sentido, la Sala Penal Superior al expedir la sentencia ha impuesto una condena a título de homicidio culposo sin indicar en qué consistiría la violación del deber objetivo de cuidado como elemento integrante e imprescindible del tipo penal de los delitos culposos o imprudentes; que, esto resulta obvio porque el comportamiento del encausado es doloso, pero carente de antijuridicidad al encontrarse amparado en una legítima defensa; que, por las consideraciones precedentes es del caso declarar exento de responsabilidad al mencionado encausado conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo veinte del Código Penal".

(Recurso de nulidad 4986-97. 27/04/98. Sala Penal.Lima).

"La necesidad racional del medio empleado no puede exigir una proporcionalidad material entre el ataque y la defensa, por el contrario, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias, ya que la utilización de un arma de fuego no puede considerarse excesiva si los agresores, siendo varios, trataban de quitarle el arma de fuego y estaban premunidos de armas punzocortantes".

(Ejecutoría Suprema 10/02/92. Exp. 1336-91. Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 94).

"Habiéndose probado en autos que hubo agresión ilegítima y provocación por parte del agraviado y sus acompañantes al acusado, quien repelió la agresión de sus atacantes bajo el criterio de necesidad racional del medio empleado, ya que estos eran muchos y se encontraban premunidos con armas punzocortantes; que el acusado, al efectuar dos disparos preventivos al aire, no pudiendo calmar a sus agresores, realizando luego un tercer disparo que impactó en el tórax del agraviado causándole la muerte, empleó el único medio con que podía librarse del ataque de que era víctima; por consiguiente se está frente a un caso de legítima defensa".

(Ejecutoria Suprema 10/02/92. Exp. 1336-91. Lima).

"No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la

defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarla es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño".

(Ejecutoria Suprema 14/06/99. Exp. 1985-99. Lima. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 11. N° 3. Pág. 281. § 124).

"Al no haber el acusado provocado al agraviado, y al haber empleado los mismos medios físicos que se utilizaron contra él para evitar siga siendo agredido, se aprecia la concurrencia de los elementos previstos en el inciso tercero del artículo 20 del Código Penal".

(Resolución Superior 10/09/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1764-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 95).

"Estando a las circunstancias en las que se produjo la agresión y al modo como fue repelido el ataque, donde producto de un intercambio de palabras el acusado empujó al agraviado, quien luego de caer al suelo coge una silla con la que intenta amedrentarlo, situación en la cual el acusado sacó un revólver efectuando un disparo que le impactó en el tórax, no constituye legítima defensa dada la desproporcionalidad del medio empleado para repeler el ataque".

(Sentencia del 18/08/97 2ª Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 578-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 96).

"No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión Y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa, solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarla es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer Si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño".

(Ejecutoria Suprema 14/06/1999. Exp. 1985-99. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 11. 3. Pág. 651).

"Se ha establecido que el disparo que impactó en el muslo del acusado fue producido en el contexto de legítima defensa realizada por el agraviado, quien junto a sus familiares fue objeto de un asalto, por lo que en una actitud de defensa disparó al aire, pretendiendo los encausados quitarle el arma de fuego, circunstancias en las cuales disparó contra uno de los sujetos activos".

(Exp. 1051-98. 16/07/98. Lima. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Págs. 158-159).

"Teniéndose en cuenta que las lesiones corporales ocasionadas por el acusado estuvieron motivadas por la necesidad de defensa frente a la agresión ilegítima de que era víctima, es de apreciar que en la circunstancia concreta, la

respuesta de repeler la agresión con el único objeto -una silla metálica- a su disposición, se ajusta a los requisitos de la legítima defensa; cumplidos así con los requisitos de la legítima defensa exigida por el inciso 3 del artículo 20 de Código Penal, a saber: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; lo que, en consecuencia, excluye la antijuridicidad del comportamiento, siendo del caso declarar exento de responsabilidad penal al procesado",

(Ejecutoria Suprema 05/03/98. Exp. 2916-97. Cono Norte).

"No hay legítima defensa cuando existe desproporcionalidad entre el arma usada y los hechos ocurridos, toda vez que la víctima no había utilizado ni arma ni objeto contundente para repeler el pleito sostenido, tanto más si del certificado médico aparece que quien alega legítima defensa no presenta lesión alguna".

(Sentencia 29/05/95. 3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 273-94).

"Para la configuración de la legítima defensa, como causal de justificación, no se requiere que exista una proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa, sino que esta sea racional. Por lo tanto, actúa en el supuesto de legítima defensa el inculpado que repele el ataque mediante un disparo al aire y posteriormente dispara a la pierna de su agresor, en tanto no tenía otro instrumento para defenderse".

(Exp. 1655-91. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 160).

"La legítima defensa se basa en dos principios: la protección (aspecto individual) y el mantenimiento del orden jurídico (aspecto supraindividual)".

(Exp. 4742-96. Lima. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 160).

"Existirá defensa propia cuando no habiendo otra alternativa, el encausado hubiera disparado su revólver al aire con la intención de amedrentar a la turba que pretendía asaltarlo, aun cuando hubiera herido al agraviado".

(Exp. 2102-92. 16/09/93. Piura. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 160).

"La actitud del procesado no se configura como una legítima defensa, toda vez que no se llega a acreditar que este haya actuado para repeler una agresión injusta sino que fue este quien inició sin razón aparente la agresión".

(Resolución Superior 15/07/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2169-98).

"Si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, empleando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa".

(Sentencia 29/08/00. 3° SPC-CSJ Lima. Exp. 905-93. Fidel Rojas. Pág. 444).

"Si bien el artículo 20 del Código Penal, al enunciar taxativamente las causas que eximen o atenúan la responsabilidad, comprende la institución de la Legítima Defensa, ella está doctrinariamente entendida como la reacción que se opone para repeler o impedir una agresión actual o inminente, real e ilegítima sobre un bien jurídico amenazado. En el presente caso, la circunstancia descrita por esta parte no configura tal eximente, por cuanto se trata del ejercicio de acciones legales para lo cual estaba facultada la querellante y que oportunamente determinarían la veracidad o falsedad de sus afirmaciones, tanto más si contra las mismas, la querellada pudo ejercitar a su vez las acciones legales que considerase pertinente, sin llegar a incurrir en delito para defenderse de tales denuncias".

(Resolución Superior 08/06/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8515-97).

"Si bien es cierto el procesado resulta ser autor de las lesiones causadas con su arma de fuego, también lo es que tuvo que recurrir a ello a fin de repeler el asalto del que era víctima, pues los asaltantes contaban con mayor número de armas de fuego y ya habían herido de bala a su hijo, por lo que la conducta que se le imputa se encuentra amparada en el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal (legítima defensa), lo que amerita declararlo exento de responsabilidad penal".

(Ejecutoria Suprema 12/09/97. Exp. 3418-97. Lima).

"De autos se tiene que fue el propio agraviado quien provocó al procesado e inició la agresión, y que este utilizó en su defensa los mismos medios físicos empleados contra él para evitar seguir siendo agredido. La diferencia de edad no puede considerarse como un elemento disociador para alegar legítima defensa, ya que ello es de carácter subjetivo, máxime si quien aparece como agraviado inició la gresca, denotando con ello predisposición y capacidad para enfrentarse a una riña de tipo físico".

(Resolución Superior 10/09/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1746-97. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 4. N° 16. Pág. 41. § 018).

(1) El reconocimiento de la legítima defensa se remonta a la historia antigua. Así, en la antigua India estaba prevista en las leyes de Manú: "Para proteger a una mujer o un brama el que mata justamente no es culpable. VII. 349", "Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato en público o en privado en modo alguno hace culpable al homicida, es el furor de la lucha contra el furor. VIII. 351". En la Grecia antigua se permitía la legítima defensa de la persona, su vida e integridad corporal, además de la defensa de terceros y del pudor, y procedía no solo contra el ladrón nocturno, sino también contra el ladrón diurno.

(2) Reconocida incluso en la Constitución Política de 1993, en el artículo 2 que establece: "Toda persona tiene derecho: (...) 23.- A la legítima defensa".

(3) Esta ley integró el último paquete de normas sobre "Seguridad Ciudadana" que, ante la creciente ola de violencia patrimonial y de delitos contra la libertad e integridad personal, propuso el Poder Ejecutivo como medidas de contención

cuyos efectos preventivo-generales, conforme a la experiencia de los últimos años, no pueden considerarse exitosos.

(4) El texto en cursiva fue introducido por el artículo 1 de la citada Ley NO 27936 de 12 de febrero de 2003.

(5) Así PAWLIK, citado por GARCÍA GAVERO, Percy. "Derecho Penal económico. Parte general". Ara. Lima, 2003. Pág. 613.

(6) GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cil. Pág. 613.

(7) GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cil. Pág. 619.

(8) Existen innumerables definiciones, entre las que cabe citar por su uso reiterado en la doctrina hispanoamericana la de Eusebio Gómez, para quien "La legítima defensa consiste en la reacción violenta que se traduce en un hecho objetivamente delictuoso, contra un ataque injusto, actual y grave". Por su parte, para Enrique Pessina "la legítima defensa no es otra cosa que la impotencia de la sociedad de acudir en socorro del individuo injustamente atacado". Para Julio Fioretti: "Toda agresión revela la temibilidad en el agente, y el impedimento o repulsa a esta agresión por parte del agredido es de interés particular y a la vez un acto de justicia social (...) el ejercicio de la legítima defensa representa una función social en cuyo cumplimiento tiene interés, no sabría decir si mayor la sociedad o el individuo agredido en sus derechos (...) La legítima defensa es un derecho en sentido objetivo porque es una norma que representa una condición necesaria para la existencia de la sociedad humana y es un derecho en sentido subjetivo porque otro nombre no se podría dar a la facultad que tiene toda persona de obrar conforme al interés social y propio". Textos citados por ALARCÓN RIVAS, Manuel. "Legítima Defensa". Lima, 1993. Págs. 2 y sgte.

(9) Según MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuridicidad penal y sistema del delito". Bosch. Barcelona, 2001.

Pág. 56: "Se analiza el hecho antijurídico desde dos perspectivas: Por un lado en cuanto comportamiento contrario a las disposiciones del ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal); por otro en cuanto acto jurídicamente desvalorado por su contenido (antijuridicidad material). En este sentido, el Derecho fija los contenidos materiales que determinan cuándo un hecho se convierte en prohibido, y este atributo, la prohibición, es absoluto en el sentido de que el hecho o está prohibido o permitido, pero no puede estar más o menos prohibido".

(10) En esa perspectiva, la Resolución de 21 de abril de 1998, R.N. N° 2683-97, Lima, precisó: "De los hechos acontecidos se aprecia que la conducta del encausado se encuentra amparada en las causas de justificación de la legítima defensa y del actuar en cumplimiento de un deber, toda vez que las referidas causales, al tiempo de resaltar la función protectora de los bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal, afirman y hacen prevalecer el Derecho frente al injusto, excluyendo de plano la antijuridicidad del comportamiento".

(11) Explica MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1996. Pág. 411, que:

"la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo. Primero se trataba de determinar si concurrían positivamente los elementos fundamentadores del injusto penal-esto es si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal-. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa que excluya la

antijuridicidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico".

(12) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Aspectos esenciales de la legítima defensa". Bosch. Barcelona, 1978. Pág. 109, señala que: "Con arreglo a la terminología dogmática respecto de las eximentes, ello quiere decir que la legítima defensa es una causa de exclusión de la antijuridicidad o de exclusión del injusto, o bien, empleando el término preferido por la doctrina absolutamente dominante, una causa de justificación".

(13) Se discute si la legítima defensa excluye siempre, además de la pena, también el pago de la reparación civil.

Esto es, si la justificación alcanza solo el ámbito penal o si se extiende, como producto de la unidad del ordenamiento jurídico, al ámbito civil y administrativo, o si por el contrario, el distinto fundamento de estos últimos, exige un análisis particular de la justificación en tales sectores del ordenamiento. Así, a favor de una justificación propiamente penal, LARRAURI, Elena, en HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. "Justificación material Y justificación procedimental en el Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1997. Págs. 60 y sgtes. Esta solución. encuentra asidero en la legislación peruana, el artículo 20 del CP señala que "está exento de responsabilidad penal" el que actúa en legítima defensa, de donde parece deducirse la ausencia inmediata de consecuencias civiles. Ello sin perjuicio de que por ejemplo el artículo 1971 num. 2 del Código Civil señala que: "No hay responsabilidad" (extracontractual) si se actúa "en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno".

(14) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte general". Tomo 1. Universitas Madrid, 1996. Pág. 58.

(15) En el mismo sentido BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen II. Trotta. Madrid, 1999. Pág. 122.

(16) Similar, ARMAZA GALDÓS, Julio. "Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito". Adrus. Arequipa, 2004. Pág. 40, considera que "a fin de hallar el fundamento de la eximente, la doctrina ha tenido que enlazar las teorías individuales y las supraindividuales u objetivas, surgiendo de este modo el criterio hoy uniformemente aceptado que la legítima defensa tiene doble fundamento".

(17) Estos requisitos son comunes en la jurisprudencia, vide la resolución del 12 de junio de 1998, R.N. N° 4075-97, Lima, en: ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia penal comentada". Tomo 1. Gaceta Jurídica. Lima, 1999.

Pág. 84: "En el caso sub-examine se aprecia que la acción realizada por el procesado, de disparar contra un automóvil en cuyo interior se daba a la fuga el occiso, quien en su huida efectuó varios disparos contra el patrullero en donde se encontraba el referido encausado junto a otros efectivos policiales, se ampara en las causas de justificación de la legítima defensa (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, falta de provocación suficiente de quien hace la legítima defensa) y de obrar en cumplimiento de un deber (al tratarse de un miembro de la Policía Nacional que cumplió deberes especiales al intervenir el vehículo ocupado por el occiso); en consecuencia, la acción realizada por el procesado debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en que se desarrolló la agresión, la respuesta a ella y el cumplimiento de su

deber de policía, desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, no asistiéndole entonces ninguna posibilidad de imputación del resultado por no haber creado la situación de conflicto, siendo del caso declararlo exento de responsabilidad". De modo semejante, vide la resolución del 21 de abril de 1998, R.N. N22683-97. En: DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA "Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal". Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pág. 37: "Haciendo una precisión de los elementos concurrentes de la legítima defensa, se aprecia que existe: a) agresión ilegítima de parte del agraviado, porque el haber iniciado los disparos sin motivo alguno con tal de evitar ser capturado, puso en evidencia una acción de puesta en peligro dolosa en contra de la vida e integridad corporal del Capitán de la 'Policía Nacional';

b) necesidad racional del medio para impedirla o repelerla, que en el caso de autos, se refiere al medio empleado por el encausado, que consistió en unos disparos a favor del policía agraviado, siendo el único procedimiento racionalmente válido con que contaba para evitar la lesión de bienes jurídicos vida e integridad corporal que en el lugar in situ era de inminente realización; c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, que se infiere del hecho de que fue el propio agraviado quien dio comienzo a la agresión dando lugar a que el encausado respondiera con el único propósito de proteger la vida e integridad corporal de quien injustamente estaba siendo objeto de lesión o puesta en peligro".

(18) GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cil. Pág. 626, señala que la doctrina penal le niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos. Sin embargo, un sector de la doctrina asume que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los actos de defensa pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario.

(19) De esta manera, a una omisión se le equipara a una acción (comisión por omisión) a la que debe imputarse, en este caso, el resultado de peligro provocador de la defensa, igual que si hubiera sido causado por un hacer positivo. Por ejemplo, el propietario de la casa que no permite salir a una visita que ha dejado encerrada. (20) BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Estado de necesidad y legítima defensa". Bosch. Barcelona, 1994. Págs. 264 Y sgte.

(21) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. Cit. Pág. 126, señalan que "en la doctrina, se ha sostenido que como la realidad de la agresión hay que apreciarla ex ante, esto es, situándose en el momento de la ejecución de la acción de defensa, bastarla entonces con una 'creencia racional' para dar a conocer la realidad de la agresión. Sin embargo, este planteamiento de estimar bastante una 'creencia racional' está reñido con la exigencia de conocimiento de la agresión y también con la existencia de un derecho afectado, como la vida, la salud, el honor, etc. Todo lo más que se da es un sentimiento de inseguridad y ello queda fuera del ámbito de la legítima defensa".

(22) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Temas de Derecho Penal". Editorial Cuzco, Lima, 1993. Pág. 29;
GARCIA CAVERO, Percy. Op.Cil. Pág. 620.

(23) Este caso no se confunde con la llamada "legítima defensa preventiva" que exige una mera hipótesis o probabilidad de agresión.

(24) La resolución de 15 de enero de 1998, expediente N° 5015-97, señala que "Está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de bienes jurídicos, propios o de terceros, proveniente de una agresión ilegítima no provocada de manera suficiente. La respuesta a la agresión debe ser necesaria, debiendo valorarse la acción que lo provocó y no el resultado producido", vide "Legítima defensa y las causas eximentes de responsabilidad penal. Cuadernos Jurisprudenciales". Año 2. N° 23. Mayo. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 32.

(25) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa". En: Actualidad Jurídica. Tomo 112. Marzo. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Pág. 88.

(26) GARCIA CAVERO, Percy. Op. Cil. 625.

(27) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad". En: Anuario de Derecho Penal. Ministerio de Justicia. Fascículo 111. Madrid, 1991. Pág. 911.

(28) Bajo el imperio del CP de 1924, el artículo único de la Ley N° 23403 del 27 de mayo de 1982 reformó el artículo 85 num. 2 del CP, para considerar que actuaba bajo legítima defensa "el que, obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese a su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticamente, o usando violencia".

Según VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte general". Cuzco. Lima, 1990.

Pág. 248, se trataba de una presunción iuris tantum, de modo que no debía admitirse la legítima defensa si el sujeto provocó la agresión, si la defensa no fue necesaria o si no hubo agresión ilegítima.

(29) El num. 6 del artículo 34 del Código Penal argentino indica: "... Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia". El num: 4 del artículo 10 del Código Penal chileno señala: "... Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4. - Y 5. - precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1.- del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial... ". El Código Penal español de 1995 señala en el inciso 4 del artículo 20: "... en caso de defensa de morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas.."

(30) BALDÓ LAVILLA, Francisco. Op. Cil. Pág. 306.

(31) ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 628.

(32) VILLA STEIN, Javier. "La Legítima Defensa". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Tomo 12. Idemsa. Lima, 2002. Pág. 280.

(33) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cil. Pág. 88.

(34) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Cedecs. Barcelona, 1996. Pág. 394.

(35) Así, la jurisprudencia dominante. "Para la configuración de la legítima defensa, como causa de justificación, no se requiere que exista una proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa, sino que este sea racional. Por lo tanto actúa en un supuesto de legítima defensa el inculpaado que repele el ataque mediante un disparo al aire y posteriormente dispara a la pierna de su agresor, en tanto no tenía otro instrumento para defenderse": Resolución del 17 de setiembre de 1996, Expediente N. 1655-91, Junín. "En relación al delito de lesiones graves que se imputa al acusado, hay que considerar que en horas de la noche se percató de que cuatro personas escalando las paredes del colegio donde se desempeñaba como guardián, pretendían robar e incluso el agraviado-encausado, había ingresado y amenazado al referido guardián, quien frente a esta agresión ilegítima y a la superioridad numérica de los asaltantes, y el peligro inminente en que se encontraba, hizo uso del arma que se le entregó para el cumplimiento de sus funciones de guardianía, y siendo así, le alcanza la eximente prevista en el artículo veinte inciso tercero del Código Penal respecto del delito de lesiones por el que ha sido procesado": Resolución del 4 de diciembre de 2000, Expediente N. 3842-2000, La Libertad, vide en FRISANCHO APARICIO, Manuel. "Jurisprudencia penal". Jurista. Lima, 2002. Pág. 420. "Teniéndose en cuenta que las lesiones corporales ocasionadas por el acusado estuvieron motivadas por la necesidad de defensa frente a la agresión ilegítima de que era víctima, es de apreciar que en la circunstancia concreta, la respuesta de repeler la agresión con el único objeto -una silla metálica- a su disposición se ajusta a los requisitos de la legítima defensa": Resolución del 5 de marzo de 1998, R.N. N° 2916-97, Cono Norte, vide en ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia penal comentada". Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 1999. Pág. 493. "Existirá defensa propia cuando no habiendo otra alternativa el encausado hubiera disparado su revólver al aire con la intención de amedrentar a la turba que pretendía asaltarlo, aun cuando hubiera herido al agraviado": Resolución de 16 de setiembre de 1993, Expediente N° 2102-92, Piura.

Antes bien, no existe una unidad de criterio jurisprudencial. Se indica por ejemplo que si "la conducta desplegada por el acusado se ha producido en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad, en la que ha concurrido una agresión ilegítima por parte del agraviado y sus acompañantes, la que no ha sido provocada por el acusado; existiendo, sin embargo, una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado un arma de fuego contra sus atacantes, que se encontraban desarmados y eran superiores en número": Resolución del 19 de mayo de 1998, R.N. N. 4777-97, Lima. "No hay legítima defensa cuando existe desproporcionalidad entre el arma usada y los hechos ocurridos, toda vez que la víctima no había utilizado ni arma ni objeto contundente para repeler el pleito sostenido, tanto más si en el certificado médico aparece que quien alega legítima defensa no presenta lesión alguna": Resolución del 19 de mayo de 1995, Expediente N° 273-94, Lima, vide en "Legítima defensa y las causas eximentes de responsabilidad penal. Cuadernos Jurisprudenciales". Págs. 17-22.

(36) BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. Cil. Pág. 129.

(37) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 27936 señala lo siguiente: "Pese a la variación operada en el Código Penal del 91 con relación

al Código Penal del 24, respecto a la Legítima Defensa, los operadores del sistema penal (Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial) no han aplicado en todo los casos adecuadamente esta institución.

El problema principal se ha dado sobre un tratamiento excesivamente restringido, en perjuicio de las personas que se han limitado a defenderse de alguna agresión delictiva. Esto genera la sensación que ante el ataque de un delincuente es mejor dejarse agredir, pues la defensa, en lugar de ser amparada por el Estado, generalmente da lugar a una sanción.

En este sentido, el presente proyecto de Ley introduce la exigencia de que la necesidad del medio empleado, a que se refiere el acápite b del inciso 3) del artículo 20° del Código Penal, se derive del contexto y de las circunstancias de los hechos. Ello quiere decir que los operadores tendrán que tomar en cuenta los elementos que rodearon a cada hecho específico para determinar si se ejerció correctamente la legítima defensa. Por ejemplo: Si se sufre un ataque violento y súbito, del cual se puede inferir que el atacante desea atentar contra la vida de la víctima, no es de esperar que esta pueda reflexionar con toda calma sobre cuál sería el medio más razonable para contrarrestar el ataque; la conducta que probablemente se dará para ejercer la legítima defensa es que la víctima tome rápidamente cualquier medio que esté a su alcance para repeler el ataque.

Debido a que los operadores del Derecho Penal suelen optar en estos casos por la vía más fácil (denunciar y abrir instrucción), basta que en el atestado policial no se haya realizado ninguna evaluación sobre la legítima defensa, para que se termine considerando un acto de esta índole como delito, que así también lo califique el fiscal y que implique un auto de apertura de instrucción, incluso con mandato de detención. Por ello el proyecto obliga al Juzgador que quiera dictar esta medida a hacer un sustento razonado de su decisión, rechazando los fundamentos concretos que no tiene asidero la alegación del procesado de que actuó bajo legítima defensa.

(38) IGLESIAS RIO, Miguel Ángel. "Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa". Comares. Granada, 1999. Pág. 437.

(39) Reconocido expresamente en el artículo 65 num. 3 del Código Penal de Venezuela: "... Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en el estado de incertidumbre, temor o terror traspasa los límites de la defensa". También el § 33 del StGB alemán: "Exceso en la legítima defensa: Si el autor excede los límites la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado".

(40) CARRARA, Giuseppe. "Programa de Derecho criminal". Temis. Bogotá: 1978, parágrafo 1310. 134.

(41) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. Pág. 21 Barcelona

(42) El Primero de los consensos del Acuerdo Plenario 4/99, adoptado en el Pleno Jurisprudencial celebrada en Iquitos en noviembre de 1999 señaló por unanimidad que "La circunstancia atenuante prevista en el artículo 21 del Código Penal es de aplicación obligatoria. En tal caso, la disminución prudencial de la pena opera mínimo legal hacia abajo".

(43) NÚÑEZ, Ricardo. "Tratado de Derecho Penal". Tomo 1. Lerner. Buenos Aires, 1976. Pág. 424, señala que "La suficiencia no depende de una determinada índole de acto provocativo, sino de las circunstancias variables de cada caso que expliquen razonablemente la agresión como su efecto".

(44) La defensa surge como alternativa ante la presencia del mal inminente, es decir, como secuela del conocimiento de la agresión y del peligro que representa, conocimiento que actúa como un estímulo que lleva a representarse la necesidad de realizar "algo" para apartar el ataque. Es precisamente en el marco representativo en el que el sujeto decide obrar con miras a conjurar la situación peligrosa.

Un mayoritario sector de la doctrina sostiene que el ánimo de defensa constituye un requisito que legitima la defensa, pues señala que para la justicia del acto defensivo no basta con que objetivamente el acto, en abstracto, resultara conforme a Derecho, sino se requiere que el sujeto haya obrado con voluntad de realizar una defensa del bien agredido, esto es, que el sujeto se haya propuesto con su actuar realizar un acto legítimo.

Se dice que es necesario que el agredido obre de alguna manera, ya sea en forma consciente o instintiva, hacia el rechazo del peligro de la agresión. El mismo término "defensa" encierra un elemento subjetivo que significa protegerse de algo, y para que exista rechazo se requiere haberse representado o conocido la situación que se rechaza. En tal virtud, es natural que el primer elemento subjetivo (cognoscitivo) de la defensa sea el conocimiento del peligro emanado de la agresión. De igual suerte, para que exista rechazo o repulsa de algo, se requiere al menos la tendencia instintiva para realizar una acción hacia ese objetivo, por eso la verdadera defensa presupone la voluntad defensiva (en ese sentido WELZEL, MAURACH, JESCHECK y JIMENEZ DE ASUA). Por otro lado, un sector minoritario señala que el concepto de defensa es ajeno a los elementos subjetivos, pues lo que importa es el fin subjetivo de la acción y no el fin subjetivo del agente. La voluntad y creencia de quien se defiende debieran ser jurídicamente irrelevantes; la protección de bienes primarios es legítima, cualesquiera fueren los propósitos y creencias con los que se emprenda (en ese sentido MEZGER, FERNANDEZ CARRASQUILLA, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Y NINO), vide GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. "Legítima Defensa" Temis. Bogotá, 1991. Pág. 231.

(45) Ibidem.

(46) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 88, precisa que la "provocación significa el comportamiento del 'presunto defendido' que induce o motiva a la agresión tiene que ser una provocación de cierto peso, esto es, 'suficiente' conforme al concreto medio social en que se da el comportamiento".

(47) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 397,

(48) Ibidem.

ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Está exento de responsabilidad penal:

(...) 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 1971.3

C.J.M. art. 19.3

C. art. 3

C.P. arts. 20.5, 119

Comentario

Carlos Vásquez Shimajuko

I. Estado de necesidad justificante

1. Fundamento y naturaleza

El legislador nacional ha considerado oportuna una regulación diferenciada del estado de necesidad y ha consagrado, en los incisos 4 y 5 artículo 20 CP, la tesis de la diferenciación. En virtud de la teoría de la diferenciación, el estado de necesidad tiene una doble naturaleza: como causa de justificación y como causa de exculpación. Así, por un lado, el estado de necesidad tendrá efecto justificante (estado de necesidad justificante) cuando, en el marco de una situación de conflicto entre dos bienes Jurídicos se ocasione la lesión de un bien Jurídico de menor, valor a fin de proteger uno de mayor rango; y, por otro, el estado de necesidad surtirá efectos exculpantes (estado de necesidad exculpante) cuando, para salvaguardar un determinado bien jurídico, se lesione necesariamente otro del mismo valor. En este sentido, la naturaleza justificante del estado de necesidad en situación de conflicto de bienes de distinto valor se fundamentaría en el principio del interés preponderante. Frente a la tesis de la diferenciación, la doctrina mayoritaria española sostiene que el estado de necesidad posee una naturaleza justificante, independientemente de si el bien jurídico protegido es de mayor o de igual valor. No vamos a desarrollar y a analizar los planteamientos de cada posición; sin embargo, creo necesario describir someramente los argumentos de los defensores de la teoría de la unidad.

GIMBERNAT, quien es el autor más representativo de la tesis de la unidad en España, para llegar a tal conclusión, parte de un entendimiento de la antijuridicidad como aquel sector en el que el Derecho Penal decide lo que quiere prohibir frente a todos, es decir, de manera general. Las causas de

justificación se configurarían como una excepción a ese "querer" y, en este sentido, el Estado, aunque puede hacerla, no quiere prohibir conductas. Por su parte, en la culpabilidad, ocurriría una situación distinta: en las causas de exculpación, el Derecho Penal no puede sancionarlas. Dicho de otro modo: mientras que, en las causas de justificación, el Derecho Penal no quiere prohibir conductas, debido a que si este se opusiera a repeler una agresión en virtud de la legítima defensa, se correría el riesgo de que los ciudadanos no se amparen en esta eximente por temor a la sanción y prefieran la lesión de sus propios bienes jurídicos que lesionar los de terceros; en las causas de exculpación, no es posible sancionar los comportamientos (aunque el Derecho Penal estaría encantado de hacerla), porque la pena no despliega, en este sector, su efecto inhibitorio.

Así, la colisión de bienes jurídicos de igual valor debe ser tratado correctamente -a juicio de GIMBERNAT - como una causa de justificación, pues de lo contrario, es decir, seguir considerando a estos casos como estados de necesidad exculpante, el efecto intimidatorio de la pena (desplegado en sede de antijuridicidad) generaría que las personas no se amparen en una causa de exculpación. En este sentido, para GIMBERNAT, las causas de justificación y las de exculpación se distinguirían en que mientras en aquellas la pena posee efectos intimidantes, en estas la pena no despliega dichos efectos. Las conclusiones a las que arriba este autor tienen como consecuencia la imposibilidad de repeler un estado de necesidad, en caso de conflictos de bienes jurídicos iguales, amparado en legítima defensa. En estas situaciones, frente a un estado de necesidad solo cabe otro estado de necesidad. Esto, siempre según GIMBERNAT, conduciría a resultados más justos al colocar a los intervinientes en una situación de igualdad, puesto que, en el estado de necesidad, juega un papel importante la exigencia de la proporcionalidad, lo que no sucede con la legítima defensa.

CEREZO, con mucho acierto, ha puesto de manifiesto la inconsistencia de los argumentos esbozados por GIMBERNAT. Para CEREZO, distinguir causas de justificación y causas de exculpación basándose en la eficacia intimidatoria o no de la pena, conduciría a admitir una doble naturaleza (como justificante y como exculpante) de la legítima defensa, dependiendo de si la pena desplegó o no sus efectos inhibitorios sobre el agredido, pues es en muchos casos difícil imaginar la existencia de un sujeto temeroso por la sanción en circunstancias en que se ponen en peligro bienes jurídicos de primer orden, como la vida o la integridad física.

Pero también CEREZO ha señalado correctamente que al estimarse lícita la conducta de los sujetos intervinientes en los casos de estado de necesidad contra estado de necesidad, el Derecho se inhibiría de resolver el conflicto y su solución quedaría en manos del más fuerte.

A mi juicio, la tesis de GIMBERNAT no puede mantenerse. Fijar el límite entre injusto y culpabilidad en el querer prohibir conductas, por una parte, y el poder sancionarlas con pena, por otro, ofrece un criterio que, en lugar de trazar correctamente la frontera entre ambas categorías, lo que ocasiona es dificultar su delimitación. No es absoluta la afirmación aquella de que, en las causas de justificación, el Derecho Penal no quiere prohibir conductas, pues también

pueden entenderse que, en las causas de exclusión de la antijuridicidad, el Derecho Penal se encuentra en la imposibilidad de prohibirlas, por la sencilla razón de que dichos comportamientos están en concordancia con los valores que emanan del ordenamiento jurídico. Lo correcto sería, en este sentido, que no se puede prohibir lo que está permitido y de ninguna manera que no se quiera hacerlo. Por otro lado, no es del todo cierto que, en la culpabilidad, el Derecho Penal no pueda sancionar penalmente las conductas antijurídicas, debido a que la pena no surte efectos inhibitorios al anularse la motivabilidad del sujeto. En la culpabilidad, podría, también, afirmarse que no es que el Derecho Penal no pueda sancionar conductas jurídico-penalmente desaprobadas, sino que no quiere hacerlo. Y no quiere hacerlo porque pese a que tales conductas son contrarias al ordenamiento jurídico y están desaprobadas -y por lo tanto se pueden sancionar-, la pena, en estos supuestos, carece de efectos motivadores y perdería su validez frente a la comunidad, pues sancionar a quien ha actuado inculpablemente y a quien la generalidad considera no susceptible de punición, atentaría contra el sentimiento jurídico de justicia.

2. Requisitos

De la regulación legal del estado de necesidad justificante pueden derivarse los siguientes requisitos:

A. La situación de necesidad

La situación de necesidad constituye el primer requisito estructural del estado de necesidad justificante e implica una situación de peligro en la que el sujeto involucrado se enfrenta a la necesidad de lesionar típicamente un bien jurídico para salvar otro. Este requisito se deduce de la referencia del artículo 20 inciso 4 CP, de que el sujeto necesitado se encuentre "ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico.

La ley exige la existencia de un peligro actual para los bienes jurídicos. Pues bien, el peligro importa una situación en virtud de la cual la lesión de intereses jurídicos se presente como probable. Este puede provenir de un suceso de la naturaleza (un tornado que genera la necesidad de penetrar en un domicilio ajeno), de sucesos de animales (el ataque de un perro rabioso), de un hecho proveniente de una conducta humana, bien sea típica (el incendio de una vivienda, provocado intencionalmente, lleva inevitablemente a un sujeto a romper los vidrios de una ventana para escapar) o no (el incendio de los sembríos cosechados, provocado por un campesino con la finalidad de iniciar la siguiente temporada pone en peligro la vida de unos niños que jugaban entre los altos matorrales) e, incluso, el peligro puede ser generado por supuestos de ausencia de conducta (el ataque de un epiléptico dentro de una sala de operaciones y que está a punto de desplomarse sobre un artefacto que ayuda a respirar al paciente).

Existe acuerdo en que el peligro debe ser enjuiciado desde una perspectiva ex ante, esto es, situándose en la posición del sujeto en el momento en que

realizó la acción típica. Es necesario, además, que el peligro de lesión exista objetivamente, que se trate de un peligro real; en caso contrario, es decir, si el peligro solo es producto de una falsa suposición de la realidad, si no es real, no puede configurarse una situación de necesidad y, en consecuencia, no cabe una eximente plena ni semi plena. Ahora bien, la descripción legal de esta justificante no exige que el peligro ostente la calidad de grave; sin embargo, dicha característica, si bien no tiene ningún efecto sobre la apreciación del peligro, sí debe ser tomada en cuenta al momento de ponderar los bienes jurídicos involucrados en la situación de necesidad.

Asimismo, es necesario que el peligro sea insuperable de otro modo. Esta exigencia supone que el sujeto activo no disponga de otros medios menos lesivos para conjurar la probabilidad de lesión de los bienes jurídicos en juego. De ello se deriva el carácter subsidiario del estado de necesidad. En este sentido, si entre de todos los medios disponibles, la ayuda de terceros o la huida del lugar es posible para sustraer el bien jurídico del peligro, entonces el sujeto deberá conducirse de tal manera, lo cual deberá ser enjuiciado, teniendo en consideración la capacidad del sujeto para usar determinado medio, los recursos a su alcance, su estado anímico, etc. Esta peculiar situación, que se encuentra en total contraposición con la no exigibilidad de huida en la legítima defensa, radica en los diferentes fundamentos de ambas eximentes, por un lado, y, por otro, en el hecho de que el necesitado, a diferencia del defensor, lesiona bienes jurídicos cuyo titular es un sujeto que no lo ha agredido, que es ajeno a la situación de necesidad. En la legítima defensa, la necesidad de afirmación del ordenamiento jurídico se impone frente a una agresión ilegítima y esta situación trae como consecuencia que al agredido no se le exija la huida; de lo contrario, el Derecho cedería ante el injusto. Con todo, debe tenerse en cuenta que si la búsqueda de ayuda o la huida importan una lesión desproporcionada para el necesitado, la situación de necesidad aun estará presente.

Si el sujeto, no obstante a disponer de medios menos lesivos, hace uso de los más dañosos, solo es posible la apreciación de una eximente incompleta. Ahora bien, en una situación en la que el sujeto activo se encuentra frente a medios igualmente lesivos para el tercero lesionado, el sujeto activo podrá escoger cualquiera de ellos y la situación de necesidad subsistirá. Si entre los bienes jurídicos disponibles, el titular de uno de ellos ofrece el suyo para salvar a otro de mayor valor, el sujeto deberá echar mano de este y no de otros. De cualquier forma, no se exige que el agente obtenga el consentimiento del titular del bien lesionado toda vez que, en esta eximente, el tercero ajeno a la situación solo debe soportar; las intervenciones, no siendo necesario que esté de acuerdo con ello. En consecuencia, el necesitado debe escoger el medio típico menos lesivo para salvar un bien jurídico de mayor valor; si dispone de medios lícitos para hacer frente a la situación de necesidad (p. ej. ayuda a la autoridad), no se configurarán los presupuestos del estado de necesidad justificante, pues este requiere la realización de un comportamiento típico.

Con respecto a los bienes jurídicos susceptibles de ser amparados bajo el estado de necesidad justificante, estos no están restringidos a la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico individual, aunque así lo exija

una interpretación analógica del precepto. La enumeración de bienes jurídicos individuales (vida, integridad corporal y libertad), como punto de referencia para la determinación de los otros bienes jurídicos que se encuentran en el radio de acción de esta justificante, no debe vincular al intérprete; debe entenderse que dicha enumeración es meramente enunciativa. En este sentido, bajo el estado de necesidad justificante no solo pueden protegerse bienes individuales, sino también bienes jurídicos de la comunidad. Ahora bien, no es indispensable que los bienes estén protegidos por el Derecho Penal; es suficiente que gocen de reconocimiento o protección por parte de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no procede el estado de necesidad frente a conductas justificadas, pues, de lo contrario, se caería en una inadmisibles situación en la que quien se ampara en estado de necesidad puede ser repelido por otro que actúa bajo la misma eximente y así sucesivamente, cayendo en un círculo vicioso en el que la solución del conflicto pesaría en las manos del más fuerte.

Finalmente, el artículo 20 inciso 4 CP, al igual de lo que sucede en la regulación de la legítima defensa, admite el auxilio necesario cuando incluye en el precepto que el sujeto realice "un hecho destinado a conjurar de sí o de otro". Así, los bienes jurídicos involucrados en una situación de necesidad no solo pueden ser propios, sino también ajenos, sean de una persona natural, jurídica o, incluso, del Estado. Esta es una de las características que diferencian esta causa de justificación con la legítima defensa, ya que esta no puede amparar bienes jurídicos colectivos.

B. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

Como se ha indicado, el estado de necesidad justificante halla su fundamento en el principio del interés preponderante y, en tal sentido, es necesario que la salvación del bien jurídico más importante suponga únicamente la vulneración de otro de menor valor.

Ahora bien, la determinación del bien jurídico de superior valor no está exenta de dificultades. Sin embargo, la doctrina coincide en que la ponderación de los bienes involucrados en la situación de necesidad no debe limitarse al valor abstracto de los mismos -que viene referido por las penas previstas en los tipos penales en concreto-, sino que también es necesario tener presente las diferentes particularidades de la situación, como la intensidad de la afectación, la proximidad y gravedad del peligro, la importancia social del bien, la idoneidad de la acción salvadora, la finalidad perseguida por el agente, la irreparabilidad o no de la lesión, si el peligro proviene o no del sujeto afectado con la acción salvadora, etc.

El legislador nacional, por su parte, siguiendo las pautas de su fuente legislativa (el parágrafo 34 del CP alemán), ha incorporado, como criterios de valoración fundamentales, la apreciación de los bienes en conflicto, por un lado, y, la intensidad del peligro, por otro. Ello, a mi juicio, constituye una regulación reiterativa que pesa sobre la apreciación de los bienes jurídicos en juego, pues el significado del término "apreciación" alude ya a una ponderación de intereses, que incluye a la consideración de la intensidad del peligro que

recae sobre ellos. El literal a) inciso 4 del artículo 20 CP indica, por tanto, una valoración que va más allá de una tasación abstracta de los bienes.

Como ya lo he señalado, la ponderación deberá efectuarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la situación y no, exclusivamente, el valor abstracto de los bienes jurídicos, pues, en muchas ocasiones, la pena conminada para determinados ilícitos varía de acuerdo a las modalidades de su comisión, a la gravedad de la culpabilidad e, incluso, a decisiones político-criminales o coyunturales. Por ello, tampoco es correcto afirmar que un bien penalmente protegido es, sin más, más valioso que otro sobre el que recae una protección extrapenal.

Así también, si bien los bienes jurídicos personales son más importantes que cualquier otro bien individual, la mayor pena prevista para estos no implica, necesariamente, que, en un conflicto entre bienes personales y bienes jurídicos patrimoniales, aquellos sean los predominantes. En muchas ocasiones, se justificarán pequeñas coacciones o lesiones para salvaguardar el acervo patrimonial de una persona.

Ahora bien, es necesario tener presente que los bienes jurídicos personales no son susceptibles de una ponderación aritmética y, en consecuencia, será inadmisibles abarcar dentro de esta eximente el hecho de sacrificar la vida del ciclista en la carretera para salvar la de un salón de clases que se dirige a una excursión al campo. En este caso, solo cabe un estado de necesidad exculpante. y esta conclusión es extensible a aquellos supuestos de comunidad de peligro (uno de los alpinistas advierte que la cuerda por la que escalan él y su compañero de aventura está a punto de romperse por el peso acumulado de ambos, por lo que decide cortarla, cayendo su compañero al vacío y salvando su vida). Todo ello se fundamenta, básicamente, en el respeto de la dignidad de la persona humana que impide que alguien pueda ser utilizado como un objeto para el logro de otros fines, y en el hecho de que la protección de la vida debe mantenerse aun frente a situaciones en la que aparece irremediabilmente perdida, pues esta todavía recibe protección de parte del ordenamiento jurídico -lo que no supone que defendamos la no disponibilidad de la vida-; de lo contrario, sería procedente dar muerte al moribundo cuya vida se extinguirá en pocas horas o minutos o, incluso, sería factible matar al condenado a muerte. La dignidad humana constituye, pues, una referencia ineludible para la ponderación de intereses.

Para una correcta ponderación será necesario, también, tener en cuenta la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos, es decir, si estos solo han sido puestos en peligro o, por el contrario, están siendo lesionados. En una situación de necesidad, el bien jurídico que está siendo lesionado tendrá la preferencia de la acción salvadora con respecto al que solo se encuentra en peligro. Asimismo, la proximidad y gravedad del peligro juega un rol importante en la apreciación de

valor de los bienes en juego, pues mientras más cerca se encuentre el peligro y más grave sea este, quien se encuentra en semejante situación se verá favorecido por esta eximente (por ejemplo, actuará justificado quien a excesiva velocidad conduce al hospital a un herido que morirá si no es atendido inmediatamente).

Asimismo, no puede dejarse de lado a la importancia social de los bienes jurídicos en conflicto, pues excluyendo este criterio se llegaría a soluciones materialmente injustas y no acordes con la realidad social. Así, frente a la destrucción de la vivienda de un pobre campesino y la cabaña de un multimillonario hombre, será preferible dañar esta que aquella.

La ausencia de provocación de la situación también debe ser incluida para la ponderación. De esta afirmación se derivan dos importantes problemas a solucionar. En primer lugar, se discute si para apreciar una eximente semiplena, la provocación aludida ha de estar referida solo a la creación de un peligro para determinado bien jurídico (un sujeto provoca un pequeño incendio al interior de una casa con la intención de destruir algunos objetos, sin causar daños personales, pero luego advierte que, en la vivienda, se encontraban dos niños pequeños. El mismo sujeto rompe la puerta para salvar la vida de los niños), sin que se exija la provocación de un conflicto en el que sea indispensable la realización de una conducta típica, o, por el contrario, es necesario no solo la creación del peligro, sino la situación de conflicto en la que el sujeto tendrá ineludiblemente que optar por la lesión de un bien jurídico para salvaguardar otro de mayor valor (un sujeto provoca un incendio de la misma magnitud con el objeto de poner en peligro la vida de los pequeños y con la finalidad ulterior de romper la puerta de entrada elaborada con una valiosísima madera para salvar ambas vidas). En segundo lugar, existe una gran discusión acerca de quién ha de ser el sujeto que ha provocado la situación para que no pueda apreciarse un estado de necesidad justificante completo.

Con respecto al primero punto, el legislador nacional ha guardado silencio al respecto, si bien en la regulación del estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5 CP) ha establecido que el necesitado no debe haber creado la situación de peligro. Por su parte, la doctrina española, obligada por la interpretación de su regulación legal, sostiene que, para la configuración de un estado de necesidad incompleto, la provocación ha de referirse solo a la creación del peligro; la creación del conflicto mismo, por otro lado, eliminaría toda posibilidad de justificar la conducta. Sin embargo, en nuestro país, debido a la ausencia de una manifestación por parte del legislador, la opinión de la doctrina española no puede vincular.

A mi juicio, la provocación debe referirse a la creación de la situación de peligro para los bienes jurídicos, de manera similar a lo previsto expresamente en el artículo 20 inciso 5 CP. Ello se fundamenta en el hecho de que si la provocación de la situación de necesidad, de una situación de conflicto, importa -como considero correcto- la falta de apreciación de un estado de necesidad justificante ni pleno ni semipleno, la provocación de la situación de peligro tiene como consecuencia la apreciación de una eximente incompleta. Esta conclusión, también, se halla motivada por el tratamiento del segundo punto, referido al sujeto provocador, como lo veremos enseguida.

¿Quién ha de ser el provocador del peligro? Para resolver este punto, en primer lugar, cabe mencionar que no hay mayores inconvenientes para afirmar que, en los casos de estado de necesidad en los que se salvan bienes jurídicos propios, el provocador siempre será el necesitado. Pero, en los supuestos de

estado de necesidad en el que se salvaguardan bienes ajenos, ¿el provocador es el necesitado o el que realiza la acción salvadora? A mi juicio, el provocador, en estos casos, ha de ser quien realiza la conducta típica salvadora de intereses ajenos, pues solo de esta manera se arribarían a soluciones más justas. Con todo, se presentan aun dos hipótesis problemáticas: por un lado, quien protege el interés de mayor valor en una situación de peligro que ha sido provocado por el tercero beneficiado (un sujeto que, sin saber nadar, penetra en aguas profundas de un río y está a punto de perecer ahogado, y es salvado por otro que hace uso de un bote ajeno), y, por otro, quien protege un bien jurídico de un tercero en una situación de peligro generada por él mismo (un sujeto arroja a un profundo lago a otro que carece de conocimientos en natación, tomando un bote ajeno para salvarlo, luego de que los hechos han escapado de su control). En la primera situación, la conclusión es la apreciación de una eximente plena; pero, en la segunda situación, la solución se torna problemática. En la segunda hipótesis, considerar antijurídica y prohibida la conducta salvadora (el uso del bote ajeno) a favor de quien nada tiene que ver con la provocación resulta, a todas luces, insatisfactorio, pues ello ocasionaría que el sujeto provocador se abstenga de proteger el interés en peligro. Pero por otro lado, declarar conforme a Derecho e impune la conducta salvadora que supone la lesión de un bien jurídico tampoco es acertado, pues la situación de peligro es imputable a la conducta del sujeto agente. En este supuesto, la solución correcta discurre por la sanción de la conducta generadora del peligro (exposición de personas al peligro), mas no por el comportamiento típico salvador.

Esta conclusión conlleva, sin dudas, a soluciones más justas y constituye un argumento más a favor de que la provocación debe estar referida al peligro y no a la preordenación de una situación en que se presente como inevitable la protección de un bien jurídico a costa de otro de menor valor, ya que ambas - provocación del peligro y provocación del conflicto- implican diferentes niveles de desvaloración. Es evidente que provocar el peligro es menos desvalorado que generar un conflicto de bienes, lo que supone, además, que quien solo crea un peligro pueda verse beneficiado con una eximente incompleta; pero no sucederá lo mismo con quien produce una situación de conflicto para lesionar un bien jurídico. En este último caso, no es posible siquiera la eximente incompleta; aquí desaparece toda posibilidad de apreciar un estado de necesidad justificante. Si, por el contrario, se exige que la provocación debe estar dirigida a la situación de necesidad, en aquellos supuestos en los que quien protege un bien jurídico de un tercero ha generado el estado de conflicto (segunda hipótesis), el provocador se vería beneficiado, pues habría logrado su cometido (lesionar intereses ajenos) y solo respondería por la situación de peligro, por las razones antes señaladas. Y esto no es correcto. El provocador que ha logrado su cometido, amparándose maliciosamente en un estado de necesidad no puede ser ni medianamente justificado; su conducta es plenamente antijurídica. En otras palabras: la provocación solo puede estar referida al peligro; la conducta de quien protege a un bien jurídico de una situación de conflicto generada por el mismo es antijurídica y, aunque realice una conducta salvadora, ha logrado su cometido (lesionar intereses ajenos). Frente a quien ha provocado solo el peligro es posible aun una justificante semiplena.

La obligación de soportar ciertos riesgos derivados del ejercicio de determinadas profesiones u oficios es otro criterio a tener en cuenta en la ponderación. Así, por ejemplo, el bombero no debe rehuir a su obligación de salvar vidas, arguyendo la existencia de un peligro para su vida o integridad física; el agente de policía debe asumir el riesgo de que un delincuente responda violentamente a su detención, etc. Dichas obligaciones emanan, por tanto, del ejercicio de una profesión u oficio, sean públicas o privadas, y suponen obligaciones con contenido Jurídico y no meramente morales o altruistas. No obstante ello, la obligación de soportar ciertos riesgos derivados de la profesión o del oficio de un sujeto no conlleva actos observancia absoluta, pues dicho sacrificio hallará sus límites en los preceptos jurídicos que regulan su ejercicio y en lo exigible para cada función. En este sentido, el bombero no estará obligado a arriesgar su vida en situaciones en las que es imposible salvar los bienes ajenos ni el policía a proceder a la detención si son varios los delincuentes y están fuertemente armados. Cabe resaltar que la obligación de soportar peligros solo se erige durante el ejercicio de la profesión u oficio; fuera de él, no hay obligación alguna. Finalmente, cabe mencionar que la obligación de soportar riesgos debe recaer sobre el necesitado. Así las cosas, si un tercero ajeno al conflicto auxilia a quien está obligado, en razón de su oficio, a soportar el riesgo, solo podrá beneficiarse con una eximente incompleta, en el caso de que dicho sujeto obligado se encontrara en circunstancias en las que todavía le era exigible tolerar la situación riesgosa.

A diferencia de la regulación del estado de necesidad justificante en el C.P. alemán, en nuestro ordenamiento jurídico no se exige que entre el interés protegido y el lesionado exista una diferencia esencial. El artículo 20 inciso 4 CP solo requiere que el bien jurídico salvaguardado sea predominante y para ser considerado como tal es suficiente que, teniendo en cuenta los criterios señalados, el bien protegido sea de mayor valor.

C. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro

Un sector de la doctrina sostiene que de la regulación del estado de necesidad justificante se deducen dos niveles de valoración: por un lado, la ponderación de los intereses en juego (literal a), y, por otro, la valoración ético-social de la acción salvadora (literal b). Así las cosas, en este segundo nivel valorativo, se determinaría si la conducta de quien obra en estado de necesidad justificante es conforme o adecuada a las concepciones valorativas reconocidas por la comunidad para la solución de conflictos y operaría, básicamente, en dos grupos de casos: la ausencia de la provocación de la situación de necesidad y la obligación de soportar peligros. Sin embargo, ambos grupos de casos no hallan su verdadera ubicación en la denominada "cláusula de adecuación", sino que deben ser considerados ya en la ponderación de intereses, contenida en el literal a) inciso 4 artículo 20 CP, como ha quedado sentado en líneas precedentes.

Por esta razón, se ha dicho que la "cláusula de adecuación" no constituye un nivel de valoración autónomo y que su función radica en indicar que la dignidad de la persona no puede ser ponderada o que su función es solo la de una

"cláusula de control". En la doctrina nacional, las opiniones al respecto se alejan de la función de valoración ético-social que le ha sido otorgado. Con todo, lo cierto es que, en nuestro C.P, todos los criterios de ponderación ya han sido incorporados en el literal a) artículo 20 CP y la "cláusula de adecuación" deviene en vacía de contenido. La supuesta función de indicar que la dignidad de la persona no es susceptible de ponderación carece de fundamento, pues esta es un principio inmanente al sistema que no necesita de consagración expresa en esta eximente.

c. Elemento subjetivo de justificación

Al igual que en la legítima defensa, en el estado de necesidad se exige que el sujeto que realiza la acción salvadora posea conocimiento de la situación de conflicto y actúe con voluntad de salvar un bien jurídico mayor, propio o ajeno, no siendo necesario que el sujeto realice una cuidadosa comprobación de la situación de necesidad. Debe tenerse en cuenta que la presencia de otros móviles (egoísmo, venganza, rencor, etc.) no elimina el elemento subjetivo de esta eximente. De esta manera, estará amparado en un estado de necesidad justificante quien solo busca un reconocimiento por haber salvado un bien de mayor valor y no precisamente la salvación del mismo.

DOCTRINA

ARMAZA GALDÓS, Julio. "Elementos negativos del delito". Lima, 2002. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General".

Lima, 2000. CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General".

Tomo 11. Madrid, 1990. CEREZO MIR, José. "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española". En: Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal). Eser, Gimbernat y Perron (editores). Madrid, 1995. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1996. COUSIÑO MC IVER, Luis. "Derecho Penal chileno. Parte General". Tomo 11. Santiago de Chile, 1979. CREUS, Carlos.

"Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, 1994. CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1982.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad".

En: Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1990. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por P situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En: Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal). Eser, Gimbernat y Perron (editores). Madrid, 1995. GALVEZ BENITEZ, José Manuel: "Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General". Civitas.

Madrid, 1988. HIRSCH, Hans-Joachim. "La regulación del estado de necesidad". En: Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania. Traducción de Sánchez y Ocaña Chamorro y Armendáriz León. Madrid, 1991.

HIRSCH, Hans-Joachim. "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana". En: Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio hispano-aleman de Derecho Penal). Traducción de Cancio Meliá. Eser, Gimbernat y Perron (editores). Madrid, 1995.

HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Reimpresión de la 2ª edición. Eddili. Lima, 1987.

JAKOBS, Günther. "Derecho penal Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. M-rCte Pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho penal U;ÓN General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993.

PENA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Unlversl a Madrid, 1996.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Bofill Genzsch y Aimone Gibson. Buenos Aires, 1994.

MEZGER, "Tratado de Derecho Penal". Tomo 11. Traducción de Rodríguez Muñoz. Madnd,

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Barcelona, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1998.

OCTAVIO DE TOLE DO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1986.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Lima, 1995.

PERRON, Walter. "Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)". En: Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal). Traducción de Alastuey Dobón. Eser, Gimbernat y Perron (editores). Madrid, 1995.

QUINTERO OLIVAR ES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General", con colaboración de Morales Prats y Prats Canuto Barcelona, 1996.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. "La antijuridicidad". Bogotá, 1989.

RODRÍGUEZ DEVEESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español". Dykinson. 171 edición. Madrid, 1994.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997.

STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Ederesa. Madrid, 1982.

V ÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. "Las consideraciones políticocriminales en la teoría del delito y los principios limitadores del ius puniendi". En: Normas Legales. Tomo N2 301. Trujillo, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". Santa Fe de Bogotá, 1995.

VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 21 edición. San Marcos. Lima, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima, 1990.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi. Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, 2002.

JURISPRUDENCIA

"Los encausados actuaron en estado de necesidad justificante, ya que el hecho de haber recabado un certificado médico para acreditar el nacimiento de la menor abandonada e inscribir la en la Municipalidad como hija de ambos, lo realizaron con el objeto de que pueda ser atendida médicamente al encontrarse en peligro de muerte, habiendo actuado altruistamente".
(Ejecutoria Suprema 15/10/97. Exp. 4103-96. Lima).

"La participación de los acusados en un juicio popular, en calidad de expectadores, al ser obligados bajo amenaza de muerte por elementos subversivos, no configura el delito de terrorismo, al presentarse en tal contexto de acción un estado de necesidad justificante que exime de responsabilidad penal".
(Ejecutoria Suprema 05/07/99. Exp. 386-99. Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada". Pág. 96).

"La conducta de quien asiste a reuniones convocadas por los senderistas bajo amenaza y coacción se encuentra bajo los alcances del estado de necesidad justificante".

(Ejecutoria Suprema 02/10/95. Exp. 431-95. Junín.
Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 160).

"Hay estado de necesidad justificante cuando el agente lesiona un bien jurídico penalmente tutelado de menor importancia como la tranquilidad pública para salvar otro bien jurídico de mayor jerarquía como la vida humana".
(Ejecutoria Suprema 20/09/95. Exp. 281-95. Junín.
Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 160).

"La versión de descargo que da la acusada de haber participado en los hechos que se le imputan, por encontrarse amenazada por su coacusado, resulta poco creíble y no ha sido corroborada con prueba alguna que justifique su intervención antes, durante y con posterioridad a los hechos delictivos".
(Exp. 99-42210/12/99. Callao. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal. Pág. 160).

ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Está exento de responsabilidad penal:

(u.) 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

CONCORDANCIAS:

C. P. arto 20.4

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Preliminares En Derecho Penal, sistemáticamente, dentro de una estructura tripartita del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), el juicio de culpabilidad o reprochabilidad del autor presupone que este haya realizado una conducta antijurídica. Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico implica la culpabilidad de su autor. Aparte de capacidad de culpabilidad y de conciencia de la ilicitud de su acto, el autor de un injusto penal, para ser culpable, requiere obrar en normalidad de circunstancias que posibiliten su autodeterminación conforme a las normas jurídicas. Previendo esta posibilidad nuestro CP ha establecido circunstancias por las que el autor de un ilícito penal, pese a ser imputable y no estar incurso en error de prohibición, queda exculpado, disculpado o excluido de culpabilidad por no ser exigible una actuación conforme a Derecho. Ellas son: 1.- El obrar en estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5); 2.- El obrar con miedo insuperable (artículo 20 inciso 7); y 3.- El obrar por orden ilícita de autoridad (artículo 20 inciso 9).

Brevemente (preliminarmente), y en lo que aquí interesa, se puede señalar que actúa en estado de necesidad exculpante quien, para alejar el peligro actual que amenaza su vida, integridad física o libertad (o las de una "persona con la que tiene estrecha vinculación") y evitar su inminente menoscabo, se ve precisado (como último recurso) a efectuar una conducta antijurídica, menoscabando un bien jurídico principal perteneciente a un tercero.

La literatura comparada da cuenta de supuestos ejemplificantes: a) El caso de la tabla de Karneades: tras el naufragio de un navío, dos sujetos se aferran a un pedazo de madera que solo puede sostener el peso de uno de ellos; el más fuerte empuja al otro y se salva; b) El caso de La Mignotte: a bordo de una embarcación, dos náufragos, para no morir de inanición, deciden comerse a un tercero que se encontraba herido(1). Pero se pueden construir otros ejemplos ilustrativos: e) X apunta un arma a la cabeza del conductor de un vehículo para que este atropelle a Z, d) Una avioneta con tres personas a bordo está a punto de precipitarse y solo hay un paracaídas; uno de ellos pone fuera de combate a

los otros dos, se hace del paracaídas y se salva; e) Tres escaladores unidos por una cuerda se encuentran colgados de una cima a gran altura; ante el inminente desprendimiento de la cuerda, el segundo de ellos, decide cortarla por debajo de él, produciendo la caída del tercero; f) Siendo inexorable el hundimiento, por exceso de peso, de una canoa que traslada a dos personas, en aguas infestadas de cocodrilos, una de ellas arroja al agua a la otra para salvar su vida.

El estado de necesidad exculpante o disculpante previsto en el artículo 20 inciso 5, a diferencia del justificante establecido en el artículo 20 inciso 4 (teoría diferenciadora), no constituye una causa de justificación (enervante de antijuridicidad), sino, al contrario, es una circunstancia que expresamente presupone que el autor haya realizado una conducta antijurídica ("El que... realiza un hecho antijurídico..."), que, sin embargo, puede quedar exculpada como resultado de su apreciación a nivel de culpabilidad o reprochabilidad(2). No se trata, por tanto, de una eximente aplicable a supuestos en donde se preserva un bien jurídico-penal claramente preponderante a costa del menoscabo de otro, que hacen que la conducta se valore como socialmente provechosa y jurídica(3); supuesto que cae bajo el radio operativo del estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4). Por el contrario, la conducta disculpada por el artículo 20 inciso 5 CP debe ser disvaliosa e ilícita, no debe estar cubierta por causa de justificación alguna(4); en suma, debe tratarse de un injusto penal: los bienes jurídicos ajenos que se lesionan deben ser equiparables a los que se preservan (vida, integridad física, libertad; sobre ello vide infra: el bien jurídico menoscabado debe ser tan valioso como el preservado(5)).

Ahora bien, si el obrar en estado de necesidad exculpante implica una conducta antijurídica realizada por un autor con capacidad de culpabilidad y conciencia de la ilicitud de su acto, entonces ¿cuál es el fundamento de su impunidad? Según la doctrina dominante, la exención de la responsabilidad penal que produce el estado de necesidad exculpante obedece a una doble reducción de la culpabilidad. La culpabilidad del sujeto se rebaja, en primer lugar, por la presión anímica o espiritual intensa que le produce las circunstancias excepcionales descritas en el artículo 20 inciso 5 CP (situaciones de conflicto y de motivación excepcionales)(6). Quien obra en estado de necesidad exculpante si bien efectúa una conducta antijurídica, se encuentra en una situación extrema o límite al realizarla: una situación de peligro actual y de inminente menoscabo a sus bienes jurídicos más importantes (vida, integridad física o libertad) o de "personas con la que tiene estrecha vinculación";

presión psíquica que precisamente le impide y hace inexigible su autodeterminación conforme a Derecho, teniendo en cuenta el instinto de conservación(7).

En segundo lugar, la culpabilidad se rebaja porque se debe valorar que con su conducta el sujeto no solo menoscaba un bien jurídico principal, sino que también preserva otro de primer orden. La antijuridicidad de la conducta del agente (por haber vulnerado un bien jurídico principal perteneciente a un tercero: vida, integridad física, libertad) se ve atenuada por la preservación de

la vida, integridad física o libertad propias o de "personas con la que tiene estrecha vinculación". La preservación de un bien jurídico por el autor reduciría también lo injusto de su conducta, lo cual repercutiría atenuando su culpabilidad. De este modo, la doble rebaja de la culpabilidad (por la presión psíquica intensa y la preservación de un bien jurídico fundamental) desembocaría en la impunidad. Más claro, la salvación de un bien jurídico principal en una situación de presión psíquica intensa conduce a la exclusión de la culpabilidad del autor⁸),

II. Requisitos

En concreto, los requisitos que deben concurrir para hacer aplicable la eximente del artículo 20 inciso 5, son: a) Que un sujeto se encuentre ante un peligro actual, b) Que dicho peligro amenace (restrictivamente) sus bienes jurídicos vida integridad corporal o libertad, c) Que el mismo sujeto o una persona con la que tiene estrecha vinculación realice una conducta antijurídica para alejarlo, d) Que el peligro no pueda ser evitado de otro modo menos gravoso que con la realización de una conducta antijurídica.

1. A. Peligro. Peligro actual

La situación de peligro actual exigida en el artículo 20 inciso 5 CP debe entenderse, en principio, como la fase inmediatamente anterior a la lesión del bien jurídico, es decir, como inminencia de lesión.

Por otro lado, peligro actual significa peligro efectivamente existente en un determinado momento. En el estado de necesidad exculpante, el peligro no solo debe existir en el momento inmediatamente anterior a la lesión del bien jurídico, sino también al momento de la realización de la conducta antijurídica, de modo tal que si no es alejado o conjurado de inmediato produciría el menoscabo del bien jurídico principal que se protege. Lo inminente no es pues el peligro; el peligro debe ser siempre actual; lo inminente es la lesión del bien jurídico. Por tanto, no son actuales los meros riesgos o amenazas remotas o inciertas⁽⁹⁾, no tan próximas, o que ya no subsisten más, o respecto a los cuales existe tiempo y posibilidad de ser conjurados de manera legítima o menos perjudicial que la lesión de los principales bienes jurídicos ajenos⁽¹⁰⁾.

Se trata más bien de un peligro de intensidad o grado equiparable al exigido en los delitos de peligro concreto⁽¹¹⁾ (resultado de peligro); situación en la que la lesión del bien jurídico, que había de producirse, no se produce por la concurrencia de una circunstancia excepcional, en la que normativamente ya no cabía confiar;

en este caso, la intervención salvadora del exculpado. En tal sentido, de un bien jurídico que solo ha ingresado al radio operativo de la acción peligrosa no se puede decir que se encuentre en la situación de peligro exigida en el artículo 20 inciso 5 CP; ello originaría una ampliación desmesurada de la eximente.

Empero, en determinados casos, el peligro también puede considerarse actual cuando si bien aun no es inminente la producción del menoscabo al bien jurídico, si no se actúa de inmediato y se espera hasta que efectivamente lo

sea, ya no sería posible hacerle frente y alejarlo, perdiéndose la posibilidad de preservar los bienes jurídicos principales, o ello solo sería posible poniéndolos en riesgos mucho mayores(12). También son actuales los peligros en los que objetivamente no cabe evaluar en el transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de su evitación. Asimismo, puede concurrir un peligro actual permanente, el cual se constituye como una situación de peligro que subsiste durante un prolongado periodo de tiempo, y que puede desembocar en el daño al bien jurídico en cualquier momento; v.gr. un edificio en ruinas que en cualquier momento puede derrumbarse(13).

El origen del peligro actual puede ser diverso, puede provenir de personas (v.gr. disturbios tumultuarios, graves coacciones, un sujeto que apunta con una pistola), fenómenos naturales (v.gr. terremotos, inundaciones, derrumbes), de cosas (v.gr. la caída inminente de una casa en ruinas, ataques de animales), accidentes de tránsito, aéreos, naufragios, incendios, explosiones, etc(14).

B. Peligro no evitable de otro modo

El peligro actual de lesión además debe ser no evitable o conjurable de otro modo menos perjudicial que la realización de una conducta antijurídica que lesione la vida, integridad física o libertad ajenas. Ello significa que el agente no debe disponer de medios de menor coste, debiendo ser el menoscabo de estos bienes jurídicos principales su último recurso posible de salvación(15). Para eximir, el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser el más benigno posible entre los diversos medios que puedan haber disponibles, el menos lesivo para los bienes jurídicos ajenos(16). Al contrario, no procede la exención cuando el peligro podía haberse evitado de otro modo menos nocivo. Quien tiene la opción de eludir el peligro de un modo menos dañoso que apelando a una conducta antijurídica no puede beneficiarse con la exención. Esto sucede si existía la posibilidad de conjurar el peligro de lesión a través de un modo conforme a Derecho, pero también si era posible hacerlo realizando una conducta ilícita menos dañosa. Así, si el agente disponía de medios lícitos para conjurar el peligro y preservar su vida, integridad física o libertad (v.gr. retiro prudencial, huida del lugar, aceptación de un menoscabo insignificante(17), causas de justificación, etc.) y no los empleó, ha de negarse la impunidad propia de esta eximente.

En especial, debe comprobarse, antes de evaluar la concurrencia de un estado de necesidad exculpante, si el agente tuvo la posibilidad de eliminar el conflicto vía legítima defensa o estado de necesidad justificante; si se determina que contaba con estas opciones, debe negarse la eximente, pues ya no se podría afirmar que el peligro no era conjurable de otro modo(18). Lo mismo sucede en caso de que el agente disponga de medios ilícitos menos perjudiciales: ha de preferirse realizar una conducta ilícita menos dañosa que la que vulnera la vida, integridad física o libertad ajenas. En última instancia, si se tiene la posibilidad de elegir entre la vulneración de la libertad o la integridad física antes que la vida, se debe preferir lesionar aquellas antes que esta, que constituye el bien jurídico-penal personal de primer orden(19).

Sin perjuicio de lo anotado, no puede dejar de señalarse que, en rigor conceptual, lo evitable únicamente puede ser la lesión del bien jurídico; el peligro en sí mismo, en cambio, no se puede evitar pues el estado de necesidad exculpante lo presupone y no se puede evitar lo que ya existe (de lo contrario no podría hablarse de un peligro actual). En todo caso, la necesidad de evitar el peligro debe entenderse como la exigencia de que el agente deba evitar que el peligro (ya existente) desemboque en la lesión del bien jurídico.

Vinculado al requisito de que el peligro no sea evitable de otro (modo menos dañoso que la vulneración de bienes jurídicos principales ajenos) están la posibilidad y el deber del agente de soportar el peligro; pero estos aspectos del estado de necesidad exculpante serán tratados individualmente más adelante (vide infra).

III. Bienes jurídico-penales amenazados que se pueden proteger: vida, integridad física y libertad

Conforme al artículo 20 inciso 5 CP, los únicos bienes jurídico-penales que se pueden proteger en estado de necesidad exculpante son (restrictivamente) tres:

la vida, la integridad física y la libertad; ninguno más. Con razón, por voluntad del legislador se ha restringido el efecto exculpante de la eximente a los tres más importantes bienes jurídicos de la persona. La taxatividad del precepto en este extremo impide extenderlo por analogía a otros bienes jurídicos, por más importantes o cercanos a la personalidad que estos puedan ser (v.gr. el honor, el patrimonio, la intimidad, etc.); ampliación posible y necesaria en el estado de necesidad justificante, que alude genéricamente como objeto de protección a la vida, la integridad corporal, la libertad "u otro bien jurídico" (artículo 20 inciso 4 CP). El artículo 20 inciso 5 CP, en cambio, se restringe *numerus clausus* a los tres intereses que expresamente enumera; por fuera de ellos, por tanto, no resultará legítimo el efecto excluyente de culpabilidad propio de esta eximente (en su caso, a lo sumo, cierta atenuación conforme al artículo 21 CP, al respecto vide *infrap*2ºJ).

Fundamento de ello sería que únicamente un peligro inminente para bienes jurídicos de tanta importancia como la vida, la integridad física o la libertad puede provocar en el agente una presión psíquica tan relevante que le impida y haga inexigible determinarse conforme a Derecho; solo una experiencia de este tipo (de tal intensidad) podría explicar la exculpación de una conducta antijurídica.

Asimismo, solo la preservación de los intereses más elementales podría dar lugar a una disminución relevante de lo injusto requerida para llegar a la exclusión de la culpabilidad. A pesar de que una fundamentación como esta no está exenta de cuestionamientos(21), se debe estar de acuerdo en restringir al máximo la aplicación de la eximente al peligro de lesión de los bienes jurídicos más elementales, pues de lo contrario, su expansión a otros supuestos podría poner en cuestión la seriedad preventiva de las conminaciones penales(22).

En tal sentido, y dependiendo del caso, realizar una conducta antijurídica para preservar bienes jurídicos diferentes a los señalados por ley (en especial,

graves ataques a la vida intrauterina o a la propiedad), si bien no podrá generar la exculpación, sí al menos cierta atenuación de la pena, en virtud del artículo 21 CP (concordado con el artículo 20 inciso 5 CP: siempre que se hayan satisfecho todos los demás requisitos). Por ejemplo, un comportamiento ilícito realizado para evitar un grave peligro a la existencia económica(23).

1. Por "vida" ha de entenderse solo la vida humana independiente, que es el interés que idealmente ocupa el lugar más elevado de la escala jerárquica de bienes jurídico-penales. Ningún otro supuesto hace más comprensible la exculpación del autor (en los límites del artículo 20 inciso 5 CP) que aquel en el cual se realiza una conducta antijurídica para preservar la propia vida y salvarse de la muerte, o para preservar la de nuestros familiares más allegados (acogidas bajo el concepto de "personas con las que se tiene estrecha vinculación", vide infra). La vida es un bien jurídico invaluable, único e irrepetible, cuya vulneración materialmente significa su efectiva y total destrucción irreversible, por lo que su preservación, a costa incluso del menoscabo antijurídico de bienes jurídicos principales ajenos, no puede dejar devalorarse a nivel de culpabilidad, a efectos de exculpación.

Jurídicamente ninguna vida humana es más o menos valiosa que otra, sino que todas son equivalentes (sanos y enfermos, heridos o en peligro de muerte' niños, jóvenes y ancianos; poderosos e indigentes; honestos y delincuentes, etc.):

El estado de necesidad exculpante coloca a todas las personas en un plano de igualdad. Puede llegar a exculpar a quien, por ejemplo, para salvar la propia vida (o la de una persona con la que se tiene estrecha vinculación), extingue la de un enfermo mental o un criminal peligroso. Pero también el criminal para preservar su vida (o la de una persona con la que se tiene estrecha vinculación), o los familiares del enfermo mental para salvarlo de la muerte, pueden quedar exculpados al extinguir la nuestra. Por otro lado, todas las vidas son equivalentes pero solo entre sí, en cambio, no son cuantificables. Así, procede el efecto exculpatorio de la eximente si se trata de salvar varias vidas (v.gr. la propia y la de personas con la que se tiene estrecha vinculación) a costa de la ajena. Pero también a la inversa: cuando se salva la propia (o la de una persona con la que se tiene estrecha vinculación) a costa de dos o más vidas(24). La posibilidad de exculpar, sin embargo, en todos los casos es posible solo en la medida en que se dé estricto cumplimiento de los requisitos del artículo 20 inciso 5 CP.

La "vida" humana a la que se refiere el precepto no es extensible, en cambio, a la vida humana dependiente, en formación o intrauterina, como la que se protege en el delito de aborto (v.gr. conforme a los artículos 116 y 117 CP)(25). Esta ciertamente puede ponerse en peligro (v.gr. mediante golpes, maniobras o ingesta de sustancias abortivas), pero su salvación a costa de una conducta antijurídica sola podrá originar, a lo sumo, cierta atenuación de la pena, conforme al artículo 21 CP; salvo que la inminente lesión de la vida intrauterina signifique también un inminente menoscabo de la integridad física de la embarazada, que sí es un bien jurídico admitido por la eximente, en cuyo caso la posibilidad de exculpación queda abierta (vide infra).

Por otro lado, debe señalarse que solo mientras subsista la vida humana cabe aplicar el estado de necesidad exculpante (no se puede poner en peligro o lesionar lo inexistente, v.gr. una persona fallecida). Pues naturalmente una vez extinguida ella ya no hay nada que preservar. Conforme a ello, incluso, puede llegar a estar exculpado quien para salvar a un familiar moribundo realiza una conducta antijurídica.

2. La "integridad corporal" a que se refiere la eximente ha de ser entendida, en lo posible, en un sentido amplio, como comprensiva de la integridad psíquica Y la salud en general; de lo contrario se generarían indeseables vacíos normativos Y un tratamiento inconveniente por desigual. En cambio, una interpretación restringida (meramente literal) de la expresión solo haría viable obrar en estado de necesidad exculpante frente a la inminente producción de lesiones "corporales"; ello ocasionaría la imposibilidad de invocar la eximente, por ejemplo, frente a torturas psíquicas o graves padecimientos morales. Lo cual no resultaría adecuado si se repara en que la amenaza de un tormento psíquico puede ocasionar tanta o más presión psíquica intensa que la amenaza de una lesión corporal, y la dificultad de determinarse conforme a Derecho puede ser la misma en uno u otro caso(26).

Así, por ejemplo, un padecimiento psíquico reiterado, que en cualquier momento puede retomarse, frente a la amenaza de recibir una puñalada. No obstante ello, se debe reconocer que no es la "integridad corporal" la expresión más - adecuada para indicar que también la integridad psíquica, o la salud en general, son intereses que se pueden proteger en estado de necesidad exculpante. Más aún, se puede alegar que si el legislador hubiese querido tal ampliación hubiese utilizado otro término englobante de tales ideas, así como que resulta de dudosa legitimidad una interpretación de la ley que lo haga. Por ello, de lege ferenda sería recomendable una oportuna intervención del legislador patrio en tal extremo.

Con todo, con la atingencia relativa a los detrimentos psíquicos, y previo cumplimiento de sus requisitos, parece claro que la eximente exculpará, por ejemplo, a quien ante el peligro actual de cercenación de un miembro principal, o del contagio de una enfermedad incurable, realiza una conducta antijurídica, lesiva de bienes jurídicos ajenos, para salvarse del menoscabo.

3. La "libertad", a diferencia de la integridad corporal (vide supra), sí debe ser entendida lo restringidamente posible. En principio, por "libertad" no debe entenderse toda manifestación del bien jurídico comprendida en el Título IV del Libro 11 CP; de lo contrario habría que admitir la eximente frente al peligro de menoscabos menores, no equiparables en modo alguno a la vida o integridad corporal, como simples coacciones, menoscabos a la intimidad personal o familiar, a la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones, violaciones a la libertad de reunión, expresión o de la libertad del trabajo, etc. Perturbaciones de esta índole difícilmente son compatibles con la ratio de la eximente, y en ningún caso quien realice una conducta antijurídica para conjurarlas podrá ser beneficiado con el efecto exculpante.

En cambio, un peligro de menoscabo del bien jurídico-penal "libertad" de entidad similar a la vida o a la integridad física es identificable en las amenazas a la libertad individual, propias del delito de secuestro (artículo 152 CP) por ejemplo, o a la libertad (o indemnidad) sexual, propias de la violación sexual o los actos contrarios al pudor (artículos 170 y sgtes. y 176 Y sgte. CP). En tal sentido, la eximente podrá aplicarse a quien, ante el peligro actual de ser violado sexualmente, o para evitar que una persona allegada sea objeto de un secuestro, se ve precisado a realizar una conducta antijurídica, lesiva de bienes jurídicos ajenos.

IV. Realizar un hecho antijurídico para alejar el peligro

1. Como ya se ha anotado, el estado de necesidad exculpante presupone la realización de un hecho antijurídico. Por "hecho antijurídico" debe entenderse una conducta que contravenga el ordenamiento jurídico en su conjunto; una conducta de la que se pueda predicar tipicidad y antijuridicidad penales; una conducta disvaliosa que menoscabe un bien jurídico-penal protegido, constitutiva de un ilícito penal; no cubierta además por ninguna causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad (v.gr. legítima defensa, estado de necesidad exculpante, etc.). En esencia, la antijuridicidad de la conducta en el estado de necesidad exculpante reside en que ella entraña la vulneración de un bien jurídico principal ajeno, perteneciente a una persona que a su vez no ha efectuado conducta antijurídica alguna⁽²⁷⁾. No obstante ello, no debe perderse de vista ni la finalidad de la conducta antijurídica (la razón por la que se realiza), ni la atenuación de lo injusto que produce la preservación un bien jurídico principal en peligro propio o perteneciente a una persona con la que se tiene estrecha vinculación.

2. Por otro lado, el precepto exige únicamente realizar un hecho antijurídico "para alejar el peligro". Una correcta interpretación de esta expresión debe reparar en que lo requerido aquí es solo una conducta ilícita "tendiente a alejar el peligro" y no una que "aleje efectivamente el peligro". La expresión, entonces, puede incluir sin problemas las conductas antijurídicas que realmente lograron conjurar el peligro del bien jurídico, pero también aquellas que, si bien fueron realizadas con ese fin, no lo consiguieron. Habiéndose iniciado dolosamente la conducta antijurídica (de alejamiento del peligro), la ilicitud de la conducta se funda en el principio de ejecución (de las conductas ilícitas) que rige para la punibilidad de la tentativa delictiva. De ello se sigue que aquellas conductas cuya ejecución se inició con la finalidad de alejar el peligro sin concretarla (a manera de una tentativa delictiva) también encuentran cabida en la eximente⁽²⁸⁾.

Esta disquisición no es inútil, sino que tiene repercusiones relevantes. No exigir que se conjure el peligro significa también no exigir que se preserve el bien jurídico; y, a su vez, no exigir que se preserve el bien jurídico pone en duda el mismo fundamento de la eximente, pues tal déficit impediría la doble disminución de la culpabilidad requerida (vide supra). En efecto, si la exención de responsabilidad penal por estado de necesidad exculpante se fundaba, por un lado, en la presión psíquica intensa que impedía al agente determinarse conforme a las normas; Y por otro, en la preservación de un bien jurídico de

primer orden (vida, integridad física o libertad), la ausencia de este último requisito invalidaría en todos los casos el efecto exculpatario de la eximente (la doble disminución de la culpabilidad requerida).

En principio, una tentativa ilícita de salvación no consumada no solo significa que no se ha logrado la preservación del bien jurídico, sino también que ha acaecido su efectiva lesión. Ahora bien (de modo similar a lo que sucede al comparar la tentativa delictiva con el delito consumada), una mera tentativa de preservación del bien jurídico no puede tener el mismo contenido de injusto que su efectiva preservación (en aquella existe solo una conducta valiosa, en esta una conducta y un resultado valiosos). Entonces, sin la preservación del bien jurídico principal en peligro no existiría un hecho lo suficientemente valioso para lograr la atenuación del contenido de lo injusto que requiere la eximente y, consecuentemente, cumpla su cuota de disminución de la culpabilidad necesaria para excluirla. En conclusión: sin la preservación del bien jurídico en peligro no es factible la doble disminución de la culpabilidad requerida para la impunidad, y por tanto, la exculpación en estos supuestos pondría en duda el propio fundamento del estado de necesidad exculpante (vide supra).

La cuestión de lege lata parece irremovible si, como se infiere del tenor del precepto, se exige también a quien realiza una conducta antijurídica adecuada y dirigida a preservar el bien jurídico principal, pero no logra efectivamente tal preservación (supuestos en que la salvación del bien jurídico queda en grado de tentativa o "tentativas de salvación").

Si, por el contrario, no se exige también a quien, pese haber realizado una conducta adecuada y dirigida a preservar el bien jurídico principal, no consigue efectivamente tal preservación se generarían consecuencias criticables. En primer lugar, en supuestos de salvación de terceros, no podría quedar exculpado quien realiza una conducta adecuada y dirigida a salvar la vida, la integridad física o la libertad de una persona con la que se tiene estrecha vinculación si, por una circunstancia ajena a su voluntad, finalmente no consigue tal preservación; v.gr.

quien, como último recurso, en una situación coactiva intensa, se ve precisado lesionar al dependiente de un hotel para preservar la libertad sexual de un familiar, pero llega demasiado tarde y no logra evitar el hecho, no solo habrá visto lesionado el bien jurídico principal de un ser querido, sino que además ha de recibir una pena por las lesiones ocasionadas que no estarían exculpadas. En segundo lugar, en supuestos de autosalvación (preservación de un bien jurídico principal propio), tampoco podría quedar exculpado quien intenta salvar su integridad física o libertad si por una circunstancia ajena a su voluntad no logra concretar su pretensión; v.gr. quien, en una grave situación coactiva, intenta salvarse de una mutilación física disparando a otro, pero yerra, no solo resultaría seriamente dañado en su integridad corporal, sino que también tendría que recibir una pena por haber puesto en peligro la vida de un tercero (tentativa de homicidio) sin haber preservado bien jurídico alguno.

Ciertamente podría alegarse -para fundar la atenuación de lo injusto y la doble disminución de la culpabilidad- que en este caso también existe la preservación de un bien jurídico principal: el bien jurídico principal ajeno (vida) que no se

llegó a lesionar en virtud del yerro; pero repárese en que el agente que obra en estado de necesidad exculpante debe tener siempre dolo de preservar el bien jurídico principal en peligro⁽²⁹⁾ (recuérdese que incide sobre la culpabilidad del autor), resultando irrelevante una atenuación del injusto no voluntaria. Además, el intento de preservación del bien jurídico principal propio, por ser una conducta adecuada y dirigida a la lesión del bien jurídico principal ajeno, no necesariamente puede resultar inocua, sino que puede traer aparejados menoscabos de entidad diferentes a la pretendida; v.gr. en el caso anterior, el disparo efectuado que no mata puede solo herir. Así, un intento de preservación puede entrañar también tanto un daño al bien jurídico principal propio como ajeno, lo cual se contrapone a la atenuación de lo injusto penal requerida.

v. Personas con las que se tiene estrecha vinculación Conforme al artículo 20 inciso 5 CP, el estado de necesidad exculpante no solamente exime a quien realiza una conducta antijurídica para preservar la vida, integridad corporal o libertad en peligro propias, sino también cuando estas pertenecen a "personas con las que se tiene estrecha vinculación". Como se infiere, la interpretación de esta expresión dependerá casi exclusivamente de determinar cuán estrecha debe ser la relación entre el salvador (el autor de la conducta antijurídica) y el salvado (el titular del bien jurídico preservado) para que surta el efecto exculpatório de la eximente.

En principio, se debe tratar de una relación tan estrecha que produzca en el autor una presión psíquica de intensidad similar a la que hubiese experimentado si estuviera en peligro un bien jurídico principal propio, de modo tal que pueda sostenerse su no-determinación conforme a Derecho. Ello es de esperarse que suceda especialmente entre los parientes más cercanos, como entre padres e hijos y entre hermanos. Pero también el peligro que se cierne sobre un abuelo, un tío, un sobrino u otro pariente menos próximos puede generarlo. La determinación debe hacerse siempre caso por caso.

En efecto, como el precepto no se refiere expresamente a una relación de parentesco (mucho menos a un parentesco cercano), la interpretación de "personas con las que se tiene estrecha vinculación" no ha de restringirse a ella, Sino, al contrario, ha de rebasarla> lo cual no significa, que baste acreditar cualquier tipo de parentesco para ser beneficiado con la exculpación. Significa más bien que habrán personas que, no estando unidas al autor de la conducta antijurídica mediante lazos de parentesco, pueden despertar en él una relevante presión psíquica impeditiva de autodeterminación, lo que puede suceder entre cónyuges, convivientes o los amigos más queridos, y echarse de menos a veces en relaciones consanguíneas inmediatas⁽³⁰⁾. Sin embargo, debe repararse en que determinar el círculo de personas privilegiadas mediante este único criterio originaría una ampliación indeseable del radio operativo de la eximente, lo que finalmente podría poner en cuestión la seriedad preventiva de las normas. El círculo de personas privilegiadas debe restringirse al máximo, pues al final de cuentas se trata de dejar impune a quien, para salvar a otro, realiza una conducta antijurídica y lesiona un bien jurídico principal perteneciente a quien no ha realizado conducta antijurídica alguna.

La doctrina penal comparada ha propuesto limitar expresiones equiparables a "personas con las que se tiene estrecha vinculación"(31) incorporando el criterio de la bilateralidad de la relación o de la reciprocidad de la acción salvadora. En virtud de ellos la ampliación de la eximente sería viable en la medida en que el titular del bien jurídico preservado, en una situación de estado de necesidad exculpante parecida, hubiera realizado también una acción de salvamento a favor del autor de la conducta antijurídica. Ello significa que debe existir una tan estrecha vinculación entre ambos sujetos que se pueda afirmar que, en circunstancias similares, uno colocado hipotéticamente en el lugar del otro (es decir, el salvado en lugar del salvador) hubiera experimentado similar presión psíquica intensa impeditiva a su determinación conforme a Derecho(32) (siendo un juicio pronóstico hipotético, lo anotado comprende sin problemas supuestos de incapacidad objetiva de actuación, v.gr. salvación de bienes jurídicos de niños, ancianos, discapacitados, etc.). El "vínculo estrecho" a que alude el precepto, en suma, habrá de ser recíproco y bilateral, con aptitud para generar una correspondiente (hipotética) conducta salvadora del bien jurídico por parte del beneficiado.

La reciprocidad y bilateralidad de la relación no solo descarta los casos en que entre salvador y salvado no existe vínculo alguno (v.gr. casos de salvación de desconocidos), sino en especial los supuestos en que la presión psíquica intensa solo puede afirmarse unilateralmente, sea de uno como de otro lado. Así, por ejemplo, en el caso propuesto por ROXIN de la "diva del cine", "a la que un joven ama más que a cualquier otra persona, pero que no sabe nada de ese afecto"(33),

Y en general en todos los supuestos de afectos mantenidos en secreto o no correspondidos, habrá de negarse el efecto exculpatorio de la eximente(34). Al mismo resultado se llega en caso de que la presión psíquica intensa solo se pueda afirmar en el titular del bien jurídico preservado pero no el autor de la conducta antijurídica. En todas estas hipótesis, sin embargo, dependiendo del caso, realizar una conducta antijurídica en ausencia de bilateralidad y reciprocidad, si bien no podrá generar la exculpación, sí al menos cierta atenuación de la pena, en virtud del artículo 21 CP (concordado con el artículo 20 inciso 5 CP: en caso haya satisfecho todos los demás requisitos).

VI. Improcedencia de la eximente

1. Improcedencia por serie exigible al agente aceptar o soportar el peligro. Casos de poca significancia

La primera parte del párrafo segundo del artículo 20 inciso 5 CP contiene una cláusula general de inexigibilidad, que señala la improcedencia genérica de la eximente en todos los casos en que al agente le sea exigible aceptar o soportar (tolerar, sobrellevar) el peligro. Ello puede suceder en diversos supuestos, pero aparte de los dos casos regulados como ejemplos (vide infra)- es particularmente posible en aquellos en que el menoscabo del bien jurídico principal al que desembocaría el peligro es de tan poca entidad o tan insignificante que jurídicamente se le exige al agente tolerarlos (al peligro y/o a

la eventual lesión, en su caso), antes que exculparlo en caso de realización de una conducta antijurídica destinada a alejarlos(35). Los graves y seguros menoscabos a los bienes jurídicos principales, en cambio, salvo excepciones (vide infra), no son nunca jurídicamente exigibles de soportar al común de las personas.

No se trata aquí de poner en cuestión la afirmación de una situación de peligro -esta, como se ha anotado, debe ser siempre actual (vide supra)- sino de evaluar la magnitud o relevancia de la inminente lesión del bien jurídico principal que entraña. Desde que en el estado de necesidad exculpante se exige que la inminente lesión del bien jurídico que se preserva no sea evitable de un modo menos perjudicial que la lesión antijurídica de bienes jurídicos principales ajenos, la comprobación de si puede exigírsele aceptar o soportar el peligro resulta siempre necesaria. Por ejemplo, la amenaza de una bofetada o una detención ilegal insignificante al no representar afectaciones relevantes a la integridad física o la Libertad individual, no pueden exculpar si para evitarlas se vulnera gravemente la Integridad física ajena. En el mismo sentido, tampoco el peligro de un simple maltrato de obra puede exculpar las lesiones graves producidas a un tercero. La madre parturienta tampoco puede quedar exculpada si, en razón de los dolores normales del parto, comete un infanticidio(36). En cambio, no es jurídicamente exigible tolerar la mutilación de un brazo o una pierna, pudiendo un sujeto, en última instancia, quedar exculpado si para salvarse se ve obligado a cometer el homicidio de un tercero. Menoscabos menos graves como la pérdida de los dedos o la inminente fractura de las piernas deben ser evaluados caso por caso; el si pueden disculpar un homicidio es una cuestión de exigibilidad y de comprobación de todos los demás requisitos del estado de necesidad exculpante.

La norma pudo haber aludido a aceptar o soportar la lesión -y no solo el peligro- del bien jurídico principal, pero correctamente ha considerado que a quien puede exigírsele aceptar o soportar el peligro del bien jurídico (entendido como inminencia de perjuicio) puede ya exigírsele también aceptar o soportar su efectiva lesión; v.gr. si a alguien puede exigírsele soportar la amenaza de una bofetada empleada coactivamente para que mate a una persona, puede exigírsele también recibirla antes que obrar antijurídicamente. Por el contrario, no puede exigírsele aceptar o soportar la lesión del bien jurídico principal a quien tampoco puede exigírsele aceptar o soportar su peligro de lesión; v.gr. así como no es exigible soportar la amenaza proveniente de un tercero que nos apunta con un arma, no es exigible soportar la lesión que produciría si no realizamos la conducta antijurídica. La posibilidad de que sea exigible al agente aceptar o soportar el peligro y no aceptar o soportar la lesión del bien jurídico debe ser descartada. Por lo demás, aparte de que puede preverse que los casos en que un peligro actual de lesión insignificante produzca una presión psíquica intensa que impida a quien lo sufre determinarse conforme a Derecho, han de ser marginales, en caso ello suceda, el agente no podrá quedar exento de pena precisamente por serie exigible tolerarlo (sino por serie evitable de otro modo menos perjudicial; vide supra).

Ciertamente la lesión del bien jurídico principal en peligro perteneciente al propio agente o a una "persona con la que tiene estrecha vinculación" pudo o

no producirse finalmente. Ello, a efectos de la eximente, carece de relevancia pues el precepto penal se conforma con la existencia de una situación de peligro actual (de inminencia de lesión) y exculpa solo a quien obra inmerso en ella. Por lo mismo, no es necesario esperar que acaezca la lesión para actuar; es más, la producción del efectivo perjuicio al bien jurídico se contrapone a la idea de peligro e impide ya fundar un estado de necesidad exculpante (a menos que se trate de lesiones sucesivas, en cuyo caso el peligro no cesa). Un peligro, como el requerido en la eximente, sin lesión, solo es posible por la concurrencia de una circunstancia impredecible desde la fase del peligro en la que actúa el agente (en la que ya no cabía confiar) que evitó o impidió el resultado lesivo. No obstante, como se ha visto, los supuestos más importantes de improcedencia de la eximente -aparte de los expresamente regulados (vide infra) no son tanto aquellos donde al agente puede exigírsele aceptar o tolerar el peligro, sino aquellos donde puede exigírsele aceptar o tolerar la lesión del bien jurídico principal.

El precepto identifica "agente" con el autor de la conducta antijurídica. El peligro, sin embargo, como se ha anotado antes, puede afectar a uno mismo (preservación de bienes jurídicos propios), pero también a otras personas (vide supra: preservación de bienes jurídicos de personas allegadas). Aunque el precepto no lo señale expresamente, la exigencia de aceptar o soportar un peligro al "agente" (al autor de la conducta antijurídica) cuando este recae sobre un bien jurídico propio debe extenderse vía interpretación a las "personas con las que se tiene estrecha vinculación" cuando el peligro recaiga sobre sus bienes jurídicos.

Si el "agente" cuyos bienes jurídicos están en peligro acepta o soporta el peligro o las "personas con las que este tiene estrecha vinculación" aceptan o soportan el peligro sin la intervención del "agente", no se suscita problema alguno. El problema surge cuando el "agente" realiza una conducta antijurídica para preservar un bien jurídico propio o para preservar uno de una "persona con la que tiene estrecha vinculación", siéndole exigible aceptar o soportar el peligro. Tanto en uno como en otro caso ha de negarse el efecto exculpante de la eximente. Sin embargo, debe precisarse que, en los supuestos en que el "agente" realiza una conducta antijurídica para preservar un bien jurídico ajeno, la evaluación comprenderá no solo si a la "persona con la que se tiene estrecha vinculación" pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro, sino también sobre todo si al propio "agente" que obra ilícitamente ello pudo exigírsele.

Al final de cuentas, el problema de la exigibilidad de aceptar o soportar el peligro, sea en supuestos de preservación de bienes jurídicos propios o ajenos, solo tiene sentido en el autor de la conducta antijurídica. Por ello, en estos últimos casos (de preservación de bienes jurídicos ajenos) se debe evaluar además si era exigible al "agente" aceptar o soportar el peligro que recae sobre los bienes jurídicos de una "persona con la que se tiene estrecha vinculación". Las hipótesis de discrepancia entre lo que pudo exigírsele aceptar o soportar a "personas con las que se tiene estrecha vinculación" y lo que pudo exigírsele aceptar o soportar al "agente" da lugar a un error sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo del estado de necesidad exculpante (vide tratamiento

infra), v.gr. el "agente" creía que la situación de peligro que sufría un familiar - tolerable en sí misma- era insostenible.

2. Improcedencia por causación del peligro por parte del agente

A. El párrafo segundo del precepto señala la improcedencia de la eximente si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro, "especialmente, Si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica". Como se aprecia, mientras su primera parte contiene una fórmula o cláusula general que deniega la exculpación siempre que al agente le sea exigible aceptar o soportar el peligro (v.gr. casos de insignificancia tolerable, vide supra), su segunda parte hace mención específica de dos supuestos especiales de improcedencia (en los que se le exige aceptar o soportar el peligro): a) cuando el propio agente ha causado el peligro, y b) cuando el agente está obligado por una particular relación jurídica. El empleo del adverbio "especialmente" (que equivale a "en especial") significa que ambas hipótesis han sido reguladas solo a manera de ejemplos (probablemente los más habituales), para explicar mejor la improcedencia de la exi, mente. Pues todos los supuestos de improcedencia imaginables deben poder armonizarse con la cláusula general de exigibilidad.

B. El primer supuesto específico de improcedencia de la eximente es aquel en el que el propio agente que invoca estado de necesidad exculpante es el que causó el peligro del bien jurídico principal, cuando produjo la situación de conflicto mediante un actuar precedente. La propia ley considera que al agente le es exigible soportar el peligro al bien jurídico cuando es él mismo quien lo ha causado, denegándole la exculpación. Pero señalar que el peligro en el estado de necesidad no debe haber sido provocado por el agente no dice mucho de su significado, por lo que es necesario determinar qué ha de entenderse por "causación del peligro".

En principio, se debe coincidir en que una mera causación (natural) del peligro no puede ser suficiente para la denegación de la eximente, pues ello ampliaría el ámbito de improcedencia por esta causal desmesuradamente, v.gr. también cruzar un puente es causa de estar a punto de caer, pero denegarles la eximente a las personas "causantes" que intentan salvar su vida resultaría exagerado. Exigir que sea una conducta antijurídica del agente la que cause el peligro tampoco parece correcto, desde que casos de autopuesta en peligro e, incluso, algunos supuestos de autopuesta en peligro por tercero consentida, no están prohibidos en sí mismos y, sin embargo, no satisfacen la eximente, v.gr. emprender a sabiendas un viaje al desierto sin comida ni agua no constituye una conducta prohibida, pero beneficiar con la exculpación al agente que realiza una conducta antijurídica resultaría excesivo. Se debe exigir algo más que ocasionar el peligro, pues el precepto no habla simplemente de su causación, sino que repara en si en virtud de ella se le puede exigir al sujeto soportar el peligro⁽³⁷⁾; la remisión del supuesto específico al fundamento de la cláusula general de exigibilidad, que lo comprende, es pues inevitable.

Con ROXIN, se debe señalar que: "El sujeto sigue siendo responsable de su conducta cuando sin razón suficiente se ha expuesto a un peligro que previsiblemente podría conducir a una situación de estado de necesidad. La

evitación de tales peligros no es un deber, sino una carga, en caso de cuya inobservancia el sujeto pierde el privilegio del estado de necesidad". Conforme a ello, se debe comprobar tanto que el agente se puso en peligro sin razón suficiente, como que la situación de necesidad era previsible; ambas condiciones son pues ineludibles(38).

Sin embargo, se debe diferenciar la provocación del peligro de la provocación de la situación de necesidad. El peligro puede ser muchas veces previsible pero ello no impide el efecto exculpatorio de la eximente; en cambio, la previsibilidad de la situación de necesidad -que implica ya la previsibilidad del peligro- funda su improcedencia. El efecto exculpatorio de la eximente resulta así incompatible con la previsibilidad de la situación de necesidad.

Ahora bien, el agente puede haber causado el peligro a un bien jurídico principal propio (autopuesta en peligro), pero también en ajenos, pertenecientes a "personas con la que tiene estrecha vinculación" (vide supra). Sin embargo, el tratamiento de los casos en que el agente causa el peligro sobre bienes jurídicos de estos terceros no debe ser idéntico a los de autopuesta en peligro de bienes jurídicos propios. En aquéllos, a diferencia de éstos, se debe apreciar la regla general!

de que al agente no le es exigible soportar el peligro en que, por ejemplo, se halla un pariente cercano, aun cuando sea el mismo agente quien lo haya ocasionado, por lo que puede llegar a estar exculpado.

Dicha afirmación no contraviene la regulación de esta causal específica; al contrario, se puede armonizar con la cláusula general de exigibilidad, que prescribe la improcedencia de la eximente únicamente cuando al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; cosa que, por lo general, debe dudarse en estas constelaciones. También en el caso en que la "persona con la que se tiene estrecha vinculación" haya sido la causante del peligro que amenaza sus bienes jurídicos, se habrá de apreciar por regla general la exculpación de agente que los preserva. En estos casos, conforme al precepto, quien obra antijurídicamente no solo no ha causado el peligro (causal específica), sino que tampoco podía exigírsele tolerar el peligro (cláusula genérica)(39).

Una vez desarrollada esta causal de improcedencia se puede explicar el porqué en circunstancias como estas cabe denegar la eximente. Fundamento de este supuesto específico de improcedencia sería que la causación del peligro por parte de quien luego invoca la eximente no podría lograr la atenuación de lo injusto requerido para fundar la doble disminución de la culpabilidad. Lo valioso de la preservación de un bien jurídico principal en peligro se vería restablecido con el hecho disvalioso de que ese peligro que lo amenazaba fue ocasionado por el propio agente.

3. Improcedencia por la particular relación jurídica del agente

El segundo supuesto específico de improcedencia de la eximente es aquel en el que el agente que invoca estado de necesidad exculpante, está obligado a aceptar o soportar el peligro en virtud de una "particular relación jurídica".

Como los supuestos en que ello puede suceder no han sido precisados por la norma, queda en manos de la jurisprudencia y sobre todo de la doctrina establecerlos, pero siempre conjugándolos con la cláusula general de exigibilidad del precepto.

Una "particular relación jurídica" debe generar en quien la posee una posición o estatus jurídico especial, diferente al común de las personas no relacionadas. Esta, a su vez, debe originar deberes jurídicos especiales exigibles durante situaciones de peligro, que por lo común han de involucrar bienes jurídicos ajenos o de la colectividad en general. Así, por "particulares relaciones jurídicas" han de entenderse únicamente aquellas que generen un correspondiente deber jurídico de aceptar o soportar el peligro del interés principal. La "particular relación" debe generar siempre un deber jurídico, pues la exigibilidad es consecuencia de él.

Más claro, se le exige al agente sobrellevar el peligro en virtud de un deber jurídicamente establecido; es este deber jurídico (derivado de una "particular relación jurídica") el que hace exigible al que lo posee aceptar o tolerar el peligro del bien jurídico principal.

Los "deberes jurídicos especiales" de soportar el peligro pueden inferirse de preceptos jurídicos. Así, el deber de protección y asistencia que tiene un padre sobre su hijo menor no solo le impide la exculpación si en una situación de necesidad vulnera sus bienes jurídicos principales, sino también le impone la obligación de salvarlo aun a costa de soportar peligros para sus propios bienes jurídicos principales, no pudiendo ser la omisión o incumplimiento antijurídico de este deber exculpado vía estado de necesidad. Incluso, algunos deberes están expresamente establecidos por la ley (v.gr. artículo 261 Código de Justicia Militar: huida de militar en acción de guerra, y sgtes.; artículo 625 inciso 14 del Código de Comercio: deber del Capitán del buque de permanecer en él en caso de peligro; artículo 74.2 letra e) de la Ley de Aeronáutica Civil: deber del Comandante de la aeronave de permanecer en su puesto en caso de peligro, etc.)(40).

El incumplimiento del deber jurídico puede hacerse por comisión (realizando una conducta contraria a la exigible) u omisión (no realizando la conducta exigida). En tal sentido deben distinguirse dos supuestos de improcedencia en virtud de la existencia de una "particular relación jurídica": a) Quien tiene un deber jurídico de protección no puede quedar exculpado si en una situación de necesidad vulnera un bien jurídico principal perteneciente a la persona que tenía bajo protección; y b) Quien tiene un deber jurídico de protección no puede quedar exculpado si en una situación de necesidad omite proteger a la persona bajo su cuidado. En ambos casos el jurídicamente obligado a soportar el peligro no puede exculpar su conducta antijurídica invocando estado de necesidad. Ejemplo 1: El policía asignado a la protección de un funcionario que en una situación de peligro menoscaba los bienes jurídicos principales de este no puede invocar la eximente y quedar exculpado de su conducta antijurídica comisiva. Ejemplo 2: El policía asignado a la protección de un funcionario que omite protegerlo de una situación de peligro no puede invocar la eximente y quedar exculpado de su conducta antijurídica omisiva.

Pueden tratarse de deberes jurídicos que el agente tiene frente a la colectividad en general. Así, el deber jurídico de los policías y militares de hacer frente a delincuentes o terroristas armados poniendo en riesgo su vida; el del bombero de soportar los riesgos propios de un incendio o un desastre natural; el del salvavidas de salvar a bañistas en peligro de ahogarse, aun a costa de una lesión corporal;") el del funcionario de soportar menoscabos en su integridad física para salvaguardar secretos de Estado cuya revelación pondría en peligro la seguridad nacional o el orden constitucional. También los médicos y el personal de un hospital tienen un deber de protección frente a la colectividad y no pueden sustraerse al servicio de la salud pública alegando posibles peligros de contagio(41). A todos ellos, el deber jurídico de tolerar el peligro que amenaza sus bienes jurídicos principales les impide, pese a la situación de necesidad en que se encuentren, beneficiarse con la exculpación.

Pero además pueden tratarse de deberes jurídicos de protección existentes exclusivamente entre personas concretas. Es jurídicamente exigible al padre proteger a su hijo menor en riesgo, incluso poniendo en peligro su integridad física(42).

El guardaespaldas tiene el deber de proteger al funcionario incluso poniendo en peligro sus bienes jurídicos propios. Lo mismo se puede decir, en sus respectivos ámbitos de competencia, de guardianes y vigilantes privados, niñeras, cuidadoras de ancianos o discapacitados, o enfermeras particulares, guías privados de montaña. Pero no todo deber jurídico hace improcedente el estado de necesidad exculpante. Así, por ejemplo, entre los miembros de una comunidad en peligro, v.gr. integrantes de una expedición, personas que escalan una montaña unidas por una cuerda, también existe un recíproco de protección y, sin embargo, no les es exigible soportar el peligro de una inminente caída, en virtud de la cláusula general de exigibilidad del precepto.

Correctamente anota ROXIN, que el deber intensificado de soportar peligros solo rige para peligros específicos de la profesión (43). Por ello, el médico debe aceptar el posible contagio de una enfermedad, pero no está obligado a ceder su lugar durante el rescate de un naufragio; el bombero debe tolerar el peligro de asfixia o quemaduras durante un incendio, pero no está obligado a enfrentarse a delincuentes armados, etc. Sin embargo, en ningún caso, ni siquiera en peligros específicos de la profesión, se puede exigir a quien tiene el deber de soportar peligros asuma la muerte segura o altamente probable; el Derecho exige soportar peligros, pero no el sacrificio consciente de la propia vida(44). Las normas jurídicas están dirigidas a personas comunes no a héroes ni a mártires; nadie está obligado a sacrificar su vida en nombre del Derecho, ni a inmolarse en cumplimiento de un deber jurídico. Esta restricción se puede conciliar con la cláusula general de exigibilidad, porque a la particular relación jurídica se ha de añadir la exigibilidad general de soportar el peligro(45).

Una vez desarrollada esta causal de improcedencia se puede explicar el porqué en circunstancias como estas cabe denegar la eximente. Fundamento de su improcedencia sería que la contravención de los deberes especiales de soportar peligros por parte de un agente jurídicamente obligado a ello, no podría lograr la atenuación de lo injusto requerido para fundar la doble disminución de la culpabilidad. Pues lo valioso de la preservación de un bien

jurídico principal se vería contrarrestado o restituido con la disvaliosa contravención de un deber especial derivado de una particular relación jurídica. La contravención de los deberes especiales constituiría así un plus de injusto que impediría tal atenuación en virtud de la mayor vinculación al deber de los agentes(46).

VII. El elemento subjetivo de quien obra en estado de necesidad exculpante

No basta que objetivamente concorra una situación de necesidad; se exige que quien obra en estado de necesidad exculpante deba conocer la situación de necesidad y además tenga voluntad de salvación. El agente debe, por tanto, actuar sabiendo que él o una "persona con la que tiene estrecha vinculación" se encuentran en una situación de peligro y que este es actual. Debe saber además que ese peligro amenaza su vida, integridad física o libertad y que solo puede ser evitado vulnerando bienes jurídicos de terceros. En su caso, debe saber también que la persona a la que salva es una "persona con la que tiene estrecha vinculación".

Pero el mero conocimiento de la existencia de la situación de necesidad no es suficiente para satisfacer el aspecto subjetivo de la eximente. El agente debe "querer" la salvación del bien jurídico principal. Ello significa que debe realizar la conducta antijurídica con la "voluntad de alejar o evitar el peligro" o voluntad de preservar el bien jurídico principal. La finalidad de obrar "para alejar o evitar el peligro" implica que el agente se debe haber determinado en virtud del propósito de salvarse o de salvar a una "persona con la que tiene estrecha vinculación", implica que debe estar motivado por la voluntad de salvamento. La voluntad de actuar para alejar el peligro presupone un actuar coaccionado por el peligro actual para la vida, integridad física o libertad (propias o no) que lo determina.

Dicho elemento volitivo (voluntad de alejar el peligro, voluntad de preservar ~r bien jurídico principal o voluntad de salvamento) siempre debe concurrir para fundar la eximente, pero puede hacerlo conjuntamente con otros motivos adicionales, v.gr. incluso el odio al lesionado puede llegar a exculpar. No es necesario que se actúe motivado por sentimientos nobles, v.gr. quien salva a un familiar no por afecto sino solo para no parecer cobarde, o porque espera ser instituido como heredero, queda también exento de responsabilidad penal(47).

VIII. Error en los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante

El artículo 20 inciso 5 CP no preve expresamente el caso de quien realiza una conducta antijurídica en la creencia errónea (vencible o invencible) de la concurrencia de los presupuesto objetivos del estado de necesidad exculpante. En realidad, el CP no regula expresamente el error sobre la concurrencia de ninguna causal de exculpación (también, error sobre las circunstancias exculpatorias o, simplemente, error de exculpación), lo cual no obsta al desarrollo hermenéutico de los preceptos (artículo 20 incisos 5, 7 Y 9 GP), doctrinal y jurisprudencial, a fin de resolver los problemas que pudieran derivarse de la práctica.

El error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante no enerva el dolo ni la antijuridicidad de la conducta. Quien obra inmerso en él no solo actúa típicamente (cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo doloso) y antijurídicamente (la conducta ilícita no está cubierta por causa de justificación alguna), sino que también posee capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y conoce la ilicitud de su conducta. Por ello, la regulación de esta circunstancia no puede hacerse ni acudiendo a la regulación del error de tipo (artículo 14 primer párrafo GP), ni del error de prohibición (artículo 14 segundo párrafo, o 15:

error de prohibición "culturalmente condicionado"). Tampoco se trata de un error sobre los presupuesto objetivos de una causa de justificación o error de prohibición indirecto, a resolverse según el artículo 21 GP, en concordancia con el inciso del artículo 20 que regula la causa de justificación específica (y no según el artículo 15 GP)(48).

El error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante significa, en términos generales, que el estado de necesidad exculpante, conforme a los requisitos del artículo 20 inciso 5 GP, solo existe en la mente o representaciones del autor de la conducta antijurídica, pero no en la realidad(49). Se trata, en tal medida, de un estado de necesidad imaginario, que ha sido erróneamente supuesto por el autor, y que objetivamente no satisface el artículo 20 inciso 5 GP.

Un error de esta índole puede recaer en cualquier presupuesto objetivo de la eximente:

Puede recaer en la existencia misma del peligro: el agente puede imaginarse que un peligro, en realidad inexistente, amenaza sus bienes jurídicos principales, o los de "personas con las que tiene estrecha vinculación".

- Puede recaer en la actualidad del peligro: el agente cree erróneamente que una situación de peligro, todavía próxima, es actual.

.

- Puede recaer en la evitabilidad del peligro: el agente no repara en que el peligro actual que lo amenaza puede ser evitable de otro modo menos perjudicial que la realización de una conducta antijurídica.

- Puede recaer en la calidad de la "persona con las que tiene estrecha vinculación": el agente cree erróneamente, a consecuencia de una confusión, que la persona que salva del peligro es una "persona con la que tiene estrecha vinculación"(50).

- Puede recaer en la existencia de un deber intensificado de soportar el peligro: el agente desconoce que ha causado el peligro, o desconoce la existencia de su particular relación jurídica.

El error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante puede ser vencible o invencible, según la posibilidad que haya tenido el autor para salir de él. Un error vencible o evitable sobre un presupuesto objetivo del

estado de necesidad exculpante debe conducir a una atenuación obligatoria de la pena(51). Sin embargo, por defecto de la ley, la regulación legal de esta clase de error solo se podría rastrear en el artículo 21 CP, pues en supuestos como estos se podría afirmar que no concurre un requisito necesario de la eximente para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad penal.

Ello, empero, merece dos precisiones: el artículo 21 CP únicamente contiene una atenuación facultativa y no obligatoria de la pena, y además, según su tenor, no podrá ser aplicable a casos en que el error vencible recaiga sobre varios presupuestos objetivos. Contra esta atenuación obligatoria de la pena puede alegarse que tanto cuando existe realmente un estado de necesidad exculpante como cuando el autor sufre el error de exculpación vencible, la presión psíquica intensa que funda la atenuación de la culpabilidad puede ser la misma. El contraargumento de que en estos casos de error vencible de exculpación no se preservaría bien jurídico alguno, al menos no conforme lo exige el artículo 20 inciso 5 CP, no convence, pues la eximente se conforma solo con realizar un hecho antijurídico "para alejar el peligro" y no que efectivamente se aleje (vide supra). Con mejor criterio, debe repararse en que es el hecho de que el autor no salió del error pudiéndolo hacerlo (siéndole evitable) lo que impide la atenuación de lo injusto requerida para la doble disminución de la culpabilidad: falta una disminución comparable del injusto(52) (vide supra).

Un error invencible o inevitable sobre un presupuesto objetivo del estado de necesidad exculpante debe conducir, en cambio, a la exculpación del agente y a la exención de su responsabilidad penal. La ausencia de regulación expresa de esta clase de error obliga a indagar sobre el fundamento legal de esta figura.

Puede fundarse tal exención de la pena en la cláusula general de exigibilidad párrafo segundo del artículo 20 inciso 5 CP, pues la invencibilidad del error precisamente haría que al agente que lo sufre no pueda exigírsele aceptar o soportar el peligro que cree invencible mente lo amenaza a él o a una "persona con la que tiene estrecha vinculación", haciendo procedente la eximente. Recurrir, en cambio, al artículo 21 CP implicaría, aparte de enfrentarse con su naturaleza meramente facultativa y no obligatoria, conjugar la exención de la pena con un precepto penal que solo permite su disminución prudencial hasta límites inferiores al mínimo legal. Dar el mismo tratamiento a un supuesto en que existe realmente un estado de necesidad exculpante que a un supuesto en que el autor solo imagina (invenciblemente) su concurrencia, resulta comprensible desde el fundamento jurídico de la eximente, pues la misma presión psíquica intensa que atenúa la culpabilidad se puede predicar en uno u otro caso, y además se cumple con el requisito de realizar un hecho antijurídico destinado a "alejar el peligro".

Finalmente, se puede señalar que en caso sea la persona obligada a soportar el peligro la que sufra el error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante ni siquiera el error invencible podrá eximir al agente, pues, como se ha anotado más atrás, incluso si realmente existiera la situación supuesta la exculpación sería improcedente(53).

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Madrid, 1997; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte General". Lima, 2000; CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tomo 11. Madrid, 1990; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1996; ESER, Albin y BURK HARDT, Bjorn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Vancio Melía-Colex. Madrid, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad". En: Estudios de Derecho Penal. Madrid, 1990; HIRSCH, Hans-Joachim. "La regulación del estado de necesidad". En: Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania. Traducción de Sánchez y Ocaña Chamorro y Armendáriz León. Madrid, 1991; HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Lima, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murrillo. Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Granada, 1993; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Madrid, 1996; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1.

Traducción de Bofill Genzsch y Aimone Gibson. Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Barcelona, 1999; MUNOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General", Valencia, 1998; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1986; PENA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Lima, 1995; ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito". Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Madrid, 1997; STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Gladys Romero. Madrid, 1982; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Lima, 1990; WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán, Parte General". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez; WESSELS, Johannes, "Derecho Penal. Parte General", Traducción de Conrado Finzi. Buenos Aires, 1980; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General".

Buenos Aires, 2002.

JURISPRUDENCIA

El haber pertenecido a las filas del grupo subversivo terrorista Sendero Luminoso en circunstancias de amenaza de muerte y contra su voluntad, hacen no culpables los actos imputados al acusado de terrorismo, al haber obrado en estado de necesidad exculpante".

(Ejecutoria Suprema 30/01/98. Exp. 194-97-T. La Libertad).

"Está exento de responsabilidad penal quien realiza actos de colaboración con el terrorismo mediando la vis compulsiva, es decir cuando su voluntad no pudo determinarse libremente porque estuvo constreñida ante la amenaza de sufrir

un mal grave e inminente en contra de su integridad física y/o la de sus familiares".

(Ejecutoria Suprema 09/07/99. Exp. 1853-99. Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 96).

"La colaboración delictiva realizada bajo amenaza se encuentra dentro de los alcances del artículo 20.5 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 29/09/99. Exp. 229-:5. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal. Pago)

"La lectura de un folleto alusivo a la lucha armada bajo amenaza de muerte constituye una causal de estado de necesidad exculpante".
557-95. Callao).
{Ejecutoria Suprema 24/11/95. Exp.

(1) Vide WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de de Bustos Ramirez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970. Págs. 249 y sgte.

(2) Vide ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. Págs. 372.

(3) Vide ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cil. Pág. 370.

(4) Así, por ejemplo, la salvación de un bien jurídico a costa de otro no debe estar cubierta por el estado de necesidad justificante, lo cual significa que en el estado de necesidad exculpante, en la relación a los bienes jurídicos en conflicto, el bien jurídico protegido no debe resultar predominante sobre el Interés vulnera (vide infra).

(5) Incluso, según las circunstancias, puede ser de mayor importancia.

(6) JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzaneros Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 435 Y nota N° 03.

(7) Críticamente JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. 20/3. Pág. 689.

(8) ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cil. Pág. 373; WESSELS, Johannes. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Conrado Finzi. Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 119 Y sgte., con referencias; HIRSCH, Hans Joachim. "La regulación del estado de necesidad". En: Debate Penal. N. 14 AFA. Lima, 1997. Pág. 39.

(9) Un peligro inexistente originará un estado de necesidad exculpante putativo o error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante; sobre ello vide infra.

(10) Con!. JAKOBS, Günther. Op. Cit. Págs. 500, 691. .

1 t Buenos Aires, (11) Cfr. HIRSCH, Hans Joachim. "Peligro y Peligrosidad". En: Derecho Penal. Obras completas. 1998. Pág. 215. ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cit. Pág. 369.

(12) WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 250.

(13) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/6. Pág. 691 .

- (14) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/5. Pág. 691; JESCHKE, Hans. Op. cit. Pág. 36; WELZEL, Hans. Op. cil. Pág. 252.
- (15) JESEHECK, Hans. Op. cil. Pág. 436; WELZEL, Hans. Op. cil. Pág. 251; WESSELS, Johannes. Op. cil. Pág. 121: "objetivamente indispensable".
- (16) Vide JESEHECK, Hans. Op. cil. Pág. 437.
- (17) la improcedencia de la impunidad por estado de necesidad exculpanate cuando al agente pudo exigírsele aceptar o soportar el peligro en atención a las circunstancias será desarrollada por separado (al respecto, vide infra).
- (18) Vide ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cit. Pág. 371.
- (19) JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 436.
- (20) El inciso 5 del artículo 20 CP se refiere solo al estado de necesidad exculpanate por colisión de bienes; no comprende, en cambio, la colisión de deberes. Ello parece adecuado pues las reglas que rigen esta no son idénticas a aquella; al respecto, vide HIRSCH, Hans Joachim. "La regulación del estado de necesidad". Págs 31 y sgte.
- (21) Así, por ejemplo, atinadamente ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997.22/8. Pág. 899, quien criticando la "presión anímica intensa" en el agente como fundamento de la eximente en el Código Penal alemán (§35 StGB) anota: "una puesta en peligro de la existencia económica puede producir anímicamente la misma presión, sin exculpar sin embargo".
- (22) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/22. Pág. 905.
- (23) A favor de la atenuación si el bien puesto en peligro se aproxima en importancia a los bienes mencionados para la persona en peligro, JAKOBS, Günther. Op. Cil. 2017. Pág. 692 (v.gr. "la obra de la vida del poseedor: obras de carácter económico, científico y artístico").
- (24) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 2017. Pág. 692. (25) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 2017. Pág. 692.
- (26) WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 252.
- (27) Constituye una agresión ilegítima que puede ser repelida en legítima defensa, vide WESSELS, Johannes. Op. Cil. Pág. 122.
- (28) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/3. Pág. 689.
- (29) Sobre el elemento subjetivo en el estado de necesidad exculpanate, vide infra.
- (30) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/7. Pág. 691 Y sgte.; WESSELS, Johannes. Op. Cil. Pág. 120, cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 437.
- (31) Cfr. en el DP alemán la expresión "parientes o personas allegadas" que se emplea en el §35 StGB.
- (32) HIRSH, Hans Joachim. Op. Cil. Págs. 28 y sgte.
- (33) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/31. Pág. 910.
- (34) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/7. Pág. 692, se conforma con que la otra persona haya dado motivo vinculación personalísima (v.gr. en la deuda por gratitud, unilateral por definición).
- (35) En un supuesto de estado de necesidad coactivo, el agente que, para salvar su vida, inflige a otro u corporal de poca importancia puede quedar justificado.
- (36) WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 251.
- (37) ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/45. Pág. 916.
- (38) ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/46. Pág. 917.

(39) Pero, en esto, > casos, si la propia "persona con la que se tiene estrecha vinculación" quisiera invocar estado de necesidad exculpante habría que denegárselo, pues ella misma se causó el peligro.

(40) Cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/13. Pág. 694.

(41) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/40. Pág. 914; cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 440. exculpados, ren estar e (42) Cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/15. Pág. 695: "los padres no se pueden salvar, si quie . 441.

a costa de sus hijos, ni el cónyuge a costa del otro cónyuge"; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pago

(43) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/41. Pág. 914.

(44) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/41. Pág. 914; JESGHEGK, Hans. Op. Cil. Pág. 441.

(45) ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cil. Pág. 373: La disminución de lo injusto se ve compensado por la mayor vinculación al deber, es decir, por el injusto adicional que implica la vulneración del deber especial. (46) Vide JESGHEGK, Hans. Op. Cil. Pág. 441: Al margen de estos supuestos, "el deber de soportar el estado de necesidad surge, sobre todo, cuando procede aceptar en interés público las intervenciones de las autoridades ajustadas a Derecho"; v.gr. "las intromisiones en la libertad mediante las detenciones provisionales y, particularmente, por el cumplimiento de una pena carcelaria. Asimismo, ha de tolerarse la pena carcelaria injustamente impuesta, pero firme", siempre que en el juicio se respetaran los principios del Estado de Derecho".

(47) JAKOBS, Günther. Op. Cil. 20/10. Pág. 693: "También está exculpado quien salva a su esposa con voluntad de evitar de un peligro mortal no por cariño, sino porque teme perder consideración social si no interviene. Dada ocasión, el conflicto anímico se presume", con referencias.

(48) JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 442.

(49) Vide WELZEL, Hans. Op. Cil. Pág. 253; WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del Derecho Penal". Traducción de Cerezo Mir. Ariel. Barcelona. 1964. Pág. 130.

(50) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. 22/64. Pág. 924.

(51) JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 443.

(52) ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cil. Pág. 373.

(53) Aun cuando lo más conveniente sería prever una regulación específica, los supuestos de estado de necesidad defensivo también cabe comprenderlos dentro de los incisos 4 y 5 del artículo 20 CP. Así si en una situación de estado de necesidad defensivo, se causa un daño patrimonial mayor que el evitado, pese a ello, el agente puede quedar justificado, pues más allá de su mera valoración económica, el bien salvado resulta predominante (en principio, por ser de quien se defiende) sobre el interés del agresor dañado, tal como lo exige el inciso 4 del artículo 20 CP. También si se produce un menoscabo a la vida, integridad física o a la libertad similar a la entidad de menoscabo que se preserva, la conducta realizada en estado de necesidad defensivo puede seguir estando justificada, incluso, si en último extremo, siempre en estado de necesidad defensivo, se comete un homicidio para salvar la vida o la integridad física, el agente puede quedar justificado. Pero si se produce un daño a la vida, integridad física o a la libertad que se evita, el agente, en su caso, solo podrá quedar exculpado:

vide HIRSCH, Hans Joachim. Op. Cil. Pág. 33.

FUERZA FISICA IRRESISTIBLE

Está exento de responsabilidad penal:

(..) 6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

(...)

CONCORDANCIAS:

C.C. art 1974

C.J.M. art 19.4

Comentario

José Luis Castillo Alva

I. Preliminares

1. El inciso 6 del artículo 20 CP está imprecisamente redactado. Si constituye una causal de ausencia de acción (doctrina nacional unánime), entonces no debe declarar exento de pena al que obra por una fuerza física irresistible. Pues quien ya obra, en cualquier caso, actúa, realiza un comportamiento, y no puede estar incurso en causal de ausencia de acción alguna. Es decir, si quien obra actúa, interpretar la eximente como una causal de ausencia de acción (doctrina nacional unánime) implica entender la alusión del que obra como el que no obra, del que realiza una conducta como el que no realiza conducta alguna.

Más bien, quien obra o realiza un comportamiento y está exento de pena en virtud de una fuerza física irresistible no incurre en una causal de ausencia de acción, sino de exclusión de la culpabilidad. Si el precepto rezara simplemente "está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible" se podrían incluir en él supuestos que sí constituyen acción, y que solo podrían, según el caso, estar excluidos de culpabilidad; v.gr. supuestos de vis . compulsiva, acciones en cortocircuito, movimientos automáticos o por hábito, las acciones guiadas por los efectos pasionales, los movimientos reflejos difícilmente dominables, los movimientos impulsivos de defensa, las acciones de terror y supuestos similares. Pero si se exige, a continuación, que la fuerza física irresistible deba provenir siempre de un tercero o de la naturaleza (causas exógenas), se reducen al mínimo los supuestos subsumibles en una supuesta causal de exclusión de culpabilidad (o de inculpabilidad).

Sistemáticamente, también se puede poner en duda que el inciso 6 del artículo 20 CP contenga una causal de ausencia de acción. Pues el incurso en cualquier causal de ausencia de acción en general y no solo en la fuerza física irresistible) esta exento de pena ya en. virtud del artículo 11 CP, que señala: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones al margen de la existencia de la eximente pues a falta de acción no hay delito alguno. La expresa regulación de

solo una causal de ausencia de acción sería pues asistemática, innecesaria y redundante.

Si la eximente del inciso 6 del artículo 20 CP tuviera tal naturaleza jurídica no se entendería por qué no se ha regulado en el CP las otras causales de ausencia de acción, como son los movimientos reflejos y el estado de inconsciencia, circunstancias que poseen igual estatus y tratamiento. A menos que precisamente no contenga una causal de ausencia de acción, y su previsión obedezca a otras razones y comprenda otros supuestos.

La otra posibilidad es entender (solo) en este precepto la acción no jurídicamente, sino naturalísticamente, separar la parte externa e interna de la conducta, y vincular la referencia del que obra solo a su parte externa. Así, en el inciso 6 del artículo 20 CP, para obrar (realizar un comportamiento humano) no sería necesario voluntad ni consciencia o un hecho reconducible a una conducta final, sino solo exteriorizar una conducta (objetivarla) al margen de la voluntariedad del agente.

La ausencia de acción aquí no se referiría a la ausencia de la parte externa de una conducta, pues al final de cuentas una conducta humana se ha objetivado, menos, naturalísticamente. De ese modo se podría entender al que obra Causalista-mecanicistamente, solo como el que objetiviza la parte externa de una conducta, sin otra exigencia. Infelizmente una interpretación como esta conduce aunque por diferente camino- a la misma conclusión que la que unánimemente sustenta la doctrina nacional: el inciso 6 del artículo 20 CP (fuerza física irresistible) constituye una causal de ausencia de acción.

2. La responsabilidad en el DP es subjetiva, pues requiere siempre de dolo o, al menos, culpa (en aquellos casos taxativamente señalados por la ley), conforme al artículo 11 CP; v.gr. el error de tipo invencible, donde ni siquiera cabe fundar imprudencia, conduce siempre a la impunidad (vide párrafo primero del artículo 14 CP). La responsabilidad objetiva, en cambio, es incompatible con el DP. en el Estado de Derecho; su proscripción en nuestro CP ha sido elevada a principio rector (segunda parte del artículo VII TP CP). En virtud de él, no puede fundarse responsabilidad penal sin dolo ni culpa, por el puro resultado o Por su mera causación naturalística, producto del azar o de circunstancias fortuitas, o ya cuando falta una voluntad final que haya dirigido la realización del ilícito, un comportamiento humano regido por la voluntad.

Precisamente, la ausencia de todo contenido subjetivo (anímico o espiritual) en el autor o la falta de voluntad o consciencia que dirija el proceso causal originan las denominadas "causas de ausencia de acción", dentro de las cuales, como se ha visto, cabe incluir a la fuerza física irresistible del inciso 6 del artículo 20 CP. El tenor de la eximente no se referiría así a la ausencia de la parte externa de una conducta, sino a la falta de voluntad o de consciencia de realización, a la ausencia de una conducta final(1). Cuando el artículo 20 inciso 6 declara exento de pena "al que obra" incurso en la eximente, se estaría refiriendo a la objetivización externa de una conducta humana, naturalísticamente, pero no jurídicamente jurídicamente de quien es movido por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza ni siquiera se puede decir que realiza una conducta humana).

II. La fuerza física irresistible

1. La fuerza física irresistible, llamada también vis absoluta o vis ablativa, elimina no solo la formación de la voluntad, sino la voluntad misma como sustrato psicológico y material de la conducta(2). Aquí no se doblega o reduce la libertad, sino que se la deroga. El hombre opera como cualquier instrumento de la naturaleza, sin diferenciarse de otra fuerza causal o mecánica. Por ello, se exige, con razón, un constreñimiento material y la exclusión de la voluntad. La eximente implica una fuerza material o física ejercida sobre el sujeto (se excluye, por tanto, la fuerza moral o psíquica), de carácter exógeno (se excluye, por tanto, una emoción violenta del sujeto o un impulso emotivo interno irreprimible), ejercida por un tercero o la naturaleza, que sea irresistible (que no pueda contrarrestarse o vencerse), de modo tal que el sujeto quede convertido en un mero instrumento u otro objeto de la naturaleza(3). Por ello, no es fuerza física irresistible la actuación compulsiva bajo el imperio de los instintos, en un estado personal emotivo intenso o en un arrebató violento; tampoco lo son las acciones en corto circuito en las que se mantiene todavía un margen de conciencia y la posibilidad de controlar la voluntad.

2. La fuerza física irresistible se distingue de la vis compulsiva, llamada también violencia moral, la cual es de naturaleza eminentemente psicológica, y actúa sobre las motivaciones y el proceso de formación de la voluntad. La violencia moral o coacción, por más intensa que sea, no elimina el carácter voluntario de la conducta, aunque según su grado puede terminar constituyendo una causa de exclusión de la culpabilidad (v.gr. estado de necesidad exculpante, miedo insuperable).

3. El origen de la fuerza, según el inciso 6 del artículo 20 CP, debe ser externo y ajeno al sujeto y puede provenir de un tercero o de la naturaleza. El precepto no hace referencia a la fuerza física proveniente de un objeto (v.gr. una máquina descompuesta empuja o fuerza un determinado movimiento dañino por parte del sujeto)(4), casos en los que para excluir de responsabilidad penal solo cabe recurrir al artículo 11 CP.

El requisito imprescindible es que la fuerza física actúe sobre el sujeto y lo haga incurrir en un ilícito penal. El camino seguido por nuestra legislación se aleja correctamente de la posición imperante en la jurisprudencia española anterior a la vigencia del CP de 1995 que venía exigiendo solo el origen personal de la fuerza proveniente de otro ser humano(5), como si lo que eximiera fuera la causa o el origen de la misma y no el efecto subyugante desplegado sobre una persona.

Ejemplo de fuerza física de origen humano es el caso de quien es empujado desde una altura sobre una persona a quien se produce lesiones corporales. Por su parte, un caso de fuerza física irresistible de origen natural es el supuesto en donde un fuerte oleaje arroja a una persona sobre otra, quedando esta lesionada a consecuencia del impacto.

4. Se puede plantear también la eximente en los casos de fuerza física indirecta, como cuando alguien avería los frenos del vehículo de una persona y esta atropella a otra causándole lesiones o la muerte. Según un sector doctrinal

importante, cabe estimar aquí un caso fortuito(6), mientras que otro sector doctrinal ve, con razón, un supuesto de fuerza física irresistible(7). Aquí la fuerza física no lo puede negar por el simple hecho de que el sujeto conserve la conciencia, que se ha de reparar en si pudo efectivamente evitar el resultado fatal, IGC debe negarse dadas las circunstancias. La particularidad de este caso, en contra de lo que observa la doctrina mayoritaria, es que no se trata de una fuerza física irresistible de acción, sino de una fuerza irresistible de omisión: el sujeto, pese a sus esfuerzos, no puede hacer nada pues se ha eliminado su capacidad general e individual de acción.

En contra del parecer de LUZÓN PEÑA, 1º creemos que no es un caso fortuito porque hay una relación de causalidad, extremo que rebatiría a quienes consideran al caso fortuito como una ruptura de la relación de causalidad; 2º La conducción de vehículos en el tráfico automotor hace que sea previsible esta clase de percances, dado que esta clase de riesgo le es inherente. Este criterio están quienes consideran el caso fortuito como una falta completa de previsibilidad,

En el caso fortuito el resultado se reconduce, a modo de causa, a la conducta del sujeto agente (conductor del automóvil) como factor desencadenante, mientras que en el supuesto analizado el resultado no es imprevisible, sino calculado por el hombre de atrás; 42 Asimismo, no se podría sostener que el sujeto actúa amparado en una causa de justificación, que es como concibe LUZÓN PEÑA al caso fortuito.

5. Cuando el sujeto emplea toda su energía para doblegar la fuerza física que pesa sobre él, pero aun así no le alcanza, se estaría frente a una hipótesis genuina de fuerza física irresistible. Idéntico caso es el de quien, no pudiendo sobreponerse, termina cediendo completamente a la fuerza. Sin embargo, resulta problemático el supuesto en el que el sujeto, pudiendo oponerse eficazmente a una fuerza, no hace nada por resistir o sencillamente permanece inactivo. Cada supuesto se tiene que resolver según las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico, la entidad de la fuerza, la naturaleza e importancia de los deberes infringidos, las capacidades individuales del agente, entre otros factores. Con todo, si la fuerza - objetivamente o en el contexto situacional- es fácil de vencer, no debe contemplarse la eximente(8), pudiéndose descartar incluso la aplicación de la eximente incompleta.

6. La doctrina se pregunta si es posible plantear una eximente incompleta cuando la fuerza física sea resistible. Mientras un sector importante de la doctrina penal española la niega de manera rotunda(9), afirmando que la voluntad se da o no se da y no se puede apreciar sus efectos en forma incompleta; otro sector, al cual nos adherimos, considera posible su configuración(10), remitiéndose para ello a argumentos de justicia material, v.gr. la persona a la que afecta la fuerza física solo puede vencerla aplicando una considerable energía. Así, la eximente incompleta prosperaría cuando la fuerza hubiera podido vencerse merced a la interposición de una voluntad significativa y por encima del promedio por parte del afectado, pero que en realidad no se ha interpuesto.

Por lo tanto, la medida de la fuerza física irresistible ha de contemplarse desde una perspectiva ex ante teniendo en cuenta la posibilidad de actuación de un hombre medio en la mismas circunstancias y condiciones que el autor. La falta de la característica de irresistible de la fuerza puede dejar intacta, empero, la posibilidad, en su caso, de observar miedo insuperable (artículo 20 inciso 7 CP)(11).

a7. Como se ha anotado, se excluyen de la fuerza física los supuestos de violencia moral o de coacción que se caracterizan no por anular la voluntad del Sujeto, sino por reducir el ámbito de su libertad. Sin embargo, no está claro si pueden aceptarse como casos de fuerza irresistible los supuestos de actuar bajo los efectos de los narcóticos o el hipnotismo. Aquí, no puede plantearse fuerza moral dado que no se afecta al proceso de motivación del sujeto, sino - como dice MIR PUIG- se sustituye y pasa por encima de ella(12).

Creemos que considerar el actuar bajo los efectos de los narcóticos como supuesto de fuerza física irresistible no es correcto, por más que dependa del grado y la cantidad de su consumo como del efecto que produce en cada organismo. No toda ingestión de narcóticos genera el aniquilamiento de la voluntad. Su calificación ha de ser en todo caso la de un estado de inconsciencia y no la de una fuerza física irresistible. Lo mismo sucede con el hipnotismo: quien comete un delito bajo su influencia, sea este espontáneo o provocado, no obra compelido por una fuerza irresistible, sino en un estado de inconsciencia(13).

8. La fuerza física irresistible no solo se manifiesta en los delitos comisivos, sino también en los delitos omisivos, cuando se impide al afectado, sea por medios naturales, mecánicos o por obra del hombre, la evitación del resultado, v.gr. cuando X encierra a Y en una habitación para que no socorra a su hijo Z, que se está ahogando. Mientras la fuerza irresistible en la conducta positiva, que supone un despliegue de energía, elimina la voluntad, en las omisiones anula la capacidad de realizar acciones de salvamento, lo cual no obsta para que el afectado pueda desarrollar otros comportamientos como gritar o pedir auxilio, que son acciones irrelevantes respecto a la conducta esperada, pero que pueden acreditar que se ha cumplido con el deber que impone la particular y especial posición de garantía.

9. Finalmente, cabe reiterar la propuesta de que en un futuro proceso de reforma del CP, se tome en cuenta la posibilidad de prescindir por innecesaria la formulación de la eximente de fuerza física irresistible del inciso 6 del artículo 20 CP, pues, como se ha señalado antes, basta interpretar correctamente el artículo 1 del CP, que señala: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones...", para excluir la responsabilidad penal no solo en casos en que se obra por fuerza física irresistible sino de cualquier otra causal de ausencia de acción. Con una disposición como la del artículo 11 CP, se puede plantear ya, sin necesidad de invocar el artículo 20 inciso 6 CP, que la fuerza física irresistible exime de responsabilidad al excluir la posibilidad de acción y omisión(14). De ese modo, además, se dotaría de uniformidad a la sistemática del CP de no regular ninguna causal de ausencia de acción.

III. Otras causales de ausencia de acción

1. Movimientos reflejos

Al igual que la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos constituyen supuestos de ausencia de acción en los que falta una voluntad humana que gobierne y dirija (controle) un determinado comportamiento. Se entiende por movimientos reflejos la vinculación mecánica entre estímulo y reacción "cuando la inervación se transmite directamente por vía subcortical, por los nervios sensores a los motores sin intercalación de la consciencia: el acto sigue al estímulo sin posibilidad de inhibición(15)". Aquí no interviene la consciencia, que usualmente capta el fenómeno con posterioridad, ni el sistema nervioso central participa del correspondiente movimiento(16).

Los movimientos reflejos son reacciones de la capa vital o la capa profunda inconsciente. En estos casos falta la acción y, sin ella, falta un proceso relevante para la construcción jurídico-penal. Ejemplos de movimientos reflejos son los ataques convulsivos, epilépticos, calambres o espasmos, las reacciones que se producen al tocar un cable eléctrico y que terminan lesionando a otro. También es un movimiento reflejo la reacción ante una luz súbita e intensa que empaña los ojos, como la provocada por los faros de un automóvil u otro medio artificial.

Según SILVA SÁNCHEZ, el movimiento reflejo requiere la reproclucibilidad o provocabilidad y la independencia de la afectividad. La provocabilidad, que a nuestro entender requiere de una base objetiva, supone que siempre que se introduzca un estímulo de determinadas características en un sujeto con unas condiciones fisiológicas dadas se producirá el mismo resultado y la misma respuesta en forma de reacción. La independencia de la afectividad implica que su producción es independiente de cuáles sean los factores constitutivos de la personalidad del sujeto (grado de temor, sensibilidad, agresividad, etc.)(17). Nos parece correcto considerar como movimiento reflejo la paralización momentánea por obra de una impresión física o psíquica, como el caso del deslumbramiento, siempre que se produzca por un estímulo fisiológico corporal sumamente intenso(18).

Deben distinguirse los movimientos reflejos de las reacciones primitivas en sus modalidades de reacciones impulsivas y de acciones en cortocircuito, pues mientras los movimientos reflejos determinan la ausencia de acción, las reacciones primitivas constituyen zonas intermedias en donde puede plantearse la existencia de una conducta y, por tanto, la subsistencia de la responsabilidad penal.

Las reacciones primitivas se distinguen y oponen a las reacciones de la personalidad, las cuales se caracterizan porque el impulso recibido no sufre la interpolación de la personalidad.

El actuar impulsivo tiene su origen en un proceso anímico consciente, cuya particularidad es transformarse en acción, apareciendo como una descarga motriz elemental. Pueden citarse como reacciones explosivas las reacciones producidas por el pánico, el temor, el dolor, los estados afectivos intensos

(emoción violenta) o las situaciones de euforia. Por su parte, las acciones en corto circuito tienen una naturaleza más compleja que las reacciones impulsivas, pues mientras estas pueden obedecer y desencadenarse de manera inesperada a raíz de una circunstancia, aquellas son producto de un estado de tensión profundamente sedimentado en la psique que termina en una descarga emotiva. Ejemplos de acciones en corto circuito son los estados pasionales que se afincan y configuran a través de un proceso lento de desarrollo hasta adquirir rasgos súbitos que terminan de manifestarse en descargas afectivas generalmente de contenido violento.

Las reacciones primitivas (reacciones emotivas y acciones en corto circuito) si bien tienen una aparición súbita y conducen a la ejecución irreflexiva de un acto, no eliminan la calidad de comportamiento humano, dado que en ellas se mantiene un margen más o menos elevado de consciencia, pudiendo controlarse y evitarse su nacimiento o su desenlace. Las reacciones primitivas, si bien no extinguen el carácter de comportamiento de un hecho, pueden dar lugar a que se exima, atenúe la responsabilidad ya que afectan a la imputabilidad y con ello a la culpabilidad.

La doctrina, especialmente la alemana, y en algunos casos también la española, viene discutiendo si constituye o no acción, en vía paralela con los movimientos reflejos, los automatismos, llamados también acciones automatizadas del tráfico o "ejecuciones de costumbre"(19) las cuales se caracterizan usualmente por discurrir de manera inconsciente. Su importancia cobra mayor actual importancia en los casos de los delitos imprudentes y, en particular, en los supuestos del tráfico automotor. Los automatismos "son actividades aprendidas y rutinarias que no precisan de controles conscientes"(20). Aparecen por la práctica o ejercicio de una determinada actividad y surgen, por lo común, de una especial habilidad a través de una larga experiencia.

Si bien en un principio se trata de acciones conscientes, la reiterada ejecución y ejercicio hacen que se conviertan en actos automáticos, v.gr. manejo de frenos, cambio de acelerador, etc. Aunque, sin duda, se trata de supuestos sumamente discutibles respecto a si concurre o no una acción penalmente relevante, la Ciencia Penal de manera casi unánime viene reconociendo su calidad de comportamiento sobre el cual puede imputarse una responsabilidad penal. Para ello se acude a una diversa fundamentación como señalando "que los comportamientos inconscientes pueden también ser finalmente dirigidos(21)", o que se trata de unas reacciones petrificadas que no necesitan ser dirigidas por la conciencia actual de la conducta, pero que siguen siendo dominables(22).

Otros autores, como JAKOBS, recurren a la idea de la "motivación predominante hacia la evitación del comportamiento prohibido", precisando que las reacciones pueden ser inevitables: o bien porque no se pueden evitar en absoluto o bien porque al menos no son evitables en situaciones en las que se dispone de poco tiempo para reaccionar(23). ESER y BURKHARDT, por su parte, apelan a la comprensión de la conducta como un proceso global, siendo esencial averiguar si el sujeto en la circunstancia que ha actuado tiene

suficiente disponibilidad para evitar los automatismos peligrosos. Su postura se acerca al planteamiento de la actia libera in causá(24). ROXIN, próximo a la posición de STRATENWERTH, reconoce a los automatismos la calidad de acción en virtud de que "las disposiciones de la acción aprendidas pertenecen a la estructura de la personalidad y su desencadenamiento es manifestación de esta, con independencia si en determinadas situaciones conduce a situaciones provechosas o nocivas"(25). Por último, otros autores, como SILVA SÁNCHEZ, extienden a las reacciones automáticas los requisitos mínimos inherentes a toda conducta humana, como son "la influencia o principio motivatorio de la acción proveniente de la norma jurídico penal y de la exigencia de un mínimo de conciencia"(26).

Por ello, constituye acción y no movimiento reflejo el movimiento defensivo brusco de un automovilista que trata de repeler a un insecto que se lanza sobre su ojo, debido a lo cual pierde el control de su vehículo y causa un accidente(27).

También representa una conducta humana penal mente relevante el caso de un automovilista que reacciona incorrectamente frente a una situación de peligro que surge de repente, pues, como dice JESCHECK, cabe dominar dicha contingencia gracias a una práctica suficiente(28). Tal como se sostuvo anteriormente, la existencia de una conducta no impide el planteamiento de una causal de inculpabilidad o, por lo menos, la atenuación de la pena.

En nuestro CP, como en la legislación española, no existe una disposición especial referida a los movimientos reflejos que exima de responsabilidad penal de modo semejante al precepto que consagra la fuerza física irresistible. Sin embargo, puede recurrirse a la interpretación lógico-sistemática del ya referido artículo 11 del CP, en donde se prescribe que: "Son delitos y faltas las acciones u l omisiones (oo.)", de tal modo que, vía una interpretación contrari sensu, quedan excluidos los movimientos reflejos al no hallarse bajo el control de la voluntad.

2. Estado de inconsciencia

Aparte de los casos de fuerza física irresistible, la doctrina penal reconoce los estados de inconsciencia como una causa que anula la voluntad e impide la apreciación de una conducta humana; lo contrario significaría una vulneración del principio de responsabilidad subjetiva. Por lo general, y dada su naturaleza, el estado de inconsciencia no puede alegarse en los delitos comisivos de acción, sino en los delitos de omisión, especialmente impropia, en los que por el sueño, el hipnotismo, la narcosis o la embriaguez letárgica no se controla una fuente de peligro por falta de una voluntad consciente, lo que termina produciendo un resultado típico desvalorado por el Derecho. Los principales casos de los estados de inconsciencia son:

A. La hipnosis. Algunos autores no la consideran como un supuesto de ausencia de acción, sino como una causal de inimputabilidad, catalogándola como un estado de sonambulismo artificialmente provocado. Sin embargo, la doctrina de manera mayoritaria la considera como una causa de ausencia de acción(29)..

Respecto a la posibilidad de cometer delitos en estado hipnótico existe una larga e histórica controversia. La Escuela de Nancy afirmaba que el hipnotismo no es un estado patológico sino fisiológico que puede llevar al automatismo absoluto y puede darse, además, en cualquier ser humano. Por su parte, la Escuela de París consideró que solo son hipnotizables los histéricos, quienes a su vez no ejecutan todas las sugerencias que se les indica y rechazan más bien aquellas sugerencias que pugnan con su consciencia moral. Aunque en gran parte esta discusión carece de interés práctico, lo cierto es que en todo caso se debe requerir el aniquilamiento de la voluntad del sujeto y su absoluta dependencia al hipnotizador. El hipnotizador que logra controlar la voluntad de una persona, y le ordena , realizar un delito es autor directo si aquella lo ejecuta. Sin embargo, si solo existe una disminución considerable de la consciencia y la voluntad, sin llegar a su anulación, queda subsistente la conducta que da pie a la responsabilidad penal, pudiéndose plantear en su caso una causal de inculpabilidad o la atenuación de la responsabilidad penal.

No constituye una hipótesis de irresponsabilidad penal por ausencia de acción el caso en el que el sujeto hipnotizado busca ponerse en esa condición con el objeto de poder cometer con mayor facilidad, y sin inhibiciones, un delito. Se aplica aquí las reglas de la *actio libera in causa*. El mismo tratamiento ha de recibir quien con fines de experimentación respecto al estudio de si bajo hipnosis se puede cometer un delito, se deja hipnotizar, ejecutando el delito.

B. El sueño y el sonambulismo. El sueño es un estado de reposo de la consciencia cuyo origen puede ser natural o provocado y por el cual una persona pierde contacto con el mundo exterior. Un ejemplo reiterado que demuestra las repercusiones del sueño en materia penal es el caso, tantas veces aludido, de la madre que por la pesadez y profundidad de su sueño termina causando la muerte por asfixia de su hijo acostado junto a ella; o el supuesto en el que el sonámbulo destruye mientras camina un valioso objeto. Si bien en el momento de la ejecución de la conducta la persona se encuentra en estado de inconsciencia, situación que no le permite reflexionar sobre las consecuencias de su conducta ni conducirla finalmente, puede todavía imputársele una responsabilidad por la acción precedente (*actio libera in causa*), dado que toda persona debe tomar las medidas pertinentes para evitar un resultado que, según las circunstancias y las características personales del autor, aparece como posible.

Los casos de sueño revisten una peculiar importancia, especialmente por su frecuencia estadística en el tráfico automotor. Es común que el conductor de un vehículo provoque un accidente de tránsito con un saldo lamentable (muerte, lesiones o daños) al quedarse dormido, generalmente, por el cansancio que arrastra. Aquí si solo se analiza el momento del accidente y se lo vincula con el estado de sueño del autor debería negarse la responsabilidad penal. Sin embargo, esta subsiste por las reglas de la *actio libera in causa* que obliga a contemplar la acción precedente.

C. La narcosis y la embriaguez letárgica. La ingestión de bebidas alcohólicas y el consumo de estupefacientes generan una alteración de la consciencia que

da lugar a la atenuación de la responsabilidad penal, merced a la aplicación de la eximente incompleta del artículo 21 GP, salvo los casos de actio libera in causa.

En otras ocasiones, menos frecuentes por cierto, puede plantearse una causal de inimputabilidad por el consumo de bebidas alcohólicas o narcóticas dependiendo ello de la naturaleza, clase o cantidad de la droga o bebida ingerida como de la constitución corporal y la frecuencia en su uso por parte del autor. Así, en el caso de embriaguez con una presencia de más de 3% de alcohol en la sangre se considera que hay un indicio considerable de inimputabilidad. Por debajo de esa cifra subsiste la imputabilidad(3Q). El manejar o andar zigzagueante o el escaso control sobre el volante implica una cuota mínima de conciencia que mantiene la imputabilidad, aunque de modo notoriamente disminuido.

Desde tiempo atrás se viene distinguiendo entre embriaguez letárgica, plena o semiplena o la que produce una simple excitación. Solo la embriaguez letárgica es causal de ausencia de acción. Lo mismo debe decirse para el caso del consumo de drogas y estupefacientes. Estos casos son más bien raros y se caracterizan la mayoría de veces por dejar a quien padece tal estado al borde de la muerte o con una lesión severa en el organismo. La mayoría de personas, y así lo enseña la ciencia médica y las estadísticas, solo llega a la embriaguez plena que es causal de inimputabilidad.

DOCTRINA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4ª edición. Barcelona, 1994. CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. CEREZO MIR, José, "Curso de Derecho penal español. Parte General". Tomo 11. Tecnos. 5ª edición. Madrid, 1996. CÓRDOBA ROA, Juan. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Ariel. Barcelona, 1972. ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo Saggese y Caelo Meliá. Colex. Madrid, 1995. GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel. "Teoría jurídica del delito". Civitas. Madrid. 1984. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHKE, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 41 edición. Granada, 1993. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Universitas. Madrid, 1996. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszch y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal". Cedecs. Barcelona, 1996. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español". Dykinson. 17ª edición. Madrid, 1994. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid,

1997. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María et al. "Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Bosch. Madrid, 1992. STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Ederesa. Madrid, 1982.

JURISPRUDENCIA

"El derrumbe de un tramo del canal de aducción de la central hidroeléctrica que causó la afectación del servicio público y perjuicios económicos, ocurrido en circunstancias de inexistencia de dolo o culpa en la conducta de los procesados y debido a fallas geológicas, no resulta imputable penalmente a los acusados".

(Ejecutoria Suprema 31/10197. Exp. 1917-96. Lima.
Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 72).

"Queda desvirtuada la responsabilidad penal del encausado en el ilícito imputado, pues el retraso de seis meses en la construcción de las aulas del centro educativo, cuya ejecución le fuera encargada se produjo por aspectos climáticos, falta de mano de obra calificada, hechos que impedían su culminación;
consideraciones por las cuales la sentencia absolutoria ha sido expedida con arreglo a ley".

(Ejecutoria Suprema 20/05/98. Exp. 4937-97. Huánuco).

- (1) Vide CASTILLO ALVA, José Luis. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Págs. 547 y sgte.
- (2) Cfr. CEREZO MIR, José, "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tecnos. S^a edición. Tomo 11. Madrid, 1996. Pág. 66.
- (3) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". PPU. 4^a edición. Barcelona, 1994.
- (4) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 301. A' I Bar(5) Críticamente, también al respecto CÓRDOBA RODA, Juan. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. [le. celona, 1 ~72. Págs. 331 y sgtes. , . . Madrid, 1996.
- (6) Así LUZON PENA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General. Umversltas. Pág. 278. Español".
- (7) Correctamente, RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho BENÍTEZ, Dyklnson. 17^a edición. Madrid, 1994. Pág. 501; BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. CII. Pág. 302, Manuel. "Teoría jurídica del delito". Civitas. Madrid. 1984. Pág. 111.
- (8) En contra, CÓRDOBA RODA, Juan. Op. Cit. Pág. 332, quien plantea la eximente en un sentido individualizador que tenga en cuenta la personalidad concreta del que sufre la fuerza.
- (9) Así MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. S^a edición. Barcelona, 1998. 8/24. Pág.

187, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 279, quien sostiene que "al no estar contenida la fuerza física irresistible entre las circunstancias eximentes, solo podrá apreciarse una eximente incompleta cuando la fuerza física ocasione un miedo insuperable".

(10) Portodos, CÓRDOBA RODA, Juan. Op. Cit. Pág. 332.

(11) Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. Op. Cit. Pág. 334, quien correctamente anota que ello no debe entenderse como si existiera una automática subsidiariedad entre el miedo insuperable y la fuerza física irresistible.

(12) MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 188. . 501. MIR PUIG.

(13) En contra, RODRIGUEZ DEVESA, José Marra y SERRANO GÓMEZ. Alfonso. Op. Cit. Pág. Algunos Santiago. Op. Cit. 8/27. Pág. 188, quien lo considera como un supuesto de fuerza física irresistible, exclusión o de autores como CEREZO MIR, José. Op. Cit. Pág. 67, consideran a la hipnosis como supuestos alia psiquica. Lo atenuación de la imputabilidad. pudiéndose aplicar la eximente completa e Incompleta de mismo se sostiene en los casos de narcosis.

(14) En el nuevo CP español ha desaparecido la fuerza física irresistible del catálogo de eximentes, que podía encontrarse en el artículo 8 inciso 9 del CP derogado. Véase al respecto MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 8/18.

Pág. 186; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 276.

(15) MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 216.

(16) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María et al. "Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.. Bosch. Madrid, 1992. Pág. 14.

(17) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 16.

(18) Cfr. ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo Saggese y Madrid, 1995. 309. Pág. 88; en contra, MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 8/34. Pág. 190.

(19) ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. Pág. 70

(20) ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Pág. 89.

(21) STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo I. Ederesa.

Madrid, 1982. Pág. 53, anotando además "solo en la medida en que lo sean es razonable incorporarlos al concepto de acción como objeto de valoración jurídico-penal" (22) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genszch y Aimone Gibson. Tomo 1. Astrea. Buenos Aires, 1994. 16/17. Pág. 247.

(23) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. 6/37 Pág. 180.

(24) ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op. Cit. Pág. 90.

(25) ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. 8/61. Pág. 262.

(26) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 22.

(27) Este caso fue resuelto equivocadamente por el Tribunal Superior de Hamburgo, que lo calificó como acto reflejo; para más detalles sobre este caso, véase el comentario de ESER, Albin y BURKHARDT, 69 y sgtes; también ROXIN, Claus. Op. Cit. 8/60. Pág. 261.

- (28) Véase este ejemplo en JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General Manzanares Samaniego. Comares. 4" edición. Granada, 1993. Pág. 202, nota N° 31. RANO GÓMEZ,
- (29) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. 8/41. Pág. 192; RODRÍGUEZ DEVESA, José Marra. Barcelona, Alfonso. Op. Cil. Pág. 449; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. 1996. Pág. 363.
- (30) Sobre el caso alemán véase, ROXIN, Claus. Op. Cil. 20/10. Pág. 827.

MIEDO INSUPERABLE

Está exento de responsabilidad penal:

(...) 7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;
(...)

CONCORDANCIAS:

C. P.. arts. 20. 1, 20.5

Comentario

César Paredes Vargas

I. Antecedentes

La causal de exención de responsabilidad criminal tiene una tradición en el Derecho español y en el primer Código español que tuvo realmente vigencia, el de 1848 ya la contemplaba. Sin embargo el legislador nacional la ha tomado del texto) refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre que la contemplaba e't1 el artículo 8.10. Nuestro legislador nacional cambia la palabra "impulsado" por la de "compelido", que está contenida en el proyecto peruano de 1990 artículo 25 inciso 7 y reproducido en el de 1991, artículo 20 inciso 7. También estuvo previsto de manera diferente en el Código Penal de 1924 en el artículo 85 inciso 3, disposición que alude a la violencia física o amenaza de sufrir un mal inminente contemplando también en el artículo 31 de Código Penal tipo para Latinoamérica como acción o peligro de un mal igual y grave. En la legislación latinoamericana el Código Penal colombiano de 1980 lo contemplaba en el artículo 40 inciso 2 como causal de inculpabilidad a quien obre bajo insuperable coacción ajena. El vigente Código Penal colombiano del año 2000, lo contempla en el artículo 32 inciso 9 de manera similar al Código español de 1995. En efecto, el artículo 32 que regula los casos de ausencias de responsabilidad indica que: "No habrá lugar a responsabilidad penal", cuando, inciso 9): "Se obre impulsado por el miedo insuperable".

II. Planteamiento general y fundamento. La indagación de cuál es el fundamento de la eximente del miedo insuperable para el intérprete frente a la tarea de contestar a la pregunta de qué es lo que Justifica racionalmente que una persona en situación de miedo Insuperable puede quedar exenta de responsabilidad criminal si resuelve su conflicto lesionando un bien jurídico ajeno.

El problema se ha de plantear y resolver como un problema de límites; hasta cuándo puede el Estado legítimamente exigir responsabilidad a una persona afectada por un miedo insuperable en una situación concreta por un comportamiento contrario a sus propios intereses, esto es, contrario a la norma.

VARONA GÓMEZ(1) sostiene atinadamente que en este conflicto personal, la persona que obra en miedo insuperable está definitivamente dando mayor peso a unos determinados intereses, porque estos le pertenecen a ella misma o a

personas por las que siente una especial vinculación, en realidad se encuentra sometida a la presión que produce el miedo por la amenaza de un mal. En síntesis, la situación característica del miedo insuperable sería, pues, que nos encontramos ante un conflicto que afecta intereses particularmente cercanos al autor, por lo que este lo resuelve de manera parcial, esto es, dando mayor valor a los bienes por los que se siente ligado. Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es reflejo de unos valores (auto-interés, familia, amor, amistad) que en un sistema liberal que reconozca la diferencia entre comunidad y Estado no puede desconocer, pues forma parte de lo que somos y de cómo somos.

Coincidimos con BUSTOS RAMÍREZ(2) cuando señala que: "En las situaciones de miedo insuperable, el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal. Se trata de determinar en esa situación concreta, en un juicio valorativo ex ante colocándose en la situación de la persona concreta, si el Estado le podía exigir un actuar contrario a sus propios intereses en la resolución del conflicto".

El fundamento de la eximente del miedo insuperable es, por tanto, la preferencia legítima por los propios intereses. La acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera sus intereses y los de sus seres queridos sobre los demás, sino porque por lo menos en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas en último término por intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de sus allegados más que el de los extraños. Hay ocasiones pues en que las preferencias por lo propios intereses es legítima, y la eximente de miedo insuperable pretende cobijar estos casos.

Naturalmente, ello plantea la crucial cuestión referente a los límites de esta preferencia por los propios intereses, pues aunque es cierto que el ordenamiento no puede desconocerla, también es verdad que no puede aceptarla de forma ilimitada, y ello se esclarecerá cuando se desarrollen los requisitos.

III. Naturaleza jurídica

En la doctrina española, se ha dado a la eximente de miedo insuperable minoritariamente el carácter de causa de justificación y predominantemente el de causa de exculpación, en concreto, de inexigibilidad de otra conducta(3).

Santiago MIR PUIG(4), sostiene que: "La responsabilidad penal no solo decae cuanto el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional normal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de 'no accesibilidad', porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar".

SAINZ CANTERO(5) sostiene que el pensamiento sobre la no exigibilidad pueden resumirse en estos términos: para que a un sujeto le sea reproachable el hecho I antijurídico que ha cometido voluntariamente, es preciso, además, que él sea I imputable y que haya actuado dolosamente o culposamente, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que el Derecho dispone. Cuando esta conducta legal no es exigible a su acto no es reproachable y por tanto debe quedar exento de pena.

Conforme sostienen atinada mente COBO y VIVES(6), la inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para "motivarse" para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o preceptiva no despliega su ordinaria eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un "contramotivo", jurídicamente relevante, que determina que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto, o, dicho en otras palabras, que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa.

Cuando nuestro Código Penal alude a los afectos eximentes de responsabilidad en situaciones de no exigibilidad (como sucede con el miedo insuperable), la doctrina alude a las causas de exclusión o disculpas. Con esta expresión se quiere decir algo más concreto que exclusión de la culpabilidad (de la responsabilidad penal). También las causas de inimputabilidad excluyen la responsabilidad penal y, sin embargo, no se excluyen entre las causas de exculpación".

La única forma de fundamentar en casos como este la exclusión de culpabilidad es apelar a un criterio valorativo distinto del nexo psicológico, como lo hizo la teoría de culpabilidad normativa, que nosotros adoptamos. Dentro de esta óptica las causas de exculpación no pueden explicarse correctamente a partir de la concepción de una "culpabilidad" basada en el "actuar de otro". El único camino transitable es el propuesto: no se castiga porque falta la responsabilidad penal, que presupone una situación motivacional en la cual le sea exigible al hombre normal evitar el injusto. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal.

La tesis minoritaria postula que el miedo insuperable es una justificación como referimos anteriormente y esta postura es desde un criterio preventivo-general estricto. Así GÓMEZ BENÍTEZ(7) sostiene que: "Solo las personas no motivables por el Derecho Penal actúan sin culpabilidad". Esto no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se las considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el derecho personal podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría pero no quiere hacerlo, porque está asumido socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general; como consecuencia, el miedo insuperable no es una "causa de inexigibilidad" de conducta distinta, sino de justificación del hecho; no cabe, pues, legítima defensa enfrentada, sino solo el estado de necesidad, ni tampoco la participación punible, aunque sí la auto ría mediata; el error sobre la

situación generadora del miedo puede ser relevante, como situación putativa de justificación".

Asimismo GIMBERNAT ORDEIG(8), frente a la opinión mayoritaria en la ciencia, que califica el miedo insuperable de causa de exclusión de la culpabilidad, estima -por los mismos motivos que rigen para el estado de necesidad- que se trata de una causa de justificación".

CUERDA RIEZU(9) argumenta que, en su concepto, el miedo insuperable constituye también una causa de justificación y explica por qué: "Las reglas del concurso de leyes no son aplicables a los preceptos prohibitivos o preceptivos, sino también a los permisivos; con otras palabras, no solo tiene vigencia en relación a los tipos de la Parte Especial del Código Penal, sino también en relación a las causas de justificación... ", ambos preceptos (aludiendo al estado de necesidad y al miedo insuperable) están en relación de especialidad, siendo ley general el W 7 y la ley especial el N° 10 del artículo 8. La situación de necesidad y la proporcionalidad son, por expresarlo gráficamente, el tronco común de ambas causas de justificación, mientras que el "miedo", como elemento subjetivo, específico a la eximente del N° 10 del 8 (ambas citas corresponden al Código Penal español anterior al vigente).

Con este parecer, la necesidad de la pena deja de ser un principio regulativo general y se convierte en fundamento de merecimiento de pena. En definitiva, viene a sustituir la función específica del bien jurídico, lo que implica tanto una confusión para la teoría del injusto como para la culpabilidad, pues no se consideran con precisión los problemas referentes a la motivación del sujeto al actuar, que no debe olvidarse que produjo un injusto y con conciencia de ello. Esta circunstancia, producción conciente del injusto, no puede entonces ser pasada por alto a la hora de enjuiciar al hecho y al sujeto; de otro modo, se puede ser muy restrictivo o muy flexible en el juicio.

El criterio del Tribunal Supremo español no ha sido uniforme, pues en numerosos casos ha coincidido en relación con la posición dominante de no exigibilidad, sin embargo en otras ha considerado la eximente de miedo insuperable de manera restrictiva, y en otros casos como causa de inimputabilidad. Entre estas se puede citar la sentencia de 12 de mayo de 1971(10).

En este sentido, en cuanto a la naturaleza jurídica de la eximente, la aludida sentencia consideraba al miedo insuperable como una eximente consistente en la falta momentánea de condiciones de imputabilidad producidas por una fuerte coerción exterior, y esta situación excepcional es elemento del hecho que debe reconocerse en forma explícita en la sentencia. En la sentencia de 20 de abril de 1959(11) se manifestó que para que tenga eficacia liberatoria, el miedo tiene que ser insuperable y estar plenamente justificado, es decir, que es preciso que pase del límite en el que pueden dominarse la generalidad de las personas ante un peligro inminente, real y efectivo, y que llegue a producir un estado de excepción en el sujeto, que anule por completo sus facultades anímicas y volitivas, determinando una verdadera inhibición mental. La sentencia de 3 de diciembre de 1977(12) comienza a puntualizar el miedo como un estado

emocional de mayor o menor intensidad, según el subjetivismo individual, producido por el temor fundado en un mal efectivo, grave e inminente que sobrecoge el espíritu, niebla la inteligencia y domina la voluntad, determinándola a realizar un acto que, sin esa perturbación psíquica del sujeto, sería delito. En la sentencia de 30 de septiembre de 1978(13) se considera al miedo como una situación pasional o emotiva padecida por un sujeto normal y motivada por una causa real y efectiva, que produce una excitación anímica cerebral que perturba las facultades psíquicas, acarreando unos efectos que pueden ir desde la inimputabilidad absoluta generada por el llamado miedo insuperable o incontrolable, que lleva aparejada la exención de responsabilidad criminal, hasta la disminución de aquella como consecuencia de una afectación de menor intensidad. La sentencia de 24 de noviembre de 1981 (14) conceptúa al miedo como una causa de inimputabilidad al manifestar que el miedo insuperable es indudablemente una reacción emocional del ser humano ante un acontecimiento que pone en peligro su conservación o la de sus deudos y que como tal disminuye la imputabilidad del agente en la medida de su intensidad. La sentencia de 14 de marzo de 1986(15) dice textualmente que: "El miedo, calificado como gigante negro del alma en expresión feliz siquiátrica y que ha sido entendida como pionera de todas las emociones, definido desde el punto de vista filosófico como la espera de un malo como perturbación angustiosa del ánimo por temor de un riesgo o mal que amenaza al sujeto, ha encontrado su encuadre normativo en la circunstancia 10 del artículo 8 y sus elementos". Continúa diciendo esta sentencia que es preciso que se dé un estado emocional que produzca una obnubilación tal en la mente del agente que lo prive de su raciocinio o de su libertad de autodeterminación.

En ese sentido se pronuncia la sentencia del Tercer Tribunal Correccional de Junín de 16 de mayo de 1991, es decir, exigiendo que el miedo sea de gran intensidad, equivalente al terror, y por tanto una causa de inimputabilidad(16). Este mismo criterio es mantenido en la moderna ciencia del Derecho Penal español por QUINTANO RIPOLLES(17). Esta tesis es insostenible, pues, como señalaba ANTÓN ONECA, de aceptarse solo eximiría la responsabilidad penal "el terror que enloquece" y la eximente resultaría superflua, al estar estos supuestos comprendidos en la eximente de anomalía o alteración psíquica, del N° 1 del 20 del Código español de 1995", equivalente al inciso 1 del artículo 20 del Código Penal peruano de 1991.

De otra parte, compartimos la autorizada opinión de CEREZO MIR(18), quien sostiene, refiriéndose a la opinión de GIMBERNAT, que el miedo insuperable sea una causa de justificación, pues la pena podría desplegar en estos supuestos su eficacia intimidante, no me parece convincente -continúa CEREZO MIR-, pues si el miedo era insuperable no podría el sujeto obrar de otro modo en la mayor parte de los casos.

No está demás hacer mención que las resoluciones del Tribunal Supremo español ya citadas mantuvieron en algunas sentencias un criterio muy riguroso, estimando que si el sujeto reaccionó ante el mal que le amenazaba, se defendió y acometió al causante del miedo, no debe apreciarse la eximente, pues ello revela que había superado el miedo. De este modo se restringiría excesivamente el ámbito de la eximente, pues, como señalaba ANTON

ONECA(19) no sería aplicable entonces en los delitos de acción, sino únicamente en los de omisión, cuando el sujeto hubiese quedado paralizado por el miedo, lo que carece de toda justificación. La opinión dominante considera que para determinar el carácter superable o insuperable del miedo hay que atender a las condiciones personales del sujeto (edad, carácter, experiencia, cultura, etc.), en relación con las circunstancias del caso concreto, pero hay que tener en cuenta también un criterio objetivo, que viene determinado por la conducta exigible por ser presumible en un hombre o ciudadano medio. De manera crítica CEREZO MIR(20) opina que sería más adecuado atender, en cuanto a la medida de exigibilidad, a la conducta que llevaría a cabo una persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento Jurídico.

Una vez analizados los fundamentos y la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable, y delimitada por tanto la estructura teórico-conceptual de la eximente, surge la cuestión relativa a su concreta configuración. Analizando por qué el ordenamiento penal debe reconocer esta eximente y cuál es su emplazamiento dogmático más adecuado, resta saber cuándo puede decirse que la conducta de una persona responde a un "miedo insuperable".

IV. Requisitos del miedo insuperable

La determinación de los requisitos del miedo insuperable, debe partir de la base de que el fundamento de la eximente es normativo y no está vinculado a un planteamiento psicológico sobre sus efectos en las facultades volitivas o intelectivas de la persona, tal como se esclareciera anteriormente. Por tanto, la insuperabilidad del miedo se refiere a las exigencias normativas que son necesarias para que el miedo tenga eficacia eximente de responsabilidad criminal. Los requisitos son los siguientes:

1. La existencia del miedo

Es decir, un determinado estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal. La exigencia legislativa de "miedo insuperable" no ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos de terror o pánico incapacitador, sino de estado emocional de temor por un hecho desagradable que provoca la reacción del sujeto. La jurisprudencia nacional ha restringido esta eximente sobre la base de plantear que el miedo ha de alterar las facultades del sujeto de modo semejante a las causas de inimputabilidad, conforme se ha referido precedentemente, y también en la jurisprudencia española, de donde tomamos esta norma (STS de 25-3-77; 31-09-78).

Lo cual ciertamente no es necesario para que exista miedo, ya que este puede estar referido solo a la motivación de causar y por ello mismo dejar a salvo todas las facultades del sujeto respecto a cómo actuar o sobre la conciencia del injusto.

Atinadamente, CÓRDOVA RODA(21) con razón sostiene que el miedo ha sido restrictivamente interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: para la estimación de ese requisito sustancial rw basta con la presencia de una emoción caracterizada por el tono de desagrado, sino que se exige que la

reacción inspirada en dicho sentimiento lleve consigo una grave perturbación de las facultades del psiquismo.

La expresa referencia de nuestro legislador penal relativa a la presencia de un miedo en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente contenida en el artículo 20 inciso 7; no ha de interpretarse como la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitado, sino que tal alusión ha de entenderse como la necesaria presencia de un cierto estado emocional en la persona, provocado por la amenaza de un mal caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable.

De ello se colige que el miedo acaba derivando de una presunción, pues siendo el miedo la proyección subjetiva de la situación conflictiva que sufre la persona amenazada por el mal, lo importante pasa a ser la verificación de dicha situación conflictiva, es decir, la amenaza o peligro de un mal, ante el cual la persona reacciona evitándolo, pues cuando ello sea así se va a presumir que su actuación concreta viene motivada por el miedo a dicho mal. Esta presunción es una consecuencia lógica de la fundamentación normativa de la eximente, ya que con ello se desplaza el núcleo de la exención de pena del miedo a las exigencias normativas condensadas en su insuperabilidad.

Sin embargo, ciertamente, esta es una presunción *juris tantum* que puede refutarse cuando haya indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue determinada por el miedo al mal amenazante. Los supuestos en los que podía negarse la presencia de miedo y, por tanto, la aplicación de la eximente, no tienen que ver, como contrariamente ha creído un sector de la jurisprudencia española que hemos aludido y analizado anteriormente, con la existencia de una actitud reflexiva por parte de la persona amenazada, o con el transcurso de un dilatado espacio de tiempo entre la amenaza y la reacción defensiva, sino más bien, con la constatación de ciertos móviles incompatibles con el miedo.

Si se tiene en cuenta que el fundamento de la eximente es que la persona actúa de forma razonable para evitar un mal que le amenaza, entonces requisito *sine qua non* de la eximente es que se obre para evitar el peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza, etc.). Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que opina la jurisprudencia española, con ello no se excluye el supuesto de la concurrencia de móviles incompatibles con el miedo (como el odio), ya que el supuesto en el que el miedo no es el móvil único de la conducta no impide que se cumpla lo exigido por la ley, esto es, que se obre impulsado, en definitiva pero no exclusivamente, por miedo.

2. El miedo ha de ser además insuperable

La doctrina, en lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, ha recurrido normalmente al parámetro normativo del "hombre medio puesto en la posición o autor". Conforme a él, sería insuperable aquel miedo que un hombre medio situado en la posición de vencer o en la situación concreta del autor no pudiera, en superarlo.

Comparte este criterio CUERDA ARNAU(22), quien manifiesta que "... estimamos que el recurso al hombre medio en la posición del autor parece, como idea reguladora, la mejor de las soluciones propuestas para determinar la exigibilidad".

AYALA GÓMEZ(23), después de aclarar que el miedo es una realidad psíquica, pero el "miedo insuperable" es ya un concepto jurídico, precisa que situado en el contexto normativo, en la determinación del trato de superabilidad o insuperabilidad de aquella resolución finalmente adoptada, el criterio del hombre normal, del tipo medio, es imprescindible. MORALES PRAT(24) sostiene que, ya en los dominios coherentes con el sentido normativo de la eximente, los de inexigibilidad subjetiva de la conducta, cabe articular el juicio de insuperabilidad del miedo a través de entendimientos diversos del criterio normativo generalizador o de estandarización. De un lado, la ponderación de la exigibilidad subjetiva de conducta adecuada a la norma puede adoptar como criterio de modulación valorativa la referencia al "hombre medio", conceptuando esta convención normativa de estandarización en abstracto, así, la insuperabilidad del miedo se mediría conforme a cómo hubiera reaccionado el hombre medio abstracto frente al mal generador del temor. PUENTE SEGURA(25) comparte el criterio con algunas aclaraciones, manifestando que: "No parece ocioso recordar, en este sentido, que el concepto de "hombre medio" tiene, naturalmente, una configuración ideal. Por supuesto, no existe en la realidad. Para el Derecho Penal el hombre medio es, nada más -y nada menos- un concepto imaginario, flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso. No existe un "hombre medio" sino "muchos hombres medios".

Al criterio del hombre medio en la posición del autor se le ha criticado, con razón, que es demasiado vago e impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues ni sabemos cuál es el modelo de "hombre medio" del que debe partirse, ni tampoco qué significa exactamente "en la posición de autor". Lo cierto es que este parámetro ha producido en la práctica el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable.

VARONA GÓMEZ(26) analiza adecuadamente estos criterios dubitativos, manifestando que: "Así por ejemplo, si uno se pregunta si el hombre medio en la posición del autor consideraría insuperable el miedo ante un peligro que amenaza su patrimonio, parece claro que no puede esperarse una respuesta de tal criterio, sino, evidentemente, de la imagen o ideal de 'hombre medio' del que uno parte, y esto es precisamente lo decisivo, es lo que tal criterio no puede aclarar".

En realidad lo que debe ser objeto de discusión y análisis son las premisas o instituciones normativas a partir de las cuales se defiende una y otra exigencia, por esto someter esta problemática al baremo del hombre medio es abrir una amplia vía a la arbitrariedad, por cuanto no solo es insuficiente sino incompatible por su carácter generalizante con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y, en particular, la inexigibilidad de otra conducta. El problema reside en determinar sobre qué criterios individualizadores el Derecho va a admitir como legítima esa valoración parcial

de sus intereses que haga una persona en una situación de miedo, si no acepta el baremo del hombre medio en la posición de autor.

Entre las escasas decisiones jurisprudenciales que se ha producido en nuestro país, podemos citar la del expediente signado con el W 1866-98, expedida por la Corte Superior del Cusco y confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema(27)

, en la que se precisa que entre los requisitos de la eximente se debe considerar , que el miedo sea insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio. El subrayado es nuestro.

Criterio que también es compartido por la doctrina nacional en forma dominante, así PEÑA CABRERA(28) manifiesta que entre los requisitos del miedo se debe considerar que sea insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio como referencia. Así mismo VILLA STEIN(29) sostiene que en cuanto a la insuperabilidad del miedo, ello debe significar objetivamente valorado, que el estímulo que lo provoca además de serio, real e inminente debe ser capaz de producir la respuesta de miedo en un hombre con entereza de espíritu normal o medio.

El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser, pues, compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicar esta eximente no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, qué es lo que puede razonablemente esperarse que determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal. Ello no impide, sin embargo, que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se emplee una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva.

En su lugar, se presenta una serie de requisitos normativos que pueden servir de base a dicha concreción, referidos al mal amenazante y a la acción salvadora frente a ese mal.

El mal amenazante exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la necesidad de actuar inminentemente para poder defenderse con eficacia; b) creencia de la realidad y seriedad del mal amenazante -no es necesario que el mal sea ilícito en todo caso-; c) el mal no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo; d) una cierta entidad de mal-independientemente de los bienes jurídicos en juego-, y e) el sujeto pasivo del mal ha de ser el propio autor o la persona vinculada afectivamente con el autor.

A. La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal

Aquí ha de partirse de que la eximente de miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducción en el futuro. Con ello, la exigencia de

inminencia hace referencia a la necesidad de un peligro ante el que actúa defensivamente. Sin embargo, el peligro no es necesario que sea inminente en el sentido de inmediata causación si no se actúa, sino que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse también en los casos de "peligro futuro o duradero", en los que no quepa esperar en el transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro. Desde este punto de vista, el criterio decisivo no es ya tanto la exigencia de un peligro inminente, como la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro. Ello planteará, en los casos de peligro futuro, el ulterior problema referido a la existencia de otros medios para evitar el peligro (requisito de la necesidad de la acción salvadora). Esta exigencia tiene apoyo en la jurisprudencia española, así STS de 15-12-1995; de 20-03-1996 y de 7-11-1996 y también en parte de la doctrina científica. Así DÍAZ PALOS(30) manifiesta que el mal a sí mismo, ha de ser inminente, nota entrañada en toda amenaza, por más que el proceso fóbigeno se venga gestando a lo largo del tiempo e incluso sea provocado por el causante del miedo de manera gradual y progresivamente intensa para dominar mejor la psique de su víctima.

Asimismo MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN(31) manifiestan que el mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente. Del mismo parecer es PUENTE SEGURA(32), quien aludiendo a numerosas decisiones jurisprudenciales españolas, señala que el mal ha de ser grave, real e inminente.

En resumen, no tiene tal carácter la conducta que se dirija a peligros ya pasados pues la acción ha de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior. La defensa lo puede ser tanto cuando el peligro sea de causación inmediata sino se evita, como si se trata de daños futuros cuando el peligro es duradero y el daño puede producirse en cualquier momento. Por eso, el criterio no es tanto la inminencia del mal como la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro.

B. Creencia de la realidad y seriedad del mal

Este requisito hace referencia al problema de la falta de realidad del mal. Con él se plantea la cuestión del error en la situación de miedo insuperable. En la doctrina penal se ha planteado la posibilidad de aplicar en estos casos las reglas del error, tal y como sucede en los supuestos de eximentes putativas; o bien, la ; eximente incompleta de miedo insuperable. Pero, al margen de otros problemas, la dificultad esencial que presentan ambas opciones es que la aplicación en estos casos de las reglas del error o de la eximente incompleta supone, al fin de cuentas, exigir para la estimación de miedo insuperable que el mal sea real, pues de lo contrario no sería necesario acudir a la regulación del error, ni se entendería que requisito impide la aplicación de la eximente incompatible con el fundamento de la eximente.

Compartimos lo expuesto por VARONA GÓMEZ(33), quien sostiene que el error < sobre el mal amenazante debe tratarse como un problema a solucionar

dentro de la propia eximente, esto es, como una cuestión que afecta a los límites de la eximente de miedo insuperable.

En resumen, debe recordarse que esta eximente se funda en la exigibilidad al sujeto de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones, exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, pues ello solo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por eso, esta no puede ser una exigencia de la eximente. Para aplicar el miedo insuperable basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado la creencia errónea.

Aclarando aun más, podríamos decir que la cuestión de los males figurados es un problema relativo a la razonabilidad de la creencia de la persona, pudiendo diferenciarse entre errores vencibles e invencibles, esto es, entre la mayor o menor razonabilidad de tal creencia. El error invencible dará lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable, y el vencible a su estimación como eximente incompleta, en aplicación del artículo 21 del Código Penal peruano de 1991.

En relación a la exigencia de la ilicitud del mal amenazante, es defendida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencias españolas. En realidad, se pretende destacar que no puede considerarse un mal frente al que quepa reaccionar en miedo insuperable aquel que provenga de la actuación legal de los órganos del Estado (por ejemplo el cumplimiento de una pena privativa de libertad), lo cual se suele fundamentar en el necesario cumplimiento ordenado por el Derecho. Sin embargo, creemos que no puede aplicarse sin reservas, por cuanto el principio de inexigibilidad (que se encuentra en la base de la eximente de miedo insuperable) ya ha demostrado en diversas ocasiones que puede servir para eximir de pena incluso en supuestos en los que el mal que amenaza sea lícito que sería un caso de auto-encubrimiento. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso del ladrón que huye desobedeciendo la voz de alto del policía. En este supuesto, el mal que amenaza es claramente lícito, pero, como ha señalado la jurisprudencia española (STS 194-1991 Y SAP La Coruña 7-2-1992(34), "no existe deber alguno de dejarse detener y tal conducta no es susceptible de ser criminalmente exigible". Entre los penalistas españoles que defienden esta postura podemos señalar a HIGUERA GUIMERA(35) Y CUERDA ARNAU(36) pero, tal como sostenemos, esta postura debe matizarse.

c. No causación responsable del peligro

El principio de responsabilidad por los actos propios excluye de quedar amparadas por el miedo insuperable aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados por el propio sujeto.

Sin embargo, para citar que esta exigencia acabe convertida en un ilegítimo versari in re ilícita, deberá requerirse toda una serie de condiciones para su aplicación. En primer lugar, no puede bastar la mera causación naturalística del

peligro para la denegación de la eximente (ej. denuncia a un delincuente que luego amenaza). En segundo lugar, es necesario que el concreto peligro final representado por la situación de miedo insuperable (y no así un peligro genérico) sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina. En tercer lugar, a la hora de evaluar la actuación precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

Los supuestos más complicados son aquellos en los que la actuación precedente solo puede considerarse imprudente respecto a la situación final del peligro para los bienes jurídicos. En estos casos creo que lo más correcto sería la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable.

D. Una cierta entidad del mal

Este requisito tiene que ver con la gravedad, esto es, con el problema relativo a si la eximente de miedo insuperable solo es aplicable en aquellos supuestos en los que el mal amenazante alcance una determinada entidad o gravedad, que quedaría definida a priori por medio de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro (ej. vida e integridad física).

Creemos que la limitación a priori de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad práctica de la eximente, pues, por un lado, el principio de razonabilidad o exigibilidad no quieren de un examen individual de las circunstancias del caso, sin que parezca posible tasar de antemano, mediante un catálogo cerrado de bienes jurídicos, el umbral de peligro por debajo del cual la actuación de la persona deba considerarse ya, en todo caso, irrazonable.

Por otro lado, dicha limitación parece concebida con el pensamiento de que mediante la eximente de miedo insuperable siempre se va a lesionar un bien jurídico de gran importancia, desconociendo con ello que los conflictos ante los que se puede encontrar una persona pueden ser de muy diversa entidad, por lo que se pueden marginar de entrada toda una serie de casos que por lo menos merecerían cierta discusión.

E. Sujeto pasivo del mal amenazante

Con ello se plantea la cuestión concerniente a si la eximente de miedo insuperable solo ampara a aquel que obra en defensa de sus propios bienes jurídicos; o también puede aplicarse en los casos en que se salvan intereses de otras personas.

La eximente de miedo insuperable se fundamenta, según expusimos, en la preferencia legítima por los propios intereses. Por tanto, forma parte de la propia especial en re eximente el requisito consistente en que debe existir una relación bienes jurídicos en peligro y el autor de la acción salvadora. Tal vínculo existe, ciertamente, cuando dichos bienes son precisamente los del propio autor; pero también cuando aquellos pertenecen a una persona con la que el autor está ligado por ciertos vínculos de afecto que pueden fundamentar la

resolución parcial del conflicto. El ejemplo más claro es el caso de familiares, pero no puede descartarse que más allá de este círculo de personas, determinadas relaciones afectivas entre personas den lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable. De lo contrario, esto es, de no existir ninguna vinculación o relación entre el autor del delito y el tercero beneficiado por su acción, no parece existir razones convincentes para la exculpación, porque la resolución parcial de un conflicto necesita algo más fuerte que los menores vínculos de solidaridad que ligan a todos los ciudadanos entre sí.

En resumen, los límites de la acción defensiva son los de la propia inexigibilidad de otra conducta al sujeto concreto en la situación concreta. De ahí que no aparezca adecuado exigir necesidad de la defensa, proporcionalidad y no tener obligación de soportar el mal, pues ello normativizaría la eximente hasta el extremo de casi identificarla con el estado de necesidad.

Puede que objetivamente frente al miedo insuperable no sea necesaria la defensa, que no sea proporcional y que el que sufra miedo tenga obligación de soportar el mal. A nuestro criterio, aun en estos casos podría apreciarse la eximente.

Dependerá de la subjetividad del sujeto frente a la amenaza real o presunta que haga inexigible la conducta conforme a la norma. Luego, esta eximente podría amparar incluso al pusilánime.

3. Requisitos de la acción salvadora

En relación con los requisitos de la acción salvadora o defensiva llevada a cabo, proponemos los siguientes:

A. Necesidad de defensa.- Este requisito plantea el problema de las posibilidades de evitar el peligro por medios distintos a la concreta acción defensiva -que no debe olvidarse que es un injusto- ejecutada. Ciertamente, forma parte del fundamento de la eximente el hecho de que no exista una posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos ajenos, pues esta eximente, como aquella que reconoce medios de autotutela de los ciudadanos, debe limitarse a los casos en que no existan otras alternativas razonables de actuación.

En resumen, debe tenerse en cuenta que el análisis relativo a la existencia de otros medios no puede situarse en un mundo ideal en el que la sola existencia genérica de fuerzas policiales o procedimientos alternativos de resolución, sirva ya para denegar inmediatamente la aplicación de eximente.

B. Proporcionalidad.- El miedo insuperable, aunque no es una causa de justificación, requiere cierta proporcionalidad o adecuación entre los bienes jurídicos en conflicto, pues la legitimidad de una valoración parcial no puede ser ciertamente absoluta. El Derecho no puede amparar todo egoísmo o preferencia por los propios intereses. Por tanto, aunque el miedo insuperable permita eximir de pena supuestos en los que se lesiona un bien jurídico de

mayor valor que el salvado, el interés lesionado no puede ser desproporcionalmente mayor.

Esta ponderación, debido a la naturaleza del principio de inexigibilidad que fundamenta la eximente, no puede decidirse sino a la vista del caso concreto, pero existen dos principios que pueden ayudar en esta tarea. En primer lugar, el principio de recuperabilidad, cuya misión es valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien jurídico ajeno, considerándose que estas son más atendibles cuanto más irrecuperable sea la pérdida que el peligro supone. En segundo lugar, el principio de adecuación, que se basa en la exigencia de cierta proporción entre el peligro que amenaza y la lesión causada; con lo cual se impedirá la exculpación de la conducta en supuestos de clara desproporcionalidad entre ambos.

C. Que no exista obligación de tolerar el peligro.- Hay ciertas profesiones que conllevan un compromiso de imparcialidad, el bombero, el policía, por ejemplo. Ellos por su posición social de tutela de bienes jurídicos ajenos tienen una mayor obligación de soportar amenazas de peligro. Por tanto, el juicio de parcialidad de estas personas tiene aun más límites que el resto de las personas.

Esta especial obligación no puede fundamentarse en necesidades preventivo. generales, sino en el compromiso de imparcialidad que la asunción voluntaria de la tarea de velar por determinados bienes jurídicos lleva consigo. Este compromiso de imparcialidad tiene que ver con una intuición de justicia que señala que quien libremente asuma tal tarea, haciéndose con ello responsable de los bienes jurídicos de terceros, tiene frente a ellos una mayor responsabilidad que la que normalmente se deriva de los genéricos vínculos de solidaridad entre los ciudadanos. Estos últimos pueden ser derrotados por la especial vinculación del autor con los bienes en peligro, pero aquel, seguramente, no, porque todos los afectados por la función de salvaguarda tienen derecho a igual trato por parte de los órganos encargados de ella.

Por otra parte, la especial obligación de tolerar el peligro tiene unos requisitos subjetivos (compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada de personas), y objetivos (solo alcanza a aquellos riesgos específicos Y propios de la función de tutela de que se trate, y no puede llegar hasta el punto de imponer un deber de sacrificio -inmolación- de la persona).

4. Mal igualo mayor

Se trata de otro extremo de la eximente en estudio; que el miedo insuperable venga determinado por la amenaza de mal igualo mayor.

Es evidente que el mal a que se refiere la ley es sinónimo de peligro o amenaza inminente, de un perjuicio en perspectiva, sin necesidad de que el mismo llegue a actualizarse hasta constituir una agresión o acometimiento. Como dice CORDOVA RODA³⁷), en este punto con razón una tal exigencia llevaría a traspasar a esta eximente un requisito extraño, propio de la legítima defensa,

con la que así vendría a confundirse. Por la misma razón no es exigible la falta de provocación, presente en la defensa pero ausente en el miedo, dada la diferente jerarquía entre ambas eximentes.

El mal de que se trata ha de estar relacionado con la amenaza o identificarlo con ella, sin que sea preciso que sea mayor, sino que basta que sea igual al causado por quien sufre el impacto del miedo, esto implica un resto de aptitud o capacidad valorativa en el sujeto para poder comparar, aunque sea de manera elemental, fugaz e instintiva, la identidad de ambos males, lo que proporciona el necesario soporte objetivo a la eximente, no obstante su peculiar trasfondo psíquico, que aun siendo el predominante, no anula el apoyo al mínimo de su objetividad que nosotros criticamos, como se verá más adelante.

También se ha pretendido confundir la eximente de miedo insuperable con el estado de necesidad. Desde antiguo decía BERNALDO DE QUIROZ(38) que el miedo insuperable está en "la frontera con el estado de necesidad" y participa algo de su naturaleza, por lo que en cierta medida es acertada la afirmación de ROLDÁN BARBERO(39) de que "algo que nunca ha sido aclarado por la doctrina española dominante son las relaciones entre el estado de necesidad y el miedo insuperable", pues existe la tesis que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes, considerando el miedo insuperable como eximente superflua.

V. Vacíos y proposiciones de reforma de lege ferenda

Por lo que se refiere a la redacción legal de la eximente, tomándose el modelo español anterior al Código Penal vigente desde 1995, se introdujo la referencia al "mal" no solo "mayor", sino también "igual", redacción que criticamos por considerar que en una eximente en la que el miedo es el elemento decisivo en orden a la apreciación de la misma, su intensidad, efectos sobre el sujeto - circunstancias en las que tiene lugar educación, sexo, profesión, ambiente del sujeto que lo sufre y grado de privación de las facultades intelectivas y volitivas que tras el impacto psíquico del miedo tiene lugar-, huelga la referencia que pretende objetivizar una eximente eminentemente subjetiva y que da por supuesta una situación angustiosa en la que el sujeto difícilmente podrá llevar a cabo una valoración de males.

En el artículo 20 inciso 7 de nuestro Código Penal, coexisten, efectivamente elementos claramente subjetivos con otros de carácter objetivo, que han sido criticados por una parte de la doctrina penal española, lo que ha motivado que en el Código Penal vigente español que derogó el de 1973 se suprima esta referencia que nosotros, proponemos que también se realice en el Código peruano cuya reforma esta en marcha.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1994, se explica los motivos de esta reforma indicando que tal modificación obedece a dos tipos de razones:

1. En primer lugar, a partir de la modificación en 1932 del estado de necesidad, su delimitación frente al miedo insuperable era dudosa: según una

interpretación posible (aunque, probablemente defectuosa) del estado de necesidad, el miedo insuperable, tal y como se halla redactado, quedaba prácticamente sin contenido.

2. Una vez el miedo resulta insuperable, no tiene sentido añadir más requisitos para estimar la exención. Pues insuperable es lo que el sujeto no puede superar (con lo cual habría un estado de inimputabilidad). En cualquier caso, está claro que, sin ulteriores requerimientos acerca del motivo del miedo, es preciso admitir ~ la ausencia de responsabilidad(40).

VI. El miedo insuperable y el estado de necesidad como eximentes independientes y dotadas de presupuestos autónomos

Sin embargo de la reforma antes aludida el debate sobre la similitud de ambas eximentes aun se mantiene latente y trataremos de resumir las diversas posturas para tomar posesión de nuestro particular punto de vista que servirá de sustento para enfocar los problemas de delimitación con el resto de las causales de exención de responsabilidad criminal, en particular con las causas de inimputabilidad y de justificación.

1. La teoría que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes: El miedo insuperable como eximente superflua

Una de las razones que llevó a entender que el miedo insuperable era una eximente superflua fue la de estimar que sus presupuestos fácticos coinciden con los del estado de necesidad exculpante, con lo cual no dejaba de ser un supuesto particular de esta otra eximente cuya regulación expresa no tenía razón de ser.

Esta es la tesis que en su momento sostuvo FERRER SAMA(41), a cuyo parecer se sumaron otros autores mas recientes(42). Entiende FERRER SAMA que ambas eximentes son conceptual mente lo mismo, que siempre lo han sido. BACIGALUPQ(43), sostiene que "habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquellos".

2. Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes

Sin embargo, fue mayoritaria en la doctrina la opinión de quienes estimaron posible conferir a la eximente un ámbito propio y eludir así aquella insatisfactoria conclusión de considerar esta eximente como superflua. Las propuestas que en este sentido se hicieron difieren, sin embargo, en cuanto a la solución que ofrecía el problema planteado, que las explicaremos brevemente.

A. La situación motivacional como elemento diferenciador

Un buen número de autores entienden que la diferencia entre ambas eximentes radica en la particular situación motivacional requerida por la eximente de

miedo insuperable, esto es, en el miedo entendido prioritariamente desde una perspectiva psiquiátrico-psicológica.

Esta tesis fue ya mantenida por ANTÓN ONECA(44) y QUINTANO RIPOLLÉS(45) y, más recientemente, la defienden también DÍAZ PALOS(46) y QUINTANAR DIEZ(47).

Decía el primero de los citados autores que el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, el miedo en el cual "no es posible la reflexión" se trata en suma de "un estado emocional privilegiado". En la misma línea afirma DÍAZ PALOS(48) que "la diferencia está en la raíz emocional del miedo en tanto que el necesitado puede obrar con necesidad e incluso frialdad del ánimo". De parecida opinión es QUINTERO OLIVARES(49), quien afirma que así como el estado de necesidad "el acto puede ser objetivo y emotivamente frío, en caso de miedo este se adueña de la voluntad". Hasta tal punto pone el acento en el aspecto psicológico del miedo que no tiene inconveniente en afirmar -pese a entender que se trata de una causa de inexigibilidad- que es una eximente próxima a la enajenación y, sobre todo, el trastorno mental(50) "del que se separa en función de la siempre difícil fijación del origen patológico de este" Así mismo, QUINTANAR DIEZ(51) manifiesta que "la aproximación al fenómeno del miedo desde una perspectiva médico-psicológica y psiquiátrica nos resulta obligada".

B. La teoría que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal

A juicio de un sector de la doctrina, la diferencia entre las eximentes en cuestión hay que buscarla en la distinta procedencia del mal en cada una de aquellas.

Más concretamente, en el hecho de que en el miedo insuperable el mal proceda de la amenaza de un tercero. Así lo han estimado JIMÉNEZ DE ASÚA (52) Y RODRIGUEZ DEVESA(53), entre otros.

Afirma el último de los autores citados que la diferencia "no puede obtenerse si no es pensando que el miedo ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona (vis moral) y añade: "robustece esta afirmación la regla del artículo 118.1.4 del Código español de 1995, que distingue entre los que hubieran causado el < miedo y los que hubieren efectuado el hecho".

C. Las teorías que sitúan la diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencia a la posición de MIR PUIG

Los defensores de esta teoría diferencian el estado de necesidad exculpante del miedo insuperable. En este, la evaluación de los bienes enfrentados debía ser subjetivo o, al menos, había de hacerse conforme a lo que hubiese pensado el hombre medio que se hallase en las mismas circunstancias que el autor.

Aunque desde un planteamiento completamente distinto, también MIR PUIG(54) era de los que entendía que la diferencia entre ambas eximentes se

encontraba en el diferente criterio que debía utilizarse en cada caso para ponderar los intereses en conflicto, sin embargo, no aboga por un criterio enteramente subjetivo, pues para este autor la ponderación requerida por el miedo debe efectuarse atendiendo al criterio del hombre medio situado en la posición del autor.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro concepto la función más genuina del miedo insuperable seguiría siendo la de dar solución a supuestos que, si se desea emplear el lenguaje con rigor, no tienen cabida en el concepto de estado de necesidad. Con lo dicho, sin embargo, no se cierran las posibilidades de actuación del miedo, que con la nueva regulación que proponemos de lege ferenda, vería ampliado su ámbito de aplicación.

Como colorario, desde la perspectiva que defendemos, el miedo insuperable puede llegar a cubrir una serie de lagunas en las eximentes en aquellos casos en que estas resulten insuficientes, pero que, sin embargo, aun así se vean razones suficientes para eximir de pena, pues en el resto de eximentes no tiene la importancia de la valoración del conflicto como razón suficiente, como en determinadas ocasiones puede llegar a ocurrir, para la exención de pena.

Esta función, que podríamos llamar supletoria y complementaria del miedo insuperable, se facilitaría en gran medida con la modificación que proponemos que no condicionaría, como lo hace el Código Penal vigente, a que el mal sea igualo mayor.

DOCTRINA

ANTÓN ONECA. "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1949. ANTÓN ONECA, José.

"Derecho Penal. Parte General". Akal. 2da edición. Madrid, 1986. AYALA GÓMEZ, Ignacio. "El concepto del miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal". En:

Política Criminal y Reforma Penal. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D.

Juan del Rosal. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 5~ edición. 1998. BERNALDO DE QUIROZ. "Derecho Penal. Parte General". Puebla, México, s/f. BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen 11. Trotta. Madrid 1999. CEREZO MIR, José: "Derecho Penal. Parte General". Universidad Nacional de Educación a Distancia". 2~ edición. Madrid, 2000. COBO DEL ROSAL Manuel y VIYES ANTON, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia 1999. CORDOVA RODA, Juan. "Las eximentes incompletas en el Código Penal". Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo, 199~. CORDOVA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo 1. Ariel. Barcelona, 1997.

CUERDA ARNAU, María Luisa. "El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad". Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. CUERDO RIEZU, Antonio. "La colisión de deberes en Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1984. DIAZ PALOS, Fernando. "Miedo insuperable". Nueva Enciclopedia Jurídica.

Barcelona, 1997. FERRER SAMA. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Murcia, 1946. GETTAS, Jorge. En: Lopez Barja de Quiroga, Antonio y Rodríguez Ramos (coordinadores). Código Penal comentado. Tecnos. Madrid, 1990. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Introducción a la Parte General del Derecho Penal español". Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1979. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: "Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General". Civitas. 1988. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "La eximente del miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español". Bosch. Barcelona, 1991. JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. 3ra edición. Buenos Aires, 1962. MEZGER, Edmundo. "Tratado del Derecho Penal". Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6~ edición. Reppertor. Barcelona, 2002. MORALES PRATS, Fermín. "Comentarios al Nuevo Código penal". Aranzadi. Pamplona, 1996. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. 4ta edición. Valencia, 2000. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". 3~ edición. Grijley. Lima, 1997. PUENTE SEGURA, Leopoldo. "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal". Col ex. Madrid, 1997. QUINTANAR DIEZ, Manuel. "La eximente de miedo insuperable". Edersa. Madrid 1988. QUINTANO RIPOLES, Antonio. "Curso de Derecho Penal". Tomo 1. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General", con colaboración de Morales Prats y Prats Canut. Barcelona, 1996. ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia Penal". Tomo 1. Gaceta Jurídica. Lima, 1999. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso. "Derecho Penal. Parte General". 18~ edición. Dykinson. Madrid, 1995. ROLDAN BARBERO, Horacio. "Estado de necesidad y colisión de intereses". En: Cuadernos de Política Criminal. W 20. 1983. SAINZ CANTERO, José Antonio. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. SAINZ CANTERO, José Antonio. "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad'". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1960. VARONA GÓMEZ, Daniel. "El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia". Comares. Granada, 2000. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 2da edición. San Marcos. Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

4. Actúa compelido por miedo insuperable de un mal mayor quien entrega a terceros el dinero que tenía obligación de devolver, por haber sido amenazado de muerte con armas de fuego. Son requisitos que configuran dicha eximente.

a) que, el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, lo que se patentiza en el hecho de que el acusado fue amenazado por cuatro sujetos, identificándose como miembros de Sendero Luminoso, premunidos de armas

de fuego; b) debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio, siendo que en el caso que se analiza, el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatro personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva; y c) debe tratarse de un mal igualo mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza de un mal igualo mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo, aspecto que se evidencia en el hecho de que el acusado temía por su vida que resulta ser un bien jurídico prevalente".

(Ejecutoria Suprema 17106198. Exp. 1866-98. Sicuani-Cusco).

"No se configura el delito de colaboración con el terrorismo si la ayuda fue prestada con la conciencia y voluntad viciadas por el miedo irresistible de sufrir un mal mayor".

(Ejecutoria Suprema 06104/95. Exp. 268-94. Junín. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 161).

"El miedo es la pérdida de la voluntad particular, es la inserción del ser de modo absoluto en ese sentimiento, no hay posibilidad de control. Al haber obrado el acusado bajo el peligro real y actual de ser aniquilado, se encuentra exento de responsabilidad penal a tenor de lo previsto en el inciso séptimo del artículo 20 del Código Penal".

(Sentencia 16/05/91.3° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Junín. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 162).

(1) VARONA GÓMEZ, Daniel. "El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia". Comares. Granada, 2000. Pág. 123.

(2) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen 11. Trola. Madrid 1999. Pág. 380.

(3) Véase por ejemplo, en este sentido las notas a la traducción de MEZGER, Edmund. "Tratado del Derecho Penal". Tomo 11. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. Págs. 7-9 y 44; ANTÓN ONECA. "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1949. Págs. 280 y sgtes.;

RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso. "Derecho Penal. Parte General". 18ª edición. Dykinson. Madrid, 1995. Pág. 643; SAINZ CANTERO, José Antonio. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Bosch. Barcelona, 1982. Págs 104 y sgtes. y 107 y sgtes.; MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Reppertor. Barron:, 2002. Págs. 885 y sgtes.; COBA DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 1ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Págs. 696 y sgtes.; HIGUERA GUIMERA, Juan Feh~á9S.

Eximente del miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español". Bosch. Barcelona, 1991. Págs 81 y sgtes.; CUERDA ARNAU, Marra Luisa. "El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad". Tirant lo

- Blanch. Valencia, 1997. Págs. 77 y sgtes.; QUINTANAR DIEZ, Manuel. "Eximente de eximente". Edersa. Madrid 1988. Págs. 57 y sgtes.; VARONA GÓMEZ, Daniel. Op. Cit. Págs. 123 y sgtes. (4) MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 586. S) Con!.
- SAINZ CANTERO, Jose Antonio. "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1960. Pág. 419.
- (6) Cont. COBO DEL ROSAL, Maniel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cit. Pág. 688.
- (7) GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: "Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General". Civitas. 1988. Págs. 437 y sgte.
- (8) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Introducción a la Parte General del Derecho Penal español Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid, 1979. Pág. 66. 253, nota 11.
- (9) CUERDA RIEZU, Antonio. "La colisión de deberes en Derecho Penal". Tecnos. Madrid, 1984. Pág.
- (10) Repertorio Aranzandi 1971, número marginal 2.287.
- (11) Repertorio Aranzandi 1934, número 113.
- (12) Jurisprudencia criminal 1977 . número 1202 (13) Jurisprudencia criminal 1978, número 724.
- (14) Repertorio Aranzandi 1881, número 4545
- (15) Jurisprudencia criminal 1986, número 375.
- (16) Con crítica a esta sentencia en PAREDES VARGAS, César Augusto. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, W 2.1993. Pág. 641. á
- (17) QUINTANO RIPOLLÉS. "Curso de Derecho Penal". Tomo 1. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1963. Págs. 341, 351 y sgtes. 'ó de
- (18) Conf. el análisis crítico del pensamiento de GIMBERNAT ORDEIG para distinguir! a ~usas de, las causas de inculpabilidad según que la pena pudiera desplegar su eficacia intimidante. en d' 'ón Madrid José: "Derecho Penal. Parte General". Universidad Nacional de Educación a Distancia". 2' e ICI. ' 2000. Págs. 262 y sgte.
- (19) ANTÓN ONECA, José. Op. Cit. Pág. 281.
- (20) CEREZO MIR, José. Op. Cit. Pág. 132.
- (21) CÓRDOVA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Ariel. Barcelona, 1997. Pág. 366.
- (22) CUERDA ARNAU, Marra Luisa. Op. Cit. Pág. 110.
- (23) AYALA GÓMEZ, Ignacio. "El concepto del miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal". En: Polf/ica Criminal y Reforma Penal. Libro Homenaje a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993. Págs. 110 y sgte.
- (24) MORALES PRATS, Fermin. "Comentarios al nuevo Código Penal". Aranzandi. Pamplona, 1996. Pág. 183.
- (25) PUENTE SEGURA, Leopoldo. "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal". Colex. Madrid, 1997. Págs. 248 y sgte.
- (26) VARONA GÓMEZ, Daniel. Op. Cit. Pág. 386. --

- (27) ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia Penal". Tomo 1. Gaceta Jurfdica. Lima, 1999. Pág. 155. d' 'ón (28) PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". 3ª e ICI . Grijley. Lima, 1997. Pág. 418.
- (29) VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. San Marcos. Lima, 2001. Pág. 459.
- (30) DrAZ PALOS, Fernando. "Miedo insuperable". Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, 1997. Pág. 353.
- (31) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Tiran! lo Blanch. 4ª edición. Valencia, 2000. Pág. 451.
- (32) PUENTE SEGURA, Leopoldo. Op. Cil. Pág. 252.
- (33) VARONA GÓMEZ, Daniel. Op. Cil. Pág. 395.
- (34) "Actualidad Penal". Revista semanal técnico-jurídica de Derecho Penal, Madrid, 1992. Pág. 119.
- (35) HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. Op. Cit. Pág. 121.
- (36) CUERDA ARNAU, María Luisa. Op. Cit. Pág. 114. ----
- (37) CÓRDOVA RODA, Juan. "Las eximentes incompletas en el Código Penal". Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo, 1996. Pág. 259.
- (38) BERNALDO DE QUIRÓZ. "Derecho Penal. Parte General". Puebla, México, s/f. Pág. 99.
- (39) ROLDÁN BARBERO, Horacio. "Estado de necesidad y colisión de intereses". En: Cuadernos de Política Criminal. W 20. 1983. Págs. :469 y sgtes.
- (40) Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1994.. En: cuadernos del Consejo General del Poder Judicial N° 40. Págs. 1 55 Y sgtes.
- (41) FERRER SAMA, Antonio. "Comentarios al Código Penal". Tomo 1. Murcia, 1946. Págs. 288 y sgte.
- (42) Entre otros QUINTANO RIPOLLÉS. Op. Cil. Pág. 352; GETTAS, Jorge. En: López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos (coordinadores). Código Penal Comentado. Tecnas. Madrid, 1990. Pág 50; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal/ iure. 5ª edición. 1998. Pág. 290.
- (43) Ibídem.
- (44) ANTÓN ONECA. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Madrid, 1986. Pág. 311.
- (45) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Op. Cil. Págs. 352 y sgte.
- (46) DÍAZ PALOS, Fernando. Op. Cil. Pág. 350.
- (47) QUINTANAR DIEZ, Manuel. Op. Cil. Pág. 39.
- (48) DÍAZ PALOS, Fernando. Op. Cil. Pág. 350. I prats (49) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Curso de Derecho Penal. Parte General", con colaboración de Mora es , Fermín y Prats Canut, José Miguel. Barcelona, 1996. Pág. 439.
- (50) Ibídem.
- (51) QUINTANAR DIEZ, Manuel. Op. Cil. Pág. 39.
- (52) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. El delito. Las causas de Justificación. Buenos Aires, 1962. Págs. 325 y sgte.
- (53) RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Op. Cil. Pág. 648.

OBRRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY

Está exento de responsabilidad penal:

8. El que obra por disposición de la ley
(...)

CONCORDANCIAS:

C. J.M. arts. 19.5, 19.7

Comentario

César Nakasaki Servigón

I. Crítica al tratamiento legislativo de la faz negativa del delito en el Código Penal de 1991

El obrar por disposición de la ley, al ser una causa de justificación, se encuentra regulado en el Código Penal dentro del Título II referente al hecho punible, en el Capítulo III correspondiente a las causas que eximen o atenúan la responsabilidad; los casos de faz negativa del delito.

El Capítulo III presenta problemas de técnica legislativa ya que trata a la faz negativa del delito de forma deficiente.

Por ejemplo no se regula sistemáticamente la faz negativa de la tipicidad; la atipicidad no se trata⁽¹⁾ y el error de tipo se encuentra dentro del Capítulo II que corresponde a las bases de la punibilidad, en el que se debería tratar solamente a la faz positiva del delito.

La situación se repite con el error de prohibición invencible que, pese a ser una causa de exclusión de la culpabilidad, un caso de faz negativa de la culpabilidad, no está en el Capítulo III y se le trata en las bases de la punibilidad del Capítulo II.

En el artículo 20 del Código Penal se mezclan casos de faz negativa de la antijuricidad y de la culpabilidad, reiterando el defecto de regulación que presentaba el artículo 85 del Código de 1924.

El hecho es típico porque (1) En una realidad en la que los operadores del derecho consideran frecuentemente que e e no se definan en la denominación del delito denunciado está en el índice del Código Penal, no es aceptable qu la ley penal la operación de tipificación y la atipicidad.

La faz negativa del delito debe ser regulada de manera sistemática y diferenciada conforme lo exige la solución de los problemas de aplicación que diariamente jueces, fiscales y abogados provocan en los casos penales; situación que ha llevado por ejemplo a que se tenga que dar la Ley NQ 27936 para ¡evidenciar! el deber de una correcta operación de determinación si el hecho objeto de procedimiento preliminar puede ser delito, lo que supone verificar no solo el presupuesto de tipicidad, sino también el de antijuridicidad, como se ¡recuerda! a los operadores del Derecho en la citada disposición(2).

II. Definición de las causas de justificación

El estudio del obrar por disposición de la ley exige previamente definir las causas de justificación.

Günther JAKOBS define las causas de justificación como motivos jurídicos bien fundados para realizar un comportamiento en sí prohibido; se trata de comportamientos aceptados socialmente como soportables en consideración a su contexto, es decir, a la situación justificante(3).

Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman que las causas de justificación son autorizaciones que prevé el ordenamiento jurídico, que bajo determinados presupuestos levantan las prohibiciones de realización de las acciones típicas(4). Señalan que las autorizaciones están revestidas de proposiciones permisivas que, como tipos de justificación, prevalecen frente a los tipos de injusto (5). Cuando concurre una causa de justificación, en el caso concreto la norma prohibitiva que fundamenta el tipo de injusto no funciona, pierde eficacia(6).

Lo importante es tener presente que las causas de justificación, como el obrar en cumplimiento de la ley, operan ante una conducta típica; los hechos justificados constituyen acciones dañosas que la persona realiza en casos excepcionales en los cuales el ordenamiento jurídico justifica que se ejecuten a pesar de la lesión de un bien jurídico fundamental.

III. Fundamento de las causas de justificación

El fundamento de las causas de justificación constituye uno de los temas de mayor trascendencia del derecho, en los que se necesita ir a las profundidades del mismo en busca de razones para admitir o tolerar que en ciertos casos se dañen o destruyan los objetos que el Derecho Penal tiene por misión proteger.

José HURTADO POZO sostiene que el fundamento de las causas de justificación es el orden jurídico, que, entiende, no se reduce a la ley penal ni al Derecho positivo en general; de allí que acepte, correctamente, que el soporte de las causas de exclusión de la antijuridicidad también haya que buscarlo fuera de la ley, como por ejemplo cuando se trabaja con las llamadas causas de justificación supralegales(7) .

Claus ROXIN enseña que el fundamento de las causas de justificación se alcanzan fijando un conjunto de principios que funcionan como ordenadores sociales, sobre los que se elabora la antijuridicidad material; agrega que por la pluriformidad y cambios de la vida social tales principios no tienen un numerus clausus, así como no permiten una sistematización cerrada de las causas de justificación(8).

Principios como el de protección; de prevalecimiento del derecho; de proporcionalidad; de ponderación de bienes; de autonomía, etc., se combinan de distintas formas para fundamentar cada una de las causas de exclusión de la antijuridicidad(9).

Percy GARCÍA CAVERO, dentro de la corriente funcionalista del Derecho Penal, afirma, siguiendo a JAKOBS, que el fundamento de las causas de justificación o estructuras de descargo se encuentra en la aplicación de las reglas de competencia que regulan el comportamiento en situaciones excepcionales; de lo que se trata es de determinar quién resulta competente por el hecho dañoso producido y en qué medida la existencia de una situación especial de conflicto permite descargar la imputación al autor, en otros términos, justificar su conducta(10).

IV. Discusión sobre la necesidad de regular el obrar por disposición de la ley como un caso de faz negativa del delito en el Código Penal

Se discute si es necesario regular el obrar por disposición de la ley como un caso de faz negativa del delito en el Código Penal. Un sector importante de la doctrina considera que la no responsabilidad penal de la persona que cumple un deber establecido en el ordenamiento jurídico, constituye un principio que no requiere de recogimiento expreso en el Derecho positivo.

El Derecho Penal alemán asume tal posición, por lo que en el Código Penal no se ubica como causa de justificación específica el obrar por mandato de la ley, pese a cierta similitud que puede establecerse con el denominado actuar en el ejercicio de un cargo público o autorización oficial.

Santiago MIR PUIG considera que la regulación de esta causa de justificación es útil para la solución de conflicto de normas(11).

Un criterio sano de política criminal exige que la incorporación de herramientas dogmático-jurídicas en los ordenamientos legales se haga en función de la necesidad de regulación penal de la realidad social y de la forma como aplican la ley los operadores del derecho.

La grave crisis institucional que sufre el Perú tiene varias causas, entre las cuales deben destacarse dos sumamente delicadas; un generalizado o mayoritario problema de cumplimiento indebido de la función pública; y un deficiente, por no decir inexistente, sistema de control del ejercicio de la función pública.

Problemas tan serios como el de no comprender que el funcionario público no tiene poderes sino potestades, es decir, poderes para cumplir deberes; o la crisis de valores que obviamente alcanza a las personas que ingresan a la función pública, no principalmente por méritos; producen que permanentemente en el país se cometa actos arbitrarios que no alcanzan a ser neutralizados por los procesos penales por delitos contra los deberes de función, por las acciones de garantía constitucional como el hábeas corpus y el amparo, ni por los procesos por responsabilidad administrativa o civil.

En el Perú es urgente reforzar el ordenamiento jurídico con mecanismos que ayuden a la vigencia del principio de legalidad y específicamente de la regla de la sujeción del funcionario público a la ley.

Es en esta realidad de crisis que viven los peruanos, en la que se debe decidir si el obrar en cumplimiento de la ley debe estar o no en el Código Penal como un caso expreso de faz negativa del delito.

Debido a que, como se establecerá mas adelante, el obrar por cumplimiento de la ley tiene como principal radio de acción el ejercicio de la función pública, y que para su funcionamiento se exige la comprobación negativa de actos arbitrarios, su regulación expresa en el Código Penal permitirá contar con una herramienta dogmático-jurídica valiosa para enfrentar los problemas de abuso en el ejercicio de la función pública y de deficiente sistema de control del mismo.

V. Discusión sobre la ubicación dogmático-jurídica del obrar por disposición de la ley en la faz negativa del delito

Si bien en párrafos anteriores ya advertí mi posición sobre este tema, a continuación me introduzco en la discusión que genera en la doctrina penal la ubicación del obrar por disposición de la ley como una causa de atipicidad o una causa de justificación.

Debido a que el obrar por disposición de la ley consiste en el cumplimiento de un mandato legal de lesionar bienes jurídicos, sostengo que para un mejor desarrollo de la operación de determinación del delito, la valoración sobre la relevancia penal de la acción no debe efectuarse a nivel de la tipicidad sino a nivel de la antijuridicidad.

La tipicidad y la antijuridicidad constituyen juicios de valor que se realizan en diversos grados⁽¹²⁾.

El juicio de tipicidad contiene una valoración abstracta o genérica, por lo que no es recomendable que en este estadio se determine la relevancia penal de un hecho dañoso que ha significado la lesión de bienes jurídicos fundamentales.

El juicio de antijuridicidad corresponde a una valoración concreta o específica que permite establecer de forma adecuada el significado penal de una conducta lesiva de bienes jurídicos fundamentales; en este nivel, la acción

típica debe ser objeto de comprobación si se realizó o no en cumplimiento de un mandato legal, es decir, si se trató de un acto justificado o de un acto arbitrario.

En conclusión, el obrar por disposición de la ley es una causa de justificación y no una causa de atipicidad.

VI. Definición de la causa de justificación obrar por disposición de la ley

El obrar por disposición de la ley o por mandato de la ley, consiste en la acción lesiva de bienes jurídicos fundamentales que realiza la persona justificadamente al actuar en cumplimiento de un deber establecido en la ley.

Cuando la ley ordena realizar un acto crea un deber; si la persona cumple el mismo, pese a realizar un acto típico, es decir, una acción lesiva para un bien jurídico descrita como delito en la ley penal, esta no puede ser objeto de reproche porque se trata de una conducta lícita(13).

El principio de congruencia normativa no admite que por un lado el orden jurídico exija la realización de una acción, y por otro haga responsable penalmente a la persona que cumple con el deber de actuar(14).

Giuseppe MAGGIORE, afirma que la ejecución de la ley es una causa de justificación porque un ordenamiento jurídico no admite la contradicción de imponer la obediencia de la ley y castigar a la persona que la obedece(15).

VII. Antecedentes históricos de la causa de justificación obrar por disposición de la ley

En el Derecho romano se reconocía que no constituía delito la realización de conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos, si ello se producía como consecuencia de la observancia de una norma jurídica(16),

En el Derecho canónico igualmente se consideró que no podía cometer delito quien cumplía con un deber establecido en la ley(17).

HURTADO POZO(18) desarrolla la forma cómo se introdujo esta causa de justificación al ordenamiento penal peruano; fue introducida a través del Código Penal de 1924, en cuyo artículo 85 inciso 5 se establecía:

"Artículo 85.- Están exentos de pena:

...5°.- El que obra por disposición de la ley."

El trabajo del profesor HURTADO POZO permite ubicar la influencia suiza e italiana que tuvo la incorporación del obrar por disposición de la ley en el Derecho Penal peruano(19).

VIII. Justificación del obrar por disposición de la ley

Corresponde determinar los motivos por los cuales dañar bienes jurídicos fundamentales ajenos en el cumplimiento de un deber legal se encuentra justificado.

Tres principios constituyen el fundamento de la causa de justificación obrar por mandato de la ley:

El principio de prevalecimiento del orden legal justifica el obrar en cumplimiento de la ley pues la necesidad de observancia de los mandatos legales es condición indispensable para que el Estado pueda existir y cumplir sus funciones, entre las cuales se encuentra la función de garantía o protección de los bienes jurídicos fundamentales de la persona, la sociedad y el Estado.

El principio de ponderación de deberes justifica el obrar en cumplimiento de la ley, pues ante conflicto o colisión de deberes, el ordenamiento jurídico permite que, en consideración al objeto de los mandatos, el cumplimiento de unos tenga como costo socialmente aceptado o tolerado el incumplimiento de otros.

El principio de congruencia del ordenamiento jurídico exige que el cumplimiento de conductas dispuestas por la ley no genere responsabilidad penal a quienes cumplen el deber de actuar.

Si se sigue la visión funcionalista, la estructura de descargo obrar por disposición de la ley determinará que no se pueda imputar el resultado dañoso a una persona que ha organizado su ámbito de competencia observando la forma contenida en el deber legal de actuar.

IX. Estructura del tipo de justificación alternativo del obrar por disposición de la ley del artículo 20 inciso 8 del código Penal

El examen dogmático jurídico del tipo de justificación alternativo del artículo 20 inciso 8 del Código Penal permite establecer la composición típica de la causa de justificación obrar por disposición de la ley.

PARTE OBJETIVA

1. Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos fundamentales descrita en un tipo de injusto: acción típica.
2. Deber legal de actuar que justifique la conducta dañosa realizada.
3. Conducta justificada.

PARTE SUBJETIVA

1. Conocimiento de que la conducta dañosa realizada es objeto de un deber legal de actuar.

1. Análisis de los elementos de la parte objetiva del tipo de justificación de obrar por disposición de la ley

A continuación, se establece el significado de cada uno de los elementos que forman la parte objetiva del tipo de justificación alternativo con el que se trabaja:

A. Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos fundamentales descrita en un tipo de injusto: conducta típica

El autor del obrar por mandato de la ley en principio puede ser cualquier persona; todos los integrantes de la sociedad, específicamente los que tienen capacidad de ejercicio o capacidad penal, deben cumplir con las conductas establecidas en el ordenamiento legal.

Sin embargo es necesario considerar que-dado que las conductas de los ciudadanos normalmente, más que regirse por deberes legales de actuar específicos, se regulan por la libertad personal consagrada en el artículo 2 inciso 24 parágrafo a. de la Constitución Política del Perú, el obrar por disposición de la ley tendrá su mayor radio de acción en el caso de los funcionarios públicos, cuya conducta está regulada por el principio de legalidad en su expresión de sujeción a la ley en el ejercicio de la función pública(20)(21).

Como ya se puntualizó al definir las causas de justificación, la conducta objeto del obrar por mandato de la ley debe consistir en una acción comisiva u omisiva que produzca lesión a bienes jurídicos fundamentales de la persona, la sociedad o el Estado, razón por la cual constituirá una acción típica.

La acción que se realiza en cumplimiento de la ley constituye una conducta descrita como delito en un tipo de injusto.

Por ejemplo: las heridas que dolosamente generan los policías a los manifestantes para frenar la violencia empleada en la protesta callejera encuadran en el tipo penal de lesiones; o la destrucción de bienes que provoca el juez civil en la ejecución de un desalojo encuadra en el tipo penal de daños.

B. Deber legal de actuar que justifique la conducta dañosa realizada

El examen de este elemento del tipo de justificación tratado exige determinar la fuente del deber de actuar.

a. La determinación de la fuente del deber de actuar

Es necesario establecer el significado dogmático jurídico del término ley a fin de delimitar el ámbito del obrar ~or disposición de. l~ ley y el ámbito del cumplimiento de un deber, pues el legislador de 1991 distingue estas dos causas de justificación.

Considero que una adecuada técnica legislativa debería regular la causa de justificación como el obrar en cumplimiento de un deber jurídico, lo que permitiría abarcar todos los casos de justificación por observancia de mandatos establecidos por el derecho, el mismo que no se reduce a la ley, sino que

también comprende a otros tipos de normas jurídicas y fuentes de deberes extralegales.

La técnica legislativa propuesta es la empleada en el Código Penal español en cuyo artículo 20 inciso 7 se regula el tipo de justificación de obrar en cumplimiento de un deber jurídico; o en el Código Penal argentino en cuyo artículo 34 inciso 4, de la misma forma, se trata la causa de justificación examinada.

La diferencia que mantiene el legislador de 1991 entre obrar por disposición de la ley y el cumplimiento de un deber, responde fundamentalmente a una tradición legislativa que se construyó a partir de una visión unidimensional del Derecho o una visión positivista, largamente superada en la teoría general y en la filosofía del Derecho, sobre las que actualmente se elabora el Derecho Penal.

Fijada la posición respecto a la forma como debería construirse la causa de justificación analizada, paso a determinar el significado del elemento objetivo del tipo de justificación del artículo 20 inciso 8 comentado.

La fuente del deber de actuar es la ley entendida en sentido formal pero no estricto.

El deber de actuar puede tener como fuente a la ley dada por el Poder Legislativo, así como a los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, e incluso a los decretos leyes, pues si bien es cierto no son ley formal sino material, la razón de ser de este elemento objetivo de la causa de justificación analizada admite como fuente del deber de actuar a toda norma jurídica que pueda encuadrar en la categoría de ley, al haberse establecido que esta no tiene que ser aplicada en sentido estricto.

C. Conducta justificada

Para que la conducta típica pueda ser considerada justificada, es necesario verificar que se haya realizado dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar.

a. La ubicación de la conducta dañosa dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar

Este es el aspecto más complejo del obrar por disposición de la ley, pues el efecto justificante de la conducta dañosa de bienes jurídicos fundamentales, esto es, de la realización de una acción típica, depende de que se realice dentro del ámbito de cumplimiento establecido por el deber legal de actuar.

DEBER LEGAL DE ACTUAR

[Efecto Justificante]

La ubicación de la conducta típica dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar exige la realización de la siguiente operación:

OPERACIÓN DE ENCUADRAMIENTO DE ACCIÓN TÍPICA DENTRO DEL ÁMBITO DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

. La ubicación dentro del ordenamiento legal de un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado.

. La verificación de la forma establecida en la ley para el cumplimiento del deber de lesionar el bien jurídico vulnerado.

. La verificación negativa de la no realización de un acto arbitrario.

De no verificarse uno de los tres momentos de la operación de encuadramiento de la acción típica dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar, no se producirá el efecto justificante.

b. La ubicación dentro del ordenamiento legal de un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado

Para que opere la causa de justificación obrar en cumplimiento de la ley, es necesario ubicar en la misma un mandato de lesionar bienes jurídicos fundamentales como costo social asumido o tolerado a efectos de lograr alguno de los fines establecidos en la Constitución o en la ley infraconstitucional.

Por ejemplo, el artículo 159 inciso 5 de la Constitución establece al Ministerio Público el deber legal de lesionar el honor de una persona al ejercer la acción penal; y el artículo 135 del Código Procesal Penal le impone al juez penal el deber de privar de la libertad ambulatoria a un procesado.

c. La verificación de la forma establecida en la ley para el cumplimiento del deber de lesionar el bien jurídico vulnerado

La conducta justificada exige el comprobar que el deber de actuar se cumpla observando la forma establecida por la ley.

La dificultad de la comprobación de este elemento radica en el hecho de que, conforme se aprecia en el ordenamiento jurídico, las formas de cumplimiento de los deberes de actuar no se encuentran, por regla general, adecuadamente previstas en el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo la forma que la policía debe observar para utilizar legítimamente la violencia con la finalidad de restablecer el orden público, no se encuentra suficientemente regulada en el Derecho positivo; o la forma que los agentes de inteligencia tienen que seguir para conseguir información a procesar para que el Presidente tome decisiones de gobierno acertadas, tampoco está correctamente normada en el ordenamiento legal.

Esta deficiencia es la que lleva a incorporar el tercer elemento de la operación de encuadramiento que a continuación se desarrolla, pues mientras se reglamente adecuada e integral mente la forma en la que se deben cumplir los diversos deberes de actuar que implican daño a bienes jurídicos fundamentales, la comprobación de la presencia o ausencia de un acto arbitrario es la manera de suplir la misma.

d. La verificación negativa de la no realización de un acto arbitrario

Es importante determinar el significado del acto arbitrario pues su comprobación negativa, o si se prefiere su ausencia, es un criterio de gran utilidad para establecer el empleo correcto de la causa de justificación obrar por mandato de la ley.

El concepto de acto arbitrario no puede ser establecido por el Derecho penal dado su carácter fragmentario y secundario (en orden de intervención, no de Importancia), por lo que se debe recurrir a ámbitos jurídicos extrapenales, como lo hace el maestro MAGGIORE quien al recurrir Permanente a la filosofía del Derecho, permite que su trabajo sobre el acto arbitrario tenga hasta ahora vigencia parangón en el derecho penal(22) (23).

El acto arbitrario es el que un funcionario público realiza abusando de su potestad, es decir, del poder que se le asigna para cumplir los deberes de función(24).

El funcionario público comete un acto arbitrario, o porque el acto constituye una violación de la ley o porque sin llegar a transgredirla constituye un abuso de sus funciones discrecionales(25).

Pueden darse tres formas de acto arbitrario(26):

FORMAS DE ACTO ARBITRARIO

- . Violación de la ley o inobservancia de las formas.
- . Incompetencia relativa, es decir, exceso en los límites de la competencia.
- . Abuso de poderes discrecionales.

Si bien es cierto, como ya se señaló, que el ámbito de funcionamiento del obrar en el cumplimiento de la ley se dará principalmente en el caso de los funcionarios públicos, por lo que estos resultan ser por regla general los agentes de los actos arbitrarios, es admisible que los particulares también los cometan, cuando tienen que cumplir un deber específico de lesionar bienes jurídicos, como por ejemplo el deber de denunciar los delitos que se conocen en el ejercicio de la profesión.

La doctrina sobre el amparo, cuyo objeto es precisamente el acto arbitrario, permite sustentar que éstos también pueden ser cometidos por particulares(27).

2. Análisis del elemento de la parte subjetiva del tipo de justificación de obrar por disposición de la ley

A. Conocimiento de que la conducta dañosa realizada es objeto de un deber legal de actuar

La ubicación de elementos subjetivos dentro de los tipos de justificación es aun un tema de dura polémica en el Derecho Penal, sin embargo puede sostenerse válidamente que la corriente más importante admite su presencia en las causas de exclusión de la antijuridicidad.

. ROXIN afirma que es opinión dominante que en las causas de justificación el sujeto actúe con conocimiento de la situación justificante, de hacer algo objetivamente conforme a derecho(28).

Diego Manuel LUZÓN PEÑA admite desde un punto de vista material el considerar como elemento subjetivo de las causas de justificación el conocimiento por el sujeto de una situación objetiva de justificación, como por ejemplo el actuar en legítima defensa, en el cumplimiento de un deber, etc.; pues en caso de no existir este conocimiento y realizar la acción el sujeto queriendo producir un resultado dañoso, se imputará que tiene auténtico dolo y aunque objetivamente su conducta responda a una situación justificante, se considerará que ha cometido tentativa inidónea(29).

Ángel José SANZ MORÁN también acepta como elemento subjetivo de las causas de exclusión de la antijuridicidad, el conocimiento por parte de quien actúa de que se dan efectivamente los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación, pues en caso contrario se incurriría en delito de resultado imposible(30).

Percy GARCÍA CAVERO, reconociendo el nivel altamente controvertido del tema tratado en la doctrina penal, considera que es admisible la presencia de elementos subjetivos en las estructuras de descargo o causas de justificación, que define como el conocimiento de las estructuras de descargo de la imputación, que desde la concepción funcionalista equivale al conocimiento de la situación justificante(31).

Afiliado a tal posición doctrinaria, afirmo que el tipo permisivo de obrar por disposición de la ley presenta como elemento subjetivo el conocimiento de la situación justificante, esto es, de la realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos que es objeto de un deber legal de actuar.

DOCTRINA

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Praxis. 21 edición. Barcelona, 1999. GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Económico. Parte General". Lima, 2003. DIEZ RIPOLLÉS, José et al. "Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal". Luzón Peña y Mir Puig (coord.). Aranzadi.

Pamplona, 1995. JESCHECK/WEIGEND. "Tratado de Derecho Penal". 51 edición.

Comares. Granada, 2002. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal". Sesalor. Lima, 1978. JAKOBS. "Derecho Penal". Marcial Pons. Madrid, 1995. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Lozada, Buenos Aires, 1961. MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Temis. Bogotá, 1971. MIR PUIG, Santiago; "Derecho Penal. Parte General". 51 edición. Barcelona, 1998. NAKAZAKI SERVIGON, Cesar. La Actuación de los Ejecutares Coactivos Municipales: ¿Delito de Abuso de autoridad? , en lus et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. W ~ . 1 . lima, 2001. ROXIN. "Derecho Penal". Civitas. Madrid, 1997. SAGÜÉS, Nestor. "Acción de Amparo". Astrea. Buenos Aires, 1988. SANZ MORÁN, Angel. "Elementos subjetlv de Justificación". Bosch, Barcelona, 1992.

(2) Por cierto el "recuerdo" es incompleto porque el deber de determinación, si el hecho objeto de procedimiento preliminar puede ser delito, tiene que abarcar todos los casos de faz negativa del delito. La Ley N° 27936 no considera el estado de necesidad justificante del artículo 20 inciso 4 pese a constituir también una causa de justificación; tampoco se refiere a las causas de exclusión de la culpabilidad y de exculpación que, por ser casos de faz negativa de la culpabilidad, forman parte del objeto de examen para establecer provisionalmente que el hecho es delito en el procedimiento preliminar fiscal o judicial.

(3) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murrillo. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 419.

(4) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 5ta edición. Comares. Granada, 2002. Pág. 346.

(5) Ibid.

(6) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cil. Págs. 346 y sgte.

(7) HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Sesator. Urna, 1978. Págs. 236 y sgte.

(8) ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 575.

(9) ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 575.

(10) GARCIA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Económico. Parte General". Ara. Universidad de Piura. Lima, 2003. Pág. 613.

(11) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 5ª edición. Reppertor. Barcelona, 1998. Pág. 485.

(12) DIEZ RIPOLLÉS, José Luis et al. "Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal". En: Luzón Peña y Mir Puig (coordinadores). Aranzadi. Pamplona; 1995. Pág. 39.

(13) HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 248.

(14) Ibid.

(15) MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". Volumen 1. Temis. Bogotá, 1971. Pág. 392.

- (16) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Tomo IV. Lozada. Buenos Aires, 1961. Pág. 520.
- (17) Ibid.
- (18) HURTADO POZO, José. Op. Gil. Pág. 248.
- (19) Ibid.
- (20) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 236.
- (21) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 488.
- (22) MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cil. Tomo 111. Págs. 273 y sgtes. . ¿'pales' ¿Delito de . . . N° 31
- (23) NAKAZAKI SERVIGON, César Augusto. "La actuación de los ejecutores coactivos municipales, abuso de autoridad?". . En: Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2001. Pág. 199.
- (24) Ibid.
- (25) NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Op. Cil. Págs. 199 y sgte.
- (26) Ibid.
- (27) SAGÜÉS, Nestor Pedro. "Acción de Amparo". Astrea. Buenos Aires, 1988. Págs. 527 y sgtes.
- (28) ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 597 y sgte.
- (29) DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. Pág. 39. 92 Pág. 93.
- (30) SANZ MORÁN, Angel José. "Elementos Subjetivos de Justificación". Bosch. Barcelona, 19 .
- (31) GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pág. 618.

OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

8. El que obra en cumplimiento de un deber

(...)

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arts. 19.5. 19.7

Comentario

Ramiro Salinas Siccha

El inciso 8 del artículo 20 del Código Penal regula como causa eximente de la responsabilidad penal y junto al obrar por disposición de la ley o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el obrar en cumplimiento de un deber. En tal sentido, aquel que realice un hecho típico tanto objetiva como subjetivamente, estará exento de responsabilidad penal cuando haya obrado en cumplimiento de un deber impuesto por el Derecho. Veamos cuál es el concepto de la eximente, su naturaleza jurídica, su fundamento, los requisitos que deben cumplirse para que opere positivamente en un caso concreto, así como su aplicación en nuestra jurisprudencia.

I. Concepto

La eximente consiste en declarar ajustada a Derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico. De ese modo, si el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sectores, establece un deber de actuar u omitir respecto a un Sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes.

Este supuesto justificante exige necesariamente la existencia de un deber consagrado en la ley, es decir, tiene que ser jurídico, de ninguna manera moral, y que el agente cumpla una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo(1).

Aunque en principio esta circunstancia es aplicable a cualquier persona, su radio de acción alcanza con mayor frecuencia a los funcionarios o servidores públicos y, más en especial, a aquellos que están legalmente autorizados a ejercer la violencia sobre los particulares, es decir, las fuerzas de seguridad encargadas de mantener el orden interno y defender nuestras fronteras.

II. Naturaleza jurídica

Esta eximente, junto al actuar en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, es quizá la que más tiene el carácter de causa de justificación y, hasta cierto

punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes. Con MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN(2) podemos concluir que no cabe mayor justificación que la de cumplir un deber.

Doctrinariamente, cuando se habla de causal de justificación, también se utiliza las frases de "causal de exclusión de la responsabilidad", "causal de licitud", "causal objetiva de exclusión del delito", "justa causa", etc.

Sin embargo, esta posición no es del todo pacífica en la doctrina, pues autores como el colombiano Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ(3) sostienen que la naturaleza jurídica del obrar en cumplimiento de un deber es mixta. En tal sentido, enseñan que cuando se dice que no hay lugar a responsabilidad penal, es obvio que no se quiere significar la exclusión de cualquier categoría del concepto dogmático de delito, sino que la eximente puede operar como causal de atipicidad o de justificación. No obstante, consideramos que esta posición mixta no tiene mayor consistencia, pues si se llega a determinar que la conducta analizada es atípica, será irrelevante penal mente y, por tanto, no será posible o, mejor, será ocioso evaluar si está amparada por alguna causa de justificación.

Situación que obviamente no sucede con el obrar en cumplimiento de un deber debido a que solamente evaluaremos si concurre esta causal en una conducta concreta, cuando en principio la conducta sea típica, es decir, esté recogida o descrita como delito en el Código Penal.

Por su parte Felipe VILLAVICENCIO(4) sostiene que si bien es cierto que en la doctrina peruana es mayoritaria la opinión de que esta es una causa de justificación, es una causa de atipicidad, pues cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara. En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar y, en consecuencia, concluye, es una causa de atipicidad.

Este argumento tampoco puede compartirse. Como volvemos a repetir, si la conducta o comportamiento realizado por el agente es atípica, es irrelevante entrar a evaluar si opera la causal del obrar en cumplimiento de un deber.

En suma, el obrar en cumplimiento de un deber tiene la naturaleza jurídica de una causa de justificación y por tanto opera o, mejor, es de aplicación sobre una conducta típica, jamás sobre una atípica.

III. Fundamento jurídico

En principio, el fundamento de la eximente radica en el principio del interés preponderante, lo cual se explica porque el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos y a determinadas personas, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley que afectan bienes jurídicamente protegidos; pero al mismo tiempo, esa normatividad manda a tales destinatarios el respeto a los intereses protegidos. De esa forma surge algo paradójico: en algunos supuestos el ordenamiento jurídico manda a tales personas realizar conductas que atentan

contra bienes jurídicos, por un lado, y por otro, las castiga si las realizan; de allí que deba preponderar uno de los mandatos, resolviéndose tal contradicción en favor de la licitud del comportamiento⁽⁵⁾.

No obstante, el principio del interés preponderante no es suficiente, pues no sirve para resolver casos en que el conflicto de deberes jurídicos son iguales y no toma en cuenta hipótesis en las cuales, pese a cumplirse con todas las exigencias legales, la justificante no puede admitirse por suponer la utilización de seres humanos como meros instrumentos o atentar gravemente contra su dignidad, de donde se infiere que es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de la eximente con base en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Respecto al conflicto de deberes iguales, basta con que el agente dé cumplimiento a uno de ellos para que su conducta sea lícita: el médico, por ejemplo, solo salva a uno de los tres heridos graves por no disponer del instrumental necesario ni dotación suficiente. Aquí, se precisa que el médico con la sola intervención a uno de los heridos, omitiendo intervenir al resto, esté cumpliendo con su deber, por ende, su conducta aparece justificada frente al resto de heridos que por la omisión dejaron de existir. Cuestión diferente se produce cuando el médico fuerza u obliga por cualquier medio al testigo de Jehova a realizarse una transfusión de sangre contra su creencia. Aquí, si bien se ha realizado una acción en cumplimiento de un deber jurídico superior o igual al de omitir la acción prohibida, no opera la eximente, pues tal actuación contraviene la norma constitucional que ampara la libertad de conciencia (artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política del Estado); además, actuar de ese modo es no respetar la dignidad de la persona que se constituye en el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución Política del Estado).

IV. Requisitos

Se requiere la concurrencia indispensable de ciertos requisitos o elementos para que opere la justificante a plenitud en un caso concreto. Si llega a determinarse que en el caso analizado falta alguno de ellos, la eximente no funciona.

Estos requisitos o elementos son:

1. Existencia de un deber legal

Previo a la realización del comportamiento típico, debe existir necesariamente un deber impuesto por la ley, entendiendo por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad erga omnes; se descarta de ese modo los deberes morales. Sin embargo, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, sino se exige que el cumplimiento de un deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho.

Este requisito de la conformidad a Derecho plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico. En efecto,

para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que dirige dicha actuación(6).

No obstante, por encima de cualquier regulación concreta, están los principios generales que informan las causas de justificación que, aunque en la configuración legal de esta eximente no se citan expresamente, siguen teniendo indudable vigencia.

2. El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido. Es indispensable que el deber jurídico que se ha dado cumplimiento sea de mayor o igual jerarquía al deber que se ha dejado de lado. Si se determina que el deber cumplido fue de menor jerarquía al infringido, la justificante no opera.

De ese modo, el uso de la violencia por parte de la autoridad en el momento de cumplir con su deber de función o profesión, supone un principio básico que es el de la menor lesividad posible, es decir, el empleo de la fuerza racionalmente imprescindible para el cumplimiento de la obligación. Es una exigencia clara de ponderación, proporción o adecuación a las circunstancias del caso, el grado de la violencia empleada por el agente. Opera la justificante cuando un efectivo policial dispara y mata al delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima. En cambio, no opera la justificante cuando el efectivo policial dispara y mata al delincuente que huye de la escena del crimen por el simple hecho de evitar su fuga.

3. Necesidad de ejecutar la conducta típica

Debe existir o mediar una necesidad urgente, es decir, el agente en el caso concreto, no tiene otra alternativa a la de ejecutar un comportamiento típico en cumplimiento de su deber. Si llega a determinarse que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su deber de forma diferente a la de ocasionar la conducta típica, la eximente no opera.

En todo caso, por ejemplo, se requiere la necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si es suficiente restablecerlo con cualquier otra medida no violenta. En consecuencia, la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcional a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa(7).

4. Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico

Teniendo en cuenta que las causas de justificación tienen un componente objetivo y otro subjetivo, el presente requisito es de carácter subjetivo de la justificante en análisis. El agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber.

En otros términos, el agente o autor del comportamiento típico debe ser consciente de que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Si

llega a determinarse que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no aparece. Por ejemplo, no es posible la eximente cuando el agente penetra en un domicilio y detiene al delincuente en flagrante delito debido a que el agraviado le ha ofrecido pagar. Por el contrario, cuando el particular retiene a su vecino poniéndolo a disposición de la autoridad después de haberle sorprendido en flagrante delito contra su patrimonio, actúa en ejercicio de la causal de justificación de obrar en cumplimiento de un deber ciudadano, así al momento de hacerlo haya sentido odio ánimo de venganza o satisfaga viejos rencores. aquí nadie osaría discutir que dicha persona ha cumplido con un deber legal Impuesto a los ciudadanos y, subjetivamente, que lo ha hecho con la finalidad exigida por el ordenamiento jurídico(8).

V. Obrar en cumplimiento de un deber en la jurisprudencia peruana

En el Derecho vivo y actuante que se construye por nuestro máximo Tribunal de Justicia, siguiendo los lineamientos de la doctrina mayoritaria, el obrar en cumplimiento de un deber constituye una causa de justificación. Así se declara en la Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998 cuando se afirma que "se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de su conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves(9).

En igual sentido, el precedente del 22 de enero de 1998, emitido por la Suprema Corte, ha señalado que "el hecho de haber entregado los bienes al Juez de Paz del distrito ante la negativa de recepcionarlos por parte de entidad beneficiaria (club de madres), estando dentro de sus facultades tal disposición, constituye un acto inscrito bajo el cumplimiento del deber del funcionario encausado"(10).

DOCTRINA

HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Reimpresión de la 2da edición. Eddili. Lima, 1987. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes.

"Derecho Penal. Parte General". 4~ edición. Valencia, 2000. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría del Delito". Valencia, 1991. ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia Penal.

Tomo 1. Gaceta Jurídica, Lima, 1999. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis. Bogotá, 2002. VILLAVICENCOTERREROS, Felipe. "Código Penal". Grijley. Lima, 1997.

(1) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Temis. Bogotá 2002. Pág. 347 Tirant lo Blanch.

- (2) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General Valencia, 2000. Pág. 383.
- (3) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cil. Pág. 347.
- (4) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal". Grijley. Lima, 1997. Pág. 134.
- (5) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cil. Pág. 348.
- (6) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 384.
- (7) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 385.
- (8) Vide VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cil. Pág. 345. .' Gaceta Jurídica, Lima,
- (9) Expediente N° 2683-97 - Lima, vide ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia Penal. 1999. Pág. 139.
- (10) Expediente N° 1346 - Ica, vide ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cil. Pág. 142.

OBRAR EN EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

8. El que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.C. art 1971.1

C.J.M. arl. 19.5

C. arl. 2

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Preliminar Sin entrar aún en el debate sobre la necesidad de seguir manteniendo en nuestro CP una eximente como la del inciso 8 del artículo 20(1) (vide infra), realizar un análisis específico (de lege lata) del obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo presupone decantarse por una tesis -no exenta de críticas- que le otorgue un incuestionable margen de autonomía con respecto a las circunstancias de obrar por disposición de la ley y de obrar en cumplimiento de un deber; margen que, al menos, habría de ser de mayor amplitud que el que existiría entre el obrar en ejercicio legítimo de un derecho con respecto al obrar en ejercicio legítimo de un oficio o cargo (englobados aquí en una sola circunstancia).

Ello, por lo pronto, condiciona a discrepar con las tesis que se pronuncian contra la innecesaria o injustificada separación entre el obrar por disposición de la ley, el obrar en cumplimiento de un deber y el obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo(2), con la cual concordamos parcialmente; así como con discrepancia esta última que, en cambio, no se puede compartir desde que el derecho que, conforme al inciso 8 del artículo 20 CP, se debe ejercer legítimamente puede o no derivar de un oficio o cargo.

II. El obrar en ejercicio legítimo de un derecho

1. Naturaleza jurídica y justificación

La idea básica de la circunstancia prevista en el artículo 20 inciso 8 tercera parte del CP, se puede rastrear ya en el brocardo contenido en el "Digesto": *qui iure suo utitur naemine laedito* "nadie delinque cuando usa de su derecho".

La doctrina mayoritaria considera que dicha eximente tiene la naturaleza de causa de justificación, lo que supone que quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho realiza una conducta típica pero no antijurídica, es decir, obra

conforme al ordenamiento jurídico, aun cuando cumpla formalmente un tipo penal y lesione materialmente un bien jurídico protegido. Según ello, lo que se trataría de justificar, vía la invocación de la eximente, sería la lesión de un bien jurídico penalmente protegido, que una persona produce a consecuencia de ejercer legítimamente un derecho. Su aplicación enervante de ilicitud exigiría así -en lo esencial- la existencia de una situación de colisión o conflicto (el agente, al ejercer legítimamente un derecho, realiza un tipo de delito y menoscaba un bien jurídico-penal protegido); colisión en la cual el precepto justificante (generalmente extrapenal) prevalecería frente al imperativo penal, excluyendo la antijuridicidad de la conducta, en virtud del principio del interés preponderante

La eximente del obrar en ejercicio legítimo de derecho implica, pues, que el ordenamiento jurídico mantiene la existencia del derecho pese a la prohibición penal. Así apunta MIR PUIG, que "cuando un hecho se halla a la vez previsto en una ley penal y en otra norma jurídica no penal que permite positivamente su realización, se plantea una situación de conflicto de leyes que el artículo 20.7 decide a favor de la norma no penal". Ello supone que existen determinados intereses que han llevado a permitir el hecho, los cuales entran en conflicto con los intereses penalmente protegidos (que la conducta menoscaba), y el conflicto se resuelve por la norma no penal a favor del derecho. "Se trata de la estructura de una causa de justificación: el ataque al bien jurídico no desaparece, sino que se permite... por razón de intereses que se estiman prevalentes". El hecho entonces ha de considerarse permitido, no antijurídico.

Una relevante colisión de intereses en aplicación de la eximente del obrar en ejercicio legítimo de un derecho, sin embargo, no parece que pueda aprehenderse con facilidad en muchos de los supuestos imaginables, pues resulta obvio que quien obra conforme a Derecho no obra antijurídicamente; y sobre un axioma como este no es posible fundar conflicto significativo alguno: la eximente no consiste solo en el ejercicio de un derecho existente y que corresponda (que eventualmente podría dar lugar a conflictos), sino -sobre todo- en su ejercicio legítimo. En rigor, existe una incompatibilidad conceptual absoluta entre la conducta conforme a Derecho y el delito; entre ambos no hay conflicto posible, pues donde acaba uno empieza el otro.

Lo que es lícito para un sector extrapenal del Derecho no puede ser ilícito para el Derecho Penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico(9) (derivada de un concepto unitario de antijuridicidad y del principio de no contradicción interna) y al carácter de última ratio del Derecho Penal. Es de la plenitud de estos principios (y no del inciso 8 del artículo 20 GP, que podría incluso no existir) de donde se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno. "Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho Penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente", Mientras se ejerza legítimamente el derecho, la realización de una conducta no puede ser desvalorada jurídico-penal; mucho menos a producción de un posterior resultado. El principios según el cual las causas de Justificación

proviene de todo el ordenamiento jurídico hace, en tal medida, innecesaria la previsión legal de la eximente,

Así lo ha destacado la doctrina penal comparada, que desde antiguo se ha mostrado crítica con respecto a lo innecesario de una específica previsión de esta eximente. Por ejemplo, MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN han señalado que:

"La eximente es una declaración superflua que igualmente tendría valor justificante, aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de eximentes". El mismo MIR PUIG restringe su utilidad a los casos en que el derecho se establece por una disposición anterior o inferior a la ley penal, supuestos en donde podría resultar dudoso que el derecho no quedase desplazado por la ley penal posterior, considerando adecuado que el Derecho resuelva expresamente estas constelaciones de casos. Desde otra perspectiva, MORALES PRATS se muestra a favor de la regulación legal de la eximente, destacando que "cumple una función de advertencia en cuanto a que la comprobación de la antijuridicidad de un hecho reclama que previamente el tenor de la ley penal haya sido sometido a la verificación del resto del sistema jurídico". "De ella cabe inferir una cláusula general de justificación en la que se expresan límites explícitos e implícitos para otorgar eficacia justificante en el ámbito penal a conductas amparadas en el resto del ordenamiento jurídico, por medio de una apertura hermenéutica del Código Penal al sistema jurídico". Pero, también desde la unidad sistemática del ordenamiento jurídico y al carácter de última ratio del Derecho Penal referidos, se pueden cumplir ambas funciones, sin necesidad de construir una eximente específica,

2. Contenido (clásico)

A. Comúnmente la doctrina penal suele incluir en la eximente los problemas del uso de las vías de hecho (auxilio propio o autoauxilio), del "derecho" de corrección educativa, y de la práctica deportiva.

a. El empleo de vías de hecho

En nuestro ordenamiento jurídico utilizar arbitrariamente las vías de hecho, al margen de las autoridades competentes, para realizar un derecho constituye una conducta ilícita, penalmente prohibida, conforme al artículo 417 CP, que prescribe: "El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas". Como se ve, este precepto prohíbe ampliamente el uso arbitrario de las vías de hecho para ejercer un derecho existente que corresponde. No es necesario aquí además que el agente utilice violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Basta solo el obrar de manera arbitraria y al margen de la autoridad; satisfecho tal requisito, el referido tipo penal se puede conjugar prácticamente con cualquier modalidad ejecutiva (v.gr. el engaño o abuso de confianza para recuperar un bien litigioso). Por tanto, la realización de un derecho actuando arbitraria y al margen de la autoridad, en nuestro ordenamiento jurídico, no solamente no está jurídicamente permitido, sino que además constituye delito.

En virtud de ello, en principio -por coherencia y unidad intrasistemática- para que una conducta quede impune conforme a la eximente en estudio, no debe cumplir con el tipo penal del artículo 417 CP: el ejercicio legítimo de un derecho (inciso 8 del artículo 20 CP) se contrapone al ejercicio arbitrario del mismo (artículo 417 CP); así, por ejemplo, a los casos en que el propietario de un bien mueble lo sustrae de quien lo tiene en su poder ilegítimamente -conducta que no tipifica un delito patrimonial-le es aplicable el artículo 417 CP y no el inciso 8 CP.

Sin embargo, no debe identificarse siempre el obrar al margen de la autoridad con el obrar arbitrariamente (o fuera de las vías legales), pues incluso quien ejerce un derecho al margen de la autoridad puede no obrar arbitrariamente, como lo demuestra el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico determinadas manifestaciones del obrar pro Magistratu pueden razonablemente llegar a estar justificadas (de la aplicación del delito que contiene la afectación específica del bien jurídico así como del artículo 417 CP), siempre que el derecho esté expresamente reconocido, v.gr. las defensas posesorias o el derecho de retención conforme al Derecho Civil (artículos 920 y 1123 Y sgtes., respectivamente, del CC), supuestos que evidencian que se puede hacer justicia por mano propia y al margen de la autoridad de modo no arbitrario. Los otros habituales supuestos de autoauxilio (no regulados) en los que un particular apresa o detiene (menoscabando su libertad individual) a una persona a quien encuentra en flagrancia delictiva o en cuasiflagrancia (cuando la ayuda de la autoridad no puede obtenerse a tiempo), en cambio, pueden ser reconducidos, de ser el caso, al ejercicio del derecho a la legítima defensa (artículo 2 inciso 23 de la Constitución Política), o al estado de necesidad. La especialidad que se desprende de las eximentes del artículo 20 incisos 3 y 4 CP (legítima defensa propia o de terceros y estado de necesidad justificante), sin embargo, harán, en su caso, aplicable estas (con sus presupuestos y requisitos específicos) y no ya la del artículo 20 inciso 8 CP.

Como se aprecia, el ámbito en que podría aplicarse el obrar en ejercicio legítimo de un derecho a los supuestos de empleo de vías de hecho resultaría bastante restringido: únicamente a supuestos de ejercicio legítimo de un derecho jurídicamente reconocido (que exista y corresponda al agente) que queden al margen del artículo 417 CP. Pero, como se observa, la facultad de realizar la conducta (que cumple formalmente el tipo penal y menoscaba materialmente el bien jurídico) sigue derivando de normas distintas a la que contiene la eximente. Las otras variantes deben descartarse, pues el recurrir a la autoridad para ejercer el derecho se contrapone al requisito de hacer justicia por mano propia que exige el tipo penal, y (probablemente) también al obrar arbitrariamente.

b. El derecho o potestad de corrección

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho o potestad de corrección sobre los hijos está regulado por el Código Civil, cuyo artículo 423 señala: "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 2.- Dirigir el proceso educativo (...) 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un

establecimiento dedicado a la reeducación de menores". En sentido similar, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 74 literal d) señala: "Deberes y derechos de los padres.- (...) d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente". Dicho derecho puede extenderse también -aunque con mayores restricciones- a los tutores conforme al artículo 526 del Código Civil que señala: "El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia".

De esta forma, la potestad de corrección puede afirmarse únicamente en personas que tienen la patria potestad (potestad paterno-filial) o la tutela (potestad tutorial-pupilar) con respecto a los menores de edad sujetos a tales instituciones jurídicas; v.gr. los padres (naturales o adoptivos) respecto a los hijos menores, el tutor respecto al menor tutelado. Por tanto, no podrá afirmarse, por ejemplo, en un padre respecto a los hijos ajenos o pupilos, el padrastro o madrastra respecto al hijastro, ni el profesor respecto a los alumnos, ni del maestro respecto a sus discípulos o aprendices⁽²⁵⁾, ni entre hermanos u otros parientes (salvo supuestos excepcionales de consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores), ni entre cónyuges (pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico derecho de corrección alguno del esposo sobre la esposa) o convivientes.

Además, nuestro ordenamiento jurídico establece límites expresos a la potestad de corrección educativa, permitiendo a los padres corregir solo moderadamente a sus hijos (razonable o racionalmente), sin incurrir en excesos, que no están amparados por ley. Rigen aquí, por tanto, los principios de necesidad y proporcionalidad en orden a la finalidad educativa y al bien del menor (subjetivamente, es necesario además siempre el animus corrigendi). Así, un padre que inflige dolosamente lesiones (graves o leves) a su hijo, no puede invocar el ejercicio legítimo de un derecho de corrección para quedar justificado, no siéndole ni siquiera aplicable la atenuación de la responsabilidad penal conforme al artículo 21 CP (eximente incompleta)⁽²⁸⁾.

En el reconocimiento legal de esta potestad de corregir no debe verse, sin embargo, el fomento a través del Derecho de métodos de aprendizaje violentos o, en general, de las vías de hecho violentas en el proceso educativo de los menores. Ciertamente, resultaría deseable eliminar de la corrección educativa todo menoscabo a la integridad física y psíquica de los menores, y suprimir toda muestra de violencia en su proceso educativo. Pero ello, desde el punto de vista sociológico, no parece ser actualmente viable; es más, en amplias capas de nuestra población admitir el uso de relativa violencia (siempre con estos fines y sin excesos) resulta ser el mal social menor: si por cualquier golpe corrector del padre al hijo interviniera el Derecho Penal u otro poder público, se destruirían más familias de las que se pacificarían⁽²⁹⁾.

Los límites de la potestad de corrección han de trazarse sobre la base de factores culturales, los cuales deben ser cada vez más restringidos: castigo moderado, por un motivo fundado, únicamente con finalidad correctora-

educativa y siempre que resulte necesario para ello (de acuerdo a la edad y condiciones del menor).

En tal sentido, se puede decir que los golpes que propina un padre a su hijo mientras no provoque daños a su salud o constituya maltratos denigrantes (atentatorios a la dignidad humana) constituirán conductas típicas pero no antijurídicas, pues constituyen menoscabos a la integridad física (daños al cuerpo o la salud) justificados en virtud del artículo 423 inciso 3 del Código Civil. Así, por ejemplo, las faltas contra la persona (v.gr. maltrato de obra: artículo 442 CP) de un padre contra su hijo, incluso menor de catorce años, si se pudiera ya afirmar su tipicidad penal, podrían quedar justificadas por el ejercicio de la potestad de corrección, o solo atenuadas en su caso; salvo que se trate de casos de empleo habitual de violencia (en cuyo caso se echa de menos la moderación y razonabilidad). El error sobre los presupuestos objetivos de la eximente o sobre los límites de ella se resuelve conforme al artículo 14 CP (error de tipo): si es invencible excluye la responsabilidad penal; si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

c. La práctica deportiva

La práctica de deportes es en general una actividad permitida por la ley. Su permisión y licitud se infiere de la propia Constitución Política, que reconoce el derecho de la persona a la integridad física, al libre desarrollo y al bienestar (artículo 2 inciso 1), así como de otras normas como la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, que prescribe que el Estado fomenta y promueve la práctica deportiva como actividad de interés nacional. Por tanto, además de ser una actividad autorizada por la ley, resulta valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como su desarrollo, según el caso, implica el despliegue de una actividad física o contacto corporal, puede suceder que se produzcan menoscabos a determinados bienes jurídicos de las personas que lo practican, planteándose la cuestión de hasta qué punto puede seguir el ordenamiento jurídico manteniendo permitida una conducta que formalmente cumple un tipo penal y materialmente lesiona un bien jurídico protegido, y cuándo estas conductas pueden generar responsabilidad penal.

Restringiéndonos a la práctica no profesional de actividades deportivas, la producción de una lesión durante la práctica deportiva puede quedar impune ya en aplicación de los principios de adecuación social e insignificancia, de la ponderación del riesgo permitido, y/o de la verificación de la eximente del consentimiento del titular del bien jurídico (artículo 20 inciso 10 CP), circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta. Pero si esto no fuere posible, una lesión corporal típica todavía puede quedar impune, en virtud de la eximente del obrar en ejercicio legítimo de un derecho, siempre que se trate de menoscabos a la integridad física producidos en estricta observancia de las reglas de juego o competición, y siempre que se observe el cuidado objetivamente debido (en cada deporte) para su práctica. Los demás casos -

v.gr. menoscabos producidos al sobrepasarse la estricta observancia de las reglas, pero dentro de lo corriente o normal de la práctica deportiva; o menoscabos causados más allá de los límites normales de la práctica deportiva-, únicamente podrán quedar impunes si se trata de supuestos a los que le son aplicables los mencionados principios de adecuación social e insignificancia, o no superan el riesgo permitido, por ejemplo; pero no en virtud de la eximente en estudio.

Sin embargo, como en otras ocasiones, subsiste la duda de si incluso en los referidos supuestos de menoscabos a la integridad física producidos en estricto cumplimiento de las reglas de competición, y en observancia del cuidado objetivamente debido, una previsión expresa de la eximente resulta necesaria. Pues, como se ha anotado, lo que es lícito para el Derecho en general no puede ser ilícito para el Derecho Penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico y del carácter de última ratio del Derecho Penal: el ejercicio de un derecho, mientras se haga legítimamente, no puede dar lugar a ilícito penal alguno (las causas de justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico).

3. Contenido (continuación)

A. Ejercicio legítimo de un derecho fundamental

Del reconocimiento de la Constitución Política como norma fundamental se infiere que no pueden ser ilícitas aquellas conductas que, pese a lesionar un bien jurídico-penal, han sido realizadas en ejercicio legítimo de un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido. Menos aún penalmente ilícitas, pues todos los bienes jurídico-penales tutelados tienen una base constitucional o están vinculados a un valor constitucionalmente declarado, y todas las normas penales deben interpretarse conforme a la Constitución (las normas penales que tipifiquen conductas cuya realización se halle amparada por una norma constitucional devienen en inconstitucionales⁽³⁵⁾). Por tanto, el legítimo ejercicio de un derecho fundamental no puede derivar en ningún caso en un hecho punible, ni puede plantear conflicto significativo alguno con un imperativo penal. "Todos los conflictos de normas que pueden plantearse entre un derecho o libertad fundamental y una norma penal son tan solo concursos aparentes de normas y reflejo, en su caso, de una colisión de derechos fundamentales que debe resolverse con los criterios que ofrece el propio sistema constitucional". Corresponde al juez penal efectuar el examen (normativo-valorativo) de si la conducta sujeta a evaluación penal constituye o no un legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, ya que estos pueden operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta. Al contrario, la omisión de tal evaluación constituiría una grave vulneración del derecho atribuible al juzgador.

El ejercicio legítimo de un derecho constitucional opera así como una causa de exclusión de la antijuridicidad. Sin embargo, una vez más se verifica que dicha exclusión de la antijuridicidad (unitaria y general) no proviene de la eximente de responsabilidad penal en estudio, sino ya del reconocimiento de la propia norma fundamental, que en los casos mencionados produce tal efecto, sin

necesidad de un precepto como el del inciso 8 del artículo 20 CP. Como se ha anotado, las causas de justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico; y en su parte dogmática, la Constitución es una fuente de causas supraleales de justificación penal.

Distinto es, en cambio, el caso de aquellos supuestos de ejercicio no legítimo de un derecho constitucional (v.gr. casos de exceso en el ejercicio o abuso de derecho), que no estarán ni amparados por la Constitución (ni menos justificados por la eximente del inciso 8 del artículo 20 CP), y que incluso pueden configurar ilícitos penales, de ser subsumibles en los tipos penales específicos del CP.

B. La autorización o permiso de la autoridad

Algunos tipos penales en nuestro CP no expresan completamente los elementos de su supuesto de hecho, sino que se remiten a normas extrapenales para completar su determinación (leyes penales en blanco). En gran parte de ellos se requiere, por ejemplo, realizar una determinada conducta sin el permiso o autorización de alguna autoridad (v.gr. artículo 226 CP) u actuar infringiendo ciertas normas extrapenales (v.gr. artículo 304 CP) o, en referencia a ello, obrar ilegalmente (artículo 307-A CP) o ilegítimamente (artículo 279 CP). En tales casos se plantea la cuestión de si quien realiza la conducta contando con el permiso o autorización de la autoridad u observando las normas extrapenales ha de quedar impune en virtud de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (autorización justificante), o si la conducta es ya antes atípica (autorización excluyente del tipo). Resolver qué supuestos concretos quedan exentos de responsabilidad penal conforme a la eximente en estudio, depende de los siguientes criterios: 1° La autorización de la autoridad es un caso especial del consentimiento en general (eximente prevista en el inciso 10 del artículo 20 CP) y sigue, por tanto, sus reglas, 2° Habrá una autorización excluyente del tipo cuando es presupuesto del mismo la actuación en contra de la Administración, y el requisito del permiso sirve para controlar un comportamiento socialmente adecuado o aceptado, 3° En cambio, habrá una autorización justificante (excluyente de antijuridicidad) en los casos en que un comportamiento en sí mismo no deseado o desaprobado en términos generales se permite excepcionalmente en atención a intereses más importantes, 4° La autorización de la autoridad se corresponde, por lo general (y como se desprende de los ejemplos anotados), con el consentimiento excluyente del tipo, que, en definitiva, hace decaer la aplicación de la eximente en estudio.

4. Replanteamiento: El ejercicio legítimo de derechos fundamentales

Si se quiere dotar de cierta autonomía conceptual a la eximente y justificar su expresa previsión legal en el inciso 8 del artículo 20 CP, su ámbito de eficacia no podría limitarse a su contenido doctrinal clásico, de marginal o nula aplicación (vide supra). En tal sentido, si alguna concreta utilidad se le podría otorgar sería la de justificar los supuestos de ejercicio legítimo de derechos fundamentales, cuando su legitimidad está en tela de juicio por haber desembocado en una lesión a un bien jurídico-penal protegido, que se reclama

como ilícita. Así, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución podrían servir de fundamento a la aplicación de la eximente.

El inciso 8 del artículo 20 CP (tercera parte) serviría no tanto para declarar no punibles los hechos absolutamente conformes con el derecho objetivo (lo que sería superfluo, ya que solamente los hechos ilegítimos pueden constituir delito), sino más bien para asegurar la irresponsabilidad respecto de aquellos hechos que, abstractamente ilegítimos en razón de su incriminación, quedan justificados en concreto por el ejercicio de un derecho. Conforme a la eximente, cuyo fundamento es la primacía del interés preponderante, se resolverían los conflictos normativos que puedan plantearse entre los tipos penales y el ejercicio de conductas amparadas por el ordenamiento jurídico, siempre en beneficio de estas (cuando se ejerzan legítimamente). Cumpliría, además, una función integradora del ordenamiento jurídico, pues, como garante de su unidad y coherencia, satisface ría las funciones de armonización que derivan del principio de unidad del ordenamiento jurídico. En fin, funcionaría como una cláusula general de justificación, en virtud de la cual las causas de justificación, en nuestro sistema jurídico, no forman un sistema estrictamente cerrado, sino abierto.

Empero, los derechos que entrarían dentro de la eximente, en todo caso, no podrían ser todos (v.gr. una potestad jurídica derivada). A tal efecto, el término "derecho" tendría que interpretarse restringidamente, como derecho subjetivo, como situación jurídica especialmente protegida, de la que derivan numerosos poderes y facultades, cuya protección puede ser reclamada ante el Estado. Pues si, para configurar la eximente, el ejercicio legítimo del derecho ha de ser el interés que prevalece sobre la norma jurídico-penal, debe tratarse de la situación jurídica más plena y de directa protección estatal, como la que entraña un derecho subjetivo. Difícilmente se puede afirmar que una mera facultad, potestad o cualquier otra situación jurídica que no constituya un derecho subjetivo (y que no goce, por tanto, de protección directa del Estado) prevalecería sobre una norma jurídico-penal y tendría aptitud para amparar la lesión de un bien jurídico-penal tutelado.

Evidentemente, la eximente solo podrá aplicarse a supuestos de legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, y no en casos de rebasamiento o exceso, que a lo sumo podrían motivar la aplicación de una eximente incompleta (conforme al artículo 21 CP). Para que proceda la justificación de la conducta, el derecho ha de ser ejercitado en los términos exactos autorizados por la norma de que se trate, lo cual excluye a los abusos de derechos o ejercicio arbitrario del propio derecho. El inciso 8 del artículo 20 CP no debe pues servir como amparo legal del que hace ejercicio abusivo de sus derechos, ni para escudar con la impunidad a quien comete excesos al ejercerlos. Jurídicamente el derecho puede estar reconocido por ley y corresponderle al agente que lo ejerce, pero ello no le abre las puertas a que pueda hacerlo efectivo de cualquier manera o a cualquier costo, pues solo se le está permitido realizarlo dentro de los cauces legítimos. Es decir, que nuestro ordenamiento jurídico justifique menoscabos a bienes jurídicos como formas legítimas de ejercicio de un derecho no significa que quepa "invocar dicha eximente para justificar, con carácter general, la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos".

Conforme a la eximente, pueden llegar a estar justificados, por ejemplo, ciertos menoscabos al honor (artículos 130 y sgtes. CP) o a la intimidad (artículos 154 y sgtes. CP) en ejercicio legítimo de la libertad de expresión o el derecho de difundir información (inciso 4 del artículo 2 de la Constitución); el aborto terapéutico (artículo 119 CP) en ejercicio legítimo del derecho a la vida o integridad física; e incluso, la vulneración de la vida (homicidio) o la integridad física (lesiones) en ejercicio legítimo de la libertad de conciencia y de religión. No, en cambio, las afectaciones al medio ambiente natural (artículo 304 y sgtes. CP) en ejercicio de la libertad de empresa, o los actos de discriminación racial, étnica, religiosa o sexual (artículo 323 CP) en ejercicio de la libertad de contratar, por no poderse afirmar en ellos la legitimidad de su ejercicio.

III. El obrar en ejercicio legítimo de un derecho derivado de un oficio o un cargo
Como quien ejerce legítimamente un oficio o un cargo ejerce también un derecho (y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber⁴⁵), un tratamiento individualizado de este supuesto del inciso 8 inciso del artículo 20 CP ha de restrin-

girse a su problemática específica, derivada de la circunstancia de que el derecho que, conforme al inciso 8 del artículo 20 CP, se debe ejercer legítimamente deriva de un oficio o cargo. Destaca aquí la problemática que atañe al ejercicio legítimo de la profesión de abogado, periodista y médico. Nuevamente se evidencia aquí lo reducido del ámbito de supuestos en que habría de resultar aplicable la eximente en estudio.

1. Ejercicio legítimo de la profesión de abogado

El caso más habitual es aquel en el que un abogado, durante su intervención en un proceso, como defensor o patrocinante, mediante palabras (oralmente o por escrito) ofende o ultraja a una persona, o le atribuye un delito o un hecho, cualidad o conducta que puedan perjudicar su honor o reputación. Frente a ello cabe decir: 1 ° Los supuestos que hayan sido realizados sin el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (animus iniuriandi, animus calumniandi o animus difamandi) resultarán siempre atípicos (atipicidad subjetiva), 2° Por lo general, los supuestos que hayan sido realizados con el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (animus iniuriandi, animus calumniandi o animus difamandi) no solo resultarán típicos, sino también antijurídicos, pues, al no tratarse ya de un legítimo ejercicio de un derecho emanado de la profesión de abogado (como exige la eximente), no será aplicable el inciso 8 del artículo 20 CP⁽⁴⁶⁾, 3° De ahí que la eximente sea solo aplicable en los raros supuestos en que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y los animus especiales exigidos en los delitos contra el honor, "y en que las expresiones deshonorosas sean necesarias, en una interpretación ex ante, para la defensa de los intereses de sus clientes"⁽⁴⁷⁾.

2. Ejercicio legítimo de la profesión de periodista

El caso de mayor importancia es aquel en el que un periodista, durante el desempeño de su profesión, al informar o realizar cualquier género de crítica

(política, literaria, artística, deportiva, etc.) ofende o ultraja a una persona, o le atribuye un delito o un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar su honor o reputación. Frente a ello cabe decir: 1 ° Como en el caso anterior, los supuestos que hayan sido realizados sin el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (animus iniuriandi, animus calumniandi o animus difamandi) resultarán siempre atípicos (atipicidad subjetiva), 2° Por lo general, los supuestos que hayan sido realizados con el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (animus iniuriandi, animus calumniandi o animus difamandi) no solo resultarán típicos, sino también antijurídicos, pues, al no tratarse ya de un legítimo ejercicio de un derecho emanado de la profesión de periodista (como exige la eximente), no será aplicable el inciso 8 del artículo 20 CP(48), 3° Solo en el caso de que coexista el animus informandi o criticandi y el animus iniuriandi o calumniandi podrá invocarse la eximente siempre que, en una ponderación de intereses, tenga preferencia la libertad de expresión o información sobre el derecho al honor.

3. Ejercicio legítimo de la profesión de médico

El médico, en ejercicio de su profesión, suele realizar intervenciones en la integridad física de las personas (v.gr. intervenciones quirúrgicas) que podrían significar la causación de un daño al cuerpo o la salud de las mismas, o provocar, incluso, su muerte. Frente a ello cabe decir: 1 ° No configuran el tipo de lesiones las intervenciones curativas consentidas con resultado positivo o favorable, casos en los que se puede decir que la salud no ha sido menoscabada sino, al contrario, mejorada (además, se trata de un supuesto de adecuación social o de disminución de un riesgo existente que impide la imputación objetiva)(49), 2° No configuran el tipo de lesiones las intervenciones curativas consentidas con resultado negativo, practicadas sin infringir el deber de cuidado objetivamente exigible: la ausencia de dolo (incluso eventual(50)) de lesionar en estos casos (pues el médico obra con la voluntad de curar) así como el consentimiento de la víctima excluyen el tipo de lesiones dolosas, y la observancia del deber de cuidado excluye el tipo de lesiones imprudentes(51), 3° El consentimiento del titular del bien jurídico excluye el tipo de lesiones en supuestos de intervenciones no curativas en que se extraen órganos y fluidos para trasplantes o transfusiones(52), esterilizaciones y cirugía transexual, 4° En cambio, si falta el consentimiento del sujeto pasivo, la intervención puede dar lugar a una lesión corporal típica en caso de intervenciones con resultado negativo(53); sin embargo, en estos supuestos no resulta aplicable la eximente, pues el menoscabo no consentido de la integridad física de una persona se opone al ejercicio legítimo de un derecho, derivado de la profesión de médico (aunque sí puede concurrir la eximente del estado de necesidad).

DOCTRINA

ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Traducción de la 8ª edición corregida y actualizada por Luigi Conti a cargo de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Temis. Bogotá, 1988. ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1949.

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997.

CARBONELL MATEU et al. "Comentarios al Código Penal de 1995". Vives Antón (coordinador). Valencia, 1996.

CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tecnos. 6ª edición. Tomo 11. Madrid, 1998.

CEREZO MIR, José. "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1987.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 5ª edición. Valencia, 1999.

CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. 2ª edición. Barcelona, 1929.

DEL ROSAL, Juan. "Tratado de Derecho Penal español. Parte General". Volumen 1. Madrid, 1949.

ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. "Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo.

Marcial Pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. 4ª edición. Granada, 1993.

MAESTRE DELGADO, Esteban. "La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal". Edisofer. Madrid, 2001.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. "Comentarios al Código Penal". Volumen 1. Madrid, 1946.

MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LÓPEZ. "Código Penal. Comentarios y jurisprudencia". 2ª edición. Granada, 1990.

MORALES PRATS et al. "Comentarios al nuevo Código Penal". Quintero Olivares (director). Pamplona, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal español. Parte General". 18ª edición. Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 570.

STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Tomo 1. Ederesa. Madrid, 1982.

JURISPRUDENCIA

"No está acreditado el delito de violación de la libertad de trabajo por cuanto su calificación como trabajador excedente se enmarca dentro de la política de racionalización a que se contrae el Decreto Supremo número cero cuarentiuno-PCM/noventitrés, siendo facultad de su superior reubicarlo en la plaza que corresponde a su categoría, resultando de aplicación el inciso octavo del artículo veinte del Código acotado".

(Ejecutoria Suprema 25/06/97. Exp. 572-97. Ancash).

"La autorización para distribuir los bienes entre los clubes de madres existentes en el Distrito de Tambo de Mora revela que el funcionario acusado ha actuado en cumplimiento de las disposiciones impartidas por la entidad donante.

El hecho de haber entregado los bienes al Juez de Paz del distrito ante la negativa de recibirlos por parte del club de madres supuestamente agraviado, estando dentro de sus facultades tal disposición, constituye un acto de cumplimiento de un deber de funcionario".

(Ejecutoria Suprema 22/01/98. Exp. 1346-97.lca).

"La conducta de repeler con un disparo en el muslo un ataque antijurídico realizado con disparos se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que el procesado, que en la fecha de los hechos estaba de servicio, dando cumplimiento a un operativo de captura de integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior. La causa de justificación del cumplimiento de un deber resalta la función protectora de los bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal, afirma y hace prevalecer el derecho frente al injusto, excluyendo de plano la antijuridicidad del comportamiento".

(Ejecutoria Suprema 21/04/98. Exp. 2683-97. Lima).

"Que, conforme se advierte, el fallecimiento del agraviado se produjo en circunstancias en que el encausado, en cumplimiento de un operativo policial de persecución de presuntos delincuentes, se vio obligado a disparar contra un automóvil en cuyo interior se daba a la fuga el occiso, el mismo que en su huida efectuó varios disparos en contra del patrullero en donde se encontraba el encausado conjuntamente con otros efectivos policiales, por lo que en el caso se aprecia que la acción realizada por él se ampara en las causas de justificación de la legítima defensa y del obrar en cumplimiento de un deber, previstas en el inciso tercero y octavo del artículo veinte del Código Penal; que, el obrar del encausado constituye el cumplimiento de un deber porque, al ser miembro de la Policía Nacional del Perú, es un sujeto especial que cumple deberes específicos sobre la base de una estructura jerárquica y de división de trabajo y funciones, siendo su función y competencia cumplir las órdenes de su superior jerárquico que en el caso de autDs fue de intervenir al vehículo ocupado por el occiso':

(Ejecutoria Suprema 12/06/98. Exp. 4075-97. Lima).

"La responsabilidad penal del procesado no se encuentra acreditada puesto que en su calidad de interventor recaudador actuó en cumplimiento de lo dispuesto por las normas del Código Procesal Civil respecto a la materia".

(Resolución Superior Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4730-98).

"De lo actuado de autos, no se ha llegado a establecer que en la conducta del querellado, consistente en denunciar por delito de usurpación de autoridad, títulos y honores, haya existido el ánimo de deshonorar, toda vez que este actuó en el ejercicio legítimo de un derecho, al solicitar a la fiscal encargada de

investigar a las autoridades universitarias que examine al querellante en la creencia de que este tenía una apócrifa representación".
(Resolución Superior 03/07/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.
Exp. N° 287-97).

"Para que se configure el delito de denuncia calumniosa es necesario que el sujeto activo del delito denuncie un hecho a sabiendas que no se ha cometido, presupuesto no probado en autos, máxime si al recurrir el encausado a la autoridad judicial, lo hace ejerciendo un derecho que le asiste como ciudadano".

(Resolución Superior 17/12/97. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.
5676-97).

"Teniendo en cuenta que todo ciudadano se encuentra facultado a poner en conocimiento de las autoridades co"espondientes la comisión de un hecho punible (cumplimiento de un deber), el haber amenazado a los agraviados con denunciarlos penal mente no constituye un ilícito; más aún si los agraviados cuentan con los mecanismo jurídicos que la ley franquea a fin de salvaguardar sus derechos":
(Exp. 2455-98. 05/04/99. Lima. Caro Coria, Carlos.
"Código Penal". Pág. 162).

"Si desde un principio el querellado solamente tenía la intención de reclamar sus cuotas mensuales aportadas a la asociación, se puede inferir que su intención no era la de atacar el honor y reputación del querellante sino la de reclamar lo que consideraba le correspondía, y que en el fondo se puede entender como el ejercicio regular de un derecho".
(Resolución Superior 21/09/00. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.
3623-99).

"En lo que se refiere al delito de daños y abuso de autoridad, tampoco se aprecia su comisión, toda vez que no se ha acreditado que los policías intervinieron ilegítimamente, sino en cumplimiento del auxilio solicitado por la autoridad, ante el intento de ingreso de los agraviados; más aún si las normas civiles reconocen las defensas posesorias inmediatas".
(Resolución Superior 11/05/00. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.
821-97. Fidel Rojas. Pág. 648).

"El querellado efectuó una minuciosa investigación que dio como resultado un comentario periodístico que ha tenido como objetivo dar a conocer a la opinión pública actos de corrupción que son de interés público, sobre la base de su libertad de expresión e información. No infiriéndose que haya habido por parte del querellado el animus difamandi sino el ánimo de ejercer el derecho a la información o la crítica, no se halla acreditado el delito.

(Resolución Superior 29/12/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4549-98).

"Si bien los hechos imputados revisten los caracteres de tipicidad objetiva y subjetiva del delito, también lo es que la apropiación ilícita está inmersa en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas, por lo que será una causa frecuente de justificación el derecho de retención que le otorga el Derecho Civil al depositario hasta el completo pago de lo adeudado".
(Resolución Superior 20/05/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp.819-98).

"La reducción del monto que por concepto de merced conductiva pagaba la empresa dispuesta por Decreto de Alcaldía, se inscribe dentro de la competencia del alcalde de celebrar actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función. conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades".
(Resolución Superior 14/05/98. Exp. 4174-97. Lima).

"Los acusados, a quienes se les imputa el delito de peculado por haberse apropiado de libros y documentos contables de la empresa durante un control tributario, en su condición de funcionarios de la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT, han actuado dentro de las facultades que les confieren los incisos 1, 5, 6 Y 8 del artículo 62 del Código Tributario, no siendo justiciable penalmente la conducta imputada a los acusados".
(Resolución Superior 10/09/97. Exp. 4174-96. Junín).

"En cuanto al delito de violencia y resistencia a la autoridad tipificado por el artículo 368 del Código Penal, la conducta de este no se encuadra en dicha norma legal, pues existe una causal de justificación en el agente, como es el derecho a la libertad; que siendo así, resulta procedente absolverlo en estos extremos".
(Resolución Superior 06/03/98. Exp. 3623-97. Lima).

"Tratándose de un delito cuya interdicción es de interés nacional e inclusive internacional, la prensa al informar sobre el mismo, no hace sino otorgar preeminencia al interés comunitario frente al interés particular o individual. La libertad de expresión es un medio insustituible de control social, no solo de los actos negativos o positivos de los gobernantes, partidos políticos y organismos públicos, sino también de las personas naturales y entes privados, que se encuentran involucrados en un asunto de interés para la colectividad, como expresión del continuo control que deben ejercer los ciudadanos dentro de un sistema democrático; que, siendo esto así, los querellados han actuado en el ejercicio legítimo de un derecho, de lo que se colige que la misma se encuentra justificada en atención a lo previsto en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal".
(Resolución Superior 23/04/98. Exp. 6500-97. Lima).

"Los querellados solo se han limitado a informar hechos debidamente sustentados, ejerciendo su profesión de periodistas, amparado en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú que consagra el derecho de

información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, por cualquier medio de comunicación social sin previa autorización, ni censura ni impedimento alguno, no configurándose en ningún momento la intención de los querrellos de haber querido ofender o ultrajar por palabras o vías de hecho ni lesionar en forma alguna el honor y reputación del querellante".
(Resolución Superior 23/04/98. Exp. 6500-97. Lima).

"No se comete delito de violación de domicilio cuando los hechos se produjeron por disposición de lo resuelto por el órgano jurisdiccional competente, el que dispuso el desalojo del inmueble, llevado a cabo con el apoyo de la fuerza pública, hechos que no tienen la calidad de antijurídicos al estar amparados en una resolución judicial".

(Exp. 628-98-8. CP. "Normas Legales". Pág. 719).

"El delito contra el honor tiene como elemento fundamental el animus injuriandi y difamandi, esto es, la voluntad específica de lesionar el honor de una persona, conciencia de que se obra con mala intención de dañar el bien jurídico honor. De otro lado tenemos que la libertad de expresión es un derecho amplio e irrestricto, en cuyo ejercicio se suelen cometer errores o excesos que no necesariamente constituyen delito, por carecer del elemento fundamental antes señalado".

(Exp. 1362-99. Sala C. Arequipa. CP. "Normas Legales". Pág. 722).

"No configura delito de difamación e injuria grave el caso de quien cumpliendo con la obligación periodística de informar a la ciudadanía y a las autoridades sobre hechos denunciados por terceros, se ha dedicado solo a actuar al amparo de su profesión de periodista".

(Exp. 2678-97. CP. "Normas Legales". Pág. 722).

"Para la configuración del ilícito de difamación no basta el tipo objetivo, sino que se requiere animus difamandi; en el caso, los imputados ante el descontento por la gestión de la querellante, cuestionaron su cargo como funcionaria pública y lo expresaron ante medio de prensa ya la institución, actos que reflejan el derecho de los procesados de cuestionar a la funcionaria, mas no de difamarla".

(Resolución Superior 31/05/02 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
Exp. 2001-4189).

LA OBEDIENCIA DEBIDA

Está exento de responsabilidad penal:

(...) 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y, (..)

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arts. 19, 20.5

Comentario

José C. Ugaz Sánchez-Moreno Juan Diego Ugaz Heudebert

I. Naturaleza jurídica

En principio, toda conducta descrita en un tipo penal, en tanto resulta lesiva de un bien jurídico y es contraria al orden normativo imperante, siempre que haya sido desarrollada culpablemente, constituye un delito. Sin embargo, no toda conducta que se oponga a los mandatos y prohibiciones del orden jurídico es necesariamente antijurídica.

Existen determinadas conductas que, pese a lesionar típicamente un bien jurídico, están permitidas -e incluso impuestas- excepcionalmente, en la medida en que el daño social que ocasionan es menor que el que buscan evitar, o se encuentran expresamente autorizadas por otro sector del ordenamiento. Son las denominadas causas de justificación.

Por otra parte, en el ámbito de la culpabilidad, se encuentra como elemento integrante la exigibilidad del cumplimiento de los mandatos normativos a todos los ciudadanos, requerimiento que dependerá de las circunstancias que rodean la comisión del hecho punible. El cumplimiento de estos mandatos es una exigencia general aplicable a situaciones de normalidad, por lo que pueden concurrir circunstancias de carácter subjetivo que determinen que en particulares situaciones no se pueda exigir al autor de un hecho típico y antijurídico que no lo cometa, porque ello le significaría una carga personal muy gravosa, incompatible con el Derecho.

En esas circunstancias, se estima que la persona que comete un delito, no pudiendo cumplir un mandato normativo por implicarle un sacrificio excesivo, actúa bajo una causal de no exigibilidad de otra conducta.

El Código Penal peruano, en su artículo 20, reconoce varias eximentes de responsabilidad penal, entre las que se encuentra la prevista en el inciso 9, que a la letra dice: "Está exento de responsabilidad penal el que obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicios de sus funciones"(1).

Según MUÑOZ CONDE(2) "La naturaleza de esta eximente es discutida..." pues para algunos "... es auténtica causa de justificación; para otros solo una causa de inculpabilidad".

En efecto, tal como señala VILLAVICENCIO TERREROS(3), hay un debate abierto entre quienes sostienen que se trata de una causa de justificación y los que afirman, entre ellos el autor citado, que es más bien una causa de inculpabilidad en la medida en que constituye una situación de no exigibilidad de otra conducta.

Al respecto, QUINTERO OLIVARES(4) es de la opinión que no es correcto alegar que se trata de una causa de justificación, toda vez que la orden que vincula al ejecutor subordinado no puede ubicarse jerárquicamente por encima de otros valores de mayor importancia, por lo que, quien comete un delito obedeciendo a un superior, está impedido de excusarse señalando que obró justamente. En ese caso, la acción antijurídica no deja de serlo por tratarse del cumplimiento de una orden(5).

De otro lado, quienes piensan que es una causa de justificación(6) argumentan que, de no serlo, se admitiría que quien actúa en obediencia de una orden impartida por un superior jerárquico, puede ser pasible de una reacción justificada como legítima defensa, lo que no es correcto, toda vez que, tratándose del cumplimiento de una orden, no se estaría frente a una agresión ilegítima.

Otros autores asumen posiciones mixtas, llegando algunos incluso a sostener que la obediencia debida se puede concebir como causa de atipicidad cuando quien comete el delito lo hace al amparo de un deber específico de actuar (en nuestra opinión, en este caso no estaríamos frente a la eximente del inciso 9, sino más bien a la del inciso 8: ...el que obra en cumplimiento de un deber...).

Sin embargo, el estado actual de la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, es el de una mayoría a favor de considerarla una causa de inculpabilidad. Tal como indica ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Históricamente se ha pasado de considerarla mayoritariamente causa de justificación, a la actualidad en que generalmente la doctrina estima que es causa de inculpabilidad"(7), aun cuando la autora opta por una postura ecléctica.

En nuestra opinión, si se trata de casos en que el subordinado ejecuta la orden creyendo erróneamente en su licitud, estamos frente a una situación de error que deberá ser resuelta según las reglas del artículo 14 del CP, mientras que si el inferior jerárquico obra a sabiendas de la ilicitud de la orden, pero determinado por no tener otra alternativa de acción (no exigibilidad de otra conducta), la obediencia constituye una verdadera causa de inculpabilidad.

En el ámbito de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, caben dos posibilidades: que el ejecutor material obre en estado de necesidad exculpante, o que lo haga producto de miedo insuperable.

En el primer supuesto, el mandato antijurídico delictivo pone al inferior jerárquico en una situación sin alternativa, en la que debe decidir frente a dos males de igual jerarquía, u optando por el que considera el mal menor. En caso de miedo insuperable, el ejecutor subordinado, amenazado por un mal que le importaría un sufrimiento excesivo, y ante la imposibilidad de otras opciones, cumple la orden bajo un estado emocional inmanejable.

II. De los presupuestos del artículo 20 inciso 9

1. Orden antijurídica obligatoria

La obediencia debida, como bien lo señala su nombre, se presenta cuando el ejecutor de un hecho delictivo comete la acción en el cumplimiento de una orden impartida por alguien que se ubica en un orden jerárquico superior respecto de él, quien se encuentra en la obligación de obedecer sus instrucciones.

Lo primero que se debe tener en cuenta para la existencia de esta causal, es que la orden impartida debe ser siempre antijurídica, ya que, como explica MUÑOZ CONDE: "La eximente solo puede hacer referencia al cumplimiento, 'en virtud de la obediencia debida', de una orden antijurídica, porque, evidentemente, para eximir de pena por el cumplimiento de órdenes lícitas, no antijurídicas, no es necesario ningún precepto legal expreso"(8). Resulta claro que no tendría sentido que el Derecho Penal participe de hechos que no son antijurídicos, ya que este, en su calidad de última ratio, solo interviene cuando se vulnera un bien jurídico, y más precisamente, cuando se vulneran los bienes jurídicos más importantes.

En consecuencia, el sujeto que ejecuta la orden delictiva emanada de un superior, está cometiendo un hecho ilícito, pues, como sostiene QUINTERO OLIVARES, en materia de obediencia debida quien "realiza un tipo de delito, no será responsable penalmente, pero tampoco podrá declararse que obró justamente, pues en tal caso ni siquiera cabría la legítima defensa frente a ellos, ya que esta tiene por requisito esencial que ha de ejercitarse frente a agresiones ilegítimas"(9).

Se trata de órdenes antijurídicas obligatorias cuyo sustento se encuentra en asegurar el buen funcionamiento de la administración pública e instituciones jerarquizadas y que descansan sobre el principio de subordinación de la administración, indispensable para su funcionamiento, pues no resultaría dable que los inferiores jerárquicos tuvieran capacidad para evaluar órdenes superiores y decidir si a su criterio estas deben cumplirse.

Estas órdenes o mandatos antijurídicos obligatorios, como apunta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ(10), pueden ser ilícitos de diversa índole, pero para efectos de la eximente en comentario, interesa que sean delictivos, pues de lo contrario no tendría sentido su existencia.

En cuanto al conocimiento de la ilicitud de la orden por parte del subordinado, la misma autora sostiene que, dado que los subordinados no tienen facultades

para examinar o discutir la orden superior, para que sea admisible el error, basta que esta en apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal, esto es, que sea formalmente válida (teoría de la apariencia). Si se trata de una orden notoriamente delictiva, el ejecutor del mandato ilícito no podrá invocar error exculpante.

Al respecto, el inciso 7 del artículo 19 del Código de Justicia Militar, dispone que "Está exento de responsabilidad criminal...el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden sea notoriamente ilícita", con lo cual admite la posibilidad de exención por error del subordinado en cuanto a la licitud de la orden.

En cuanto a la naturaleza del error derivado de la equivocada apreciación sobre la licitud de la orden, existe discrepancia entre los autores nacionales, pues algunos alegan que se trata de un error de prohibición invencible (BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES), mientras que otros sostienen que es mas bien un error de tipo que excluye el dolo por tratarse de un actuar legítimo derivado del cumplimiento de un deber (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ).

2. Relación de subordinación idónea

Resulta relevante dilucidar si toda subordinación jerárquica califica para efectos de eximir de culpa. En otras palabras, ¿puede aceptarse la protección penal de obediencias que provengan de relaciones jerárquicas tan subjetivas como las familiares o laborales? La doctrina señala que no.

Autores como COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, anotan al respecto que: "Las relaciones de dependencia familiares o laborales se estiman insuficientes para excusar el cumplimiento de una orden dirigida a la realización de un delito; pero se acepta, en cambio, que puedan excusar la ejecución de una acción peligrosa que no se dirige a la realización de un resultado dañoso, aunque pueda provocarlo"(11) .

Se debe valorar la relación jerárquica entre ambos sujetos a fin de impedir que, alegando cualquier tipo de dependencia, se puedan cometer delitos al amparo de la excusa que quien los comete, se encuentra en una situación de subordinación jerárquica respecto de quien le transmite una orden. Por ejemplo, si "A", hermano mayor de "B", le imparte a este la orden de cometer un robo a mano armada en un establecimiento comercial, "B", luego de ser capturado, no puede alegar obediencia debida aduciendo que actuó bajo la orden de "A", debido a que este ocupaba una posición de mayor jerarquía en la familia. .

No solo basta la existencia de una jerarquía entre los sujetos, sino que esta tiene que darse en un ámbito determinado en el que el ejecutante deberá actuar siempre en su condición de subordinado, posición que no es aplicable a las relaciones familiares, toda vez que la norma hace alusión expresa a que la orden debe emanar de "autoridad competente" y haber sido expedida en

"ejercicio de sus funciones", conceptos que no son asimilables al ámbito familiar.

Conviene en este punto recurrir a la definición que aporta QUINTERO OLIVARES, quien puntualiza que la relación de subordinación es la "...posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto de otros, por imperativo del Derecho Administrativo, en cuya virtud nace para unos el deber de dar cumplimiento a lo que les ordenen en los modos propios de ese derecho y para los fines que corresponden a aquel sector de la administración pública".

Se asume que esta relación jerárquica debe estar especificada en la ley, pues tal como sostiene VILLAVICENCIO TERREROS, se requiere que "...exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro"(12). Restringir los ámbitos en los que se puede dar esta justificante, y limitarlos al Derecho público y militar (debidamente regulados), que por su naturaleza están estructurados sobre la base de un orden jerárquico, permite que no exista arbitrariedad en cuanto a la determinación de las relaciones de verticalidad que justifican la existencia de la obediencia debida.

3. Competencia del subordinado y el superior jerárquico

Cuando el inciso 9 en comentario señala que la orden debe emanar de autoridad competente, hace necesaria alusión a la condición de funcionario público del emisor de la instrucción, calidad que para efectos penales, tal como señalan SRAMONT ARIAS Y SRAMONT-ARIAS TORRES(13) se encuentra definida en el artículo 425 del Código Penal vigente.

Resulta trascendente el hecho de que el subordinado tenga competencia, es decir que la relación de subordinación sea legítima, lo que implica que debe ser funcional mente competente para recibir órdenes superiores. Si cualquier persona sin la debida legitimación alegara obediencia debida como causa de justificación, esta eximente perdería sentido, toda vez que requiere de una posición de subordinación jerárquica que justifique el acatamiento de la orden recibida, lo que no podría darse si el destinatario del mandato no fuera competente para ser el receptor, en cuyo caso no se trataría de un subordinado, sino simplemente de un coautor o cómplice.

Igual competencia se requiere para el superior que emite la orden, quien deberá expedirla en el ejercicio de sus funciones, es decir en el desempeño de la actividad pública para la cual ha sido investido por ley. Algunos autores sostienen que basta que el funcionario esté ejerciendo su función para que se cumpla este requisito, aun cuando la orden que emita exceda el ámbito de su competencia, mientras que otros señalan que la competencia del autoridad superior, exige que la orden emitida esté vinculada necesariamente a su capacidad funcional.

En nuestra opinión, para que la orden impartida tenga valor de eximente, no solo debe provenir de una autoridad superior, sino que debe corresponder al ámbito funcional de quien la emite, toda vez que de exceder su capacidad

funcional, resulta notoriamente excesiva y por tanto no acatable, en la medida en que estaría fuera de la esfera de obligaciones que le competen al subordinado jerárquico.

III. Obediencia debida, institutos militarizados y aparatos de poder organizados

Es muy frecuente que la eximente de obediencia debida sea alegada en la comisión de delitos por parte de integrantes de instituciones militarizadas (Fuerzas Armadas o Policía), en las que muchas veces el ejecutor de crímenes contra los derechos humanos es un miembro de inferior jerarquía que invoca en su defensa haber actuado por "orden superior".

Sin embargo, no es factible ampararse en la eximente de la obediencia debida cuando se trata de delitos que afectan bienes jurídicos de gran valor (vida, integridad física, personalidad, etc.), toda vez que, salvo raras excepciones, la amenaza de mal para el subordinado será de mayor o igual magnitud.

De hecho, esta causal de inculpabilidad ha sido expresamente proscrita por dos instrumentos internacionales como son, la Declaración sobre Tortura de las Naciones Unidas (artículo 5) y el Código Internacional de Conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, también de Naciones Unidas (artículo 5).

Vinculados a la problemática de la obediencia debida y los Derechos Humanos, aparecen aquellos casos en que la orden se da en el contexto en que tanto el superior como el subordinado pertenecen a aparatos de poder organizados, entendidos como organizaciones estructuradas de modo jerárquico lineal integradas por un número suficiente de ejecutores intercambiables.

En estos casos surge la duda de a quiénes corresponde asumir responsabilidad penal cuando los delitos son cometidos por sus integrantes.

A partir de la teoría de Roxín expuesta en su artículo "Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", publicado en 1963 para resolver los dilemas planteados respecto al enjuiciamiento de los nazis, se asume que la autoría mediata, además de darse por el dominio del hecho, puede acontecer por el dominio de la voluntad, variante dentro de la cual se ubica el denominado dominio en la organización.

Según MUÑOZ CONDE, refiriéndose al aparato de poder del gobierno nacionalsocialista alemán, en virtud de la teoría de ROXIN, es posible fundamentar "...una autoría mediata de quienes sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de esas órdenes"(14).

El autor mediato u "hombre de atrás", utiliza al ejecutor como un instrumento, lo que puede ocurrir en aquellos casos en que el primero ejerce el dominio sobre una organización criminal caracterizada por la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores materiales, quienes muchas veces no conocen siquiera al emisor de la orden, siendo verdaderos ejecutores anónimos que pueden ser cambiados por otros si es que no cumplen con realizar la orden.

Como subraya KAI AMBOS, "...en estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes"(15).

Dado que se trata de organizaciones criminales, no puede alegarse la existencia de obediencia debida por parte de los ejecutores materiales, que en estos casos se ubicarán en una situación de coautoría respecto de quienes impartieron las órdenes delictivas o se encuentran en control de la organización.

IV. Jurisprudencia

La jurisprudencia nacional en esta materia es escasa. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en el proceso seguido contra el sargento segundo de la Guardia Civil, Augusto Ojeda Valencia, por delito contra la libertad individual en agravio de Marcial Luza, declaró NULA la sentencia que condenaba al policía a 15 días de prisión condicional por haber detenido al agraviado. En este caso, la Corte razonó que:

"...el inculpado procedió en cumplimiento de orden superior, lo que comprobó al exhibir el telegrama del Prefecto del Departamento que impartió la orden...afirmándose en ella que el mencionado Luza Velásquez era objeto de denuncias graves..." (16)

Se opta por anular la sentencia condenatoria atendiendo a que, independientemente de que la orden de detención haya sido arbitraria, y por lo tanto delictiva, la apariencia formal de la misma justifica el error sobre la licitud de la orden superior, toda vez que constaba en un documento formal y se encontraba razonablemente motivada.

De igual forma, en el proceso seguido contra Grover Florentino Requena Paitán, por la comisión de delito contra la libertad de trabajo en agravio de Humberto Luis Obregón Zegarra, caso en el que el agraviado, que tenía la condición de trabajador contratado en la Micro Región Satipo, de la cual era administrador el inculpado, fue cesado en el cargo por este, la Corte Suprema resolvió confirmar la sentencia absolutoria, toda vez que:

"...efectivamente le cursa al agraviado el Memorando N° 018-91, pero lo hace en cumplimiento del Memorando W 093-91-DS/RJ, en donde el Director Sub Regional le reitera que deberá suspender el acto del ingreso de personal que no tenga la condición de nombrado...desprendiéndose que el acusado se limitó a ejecutar una orden de su superior jerárquico"(17)

En este caso, la Corte razona a favor de la existencia de una orden formal emanada de autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, superior jerárquico del inculpado. Más allá de que en la propia sentencia, luego de que haya afirmado que no se cumplían los presupuestos del delito, de haberse tratado de una orden con contenido delictivo, el procesado hubiera quedado exento de responsabilidad ya sea porque obró llevado a error por la apariencia de licitud de la orden, o porque siendo consciente de su ilicitud, el temor a ser sancionado o separado de su función en caso de incumplimiento, lo ubicaba en una situación de no exigibilidad.

DOCTRINA

BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". San Marcos. 4ª edición. Lima. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". San Marcos. 2ª edición. Lima, 2002. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Grijley. Lima, 1999. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Marcial Pons. 1992. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 1998. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. ZAFFARONI, Eugenia Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Ediar. Buenos Aires, 2000. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Las causas de justificación en el Derecho Penal". Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

"Procede absolver a los soldados integrantes de una patrulla, quienes si bien estaban en la obligación de denunciar a sus superiores los hechos ilícitos de favorecimiento y facilitación del tráfico de drogas cometidos por determinados oficiales; cabe destacar que tal denuncia no pudo realizarse en razón de que los mismos involucrados eran sus superiores, a quienes debían respeto y obediencia según la normatividad castrense, habiendo sido incluso amenazados, presionados y coaccionados por dichos oficiales, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar; consecuentemente se encontraban sujetos a las relaciones de superior a inferior jerárquico, relación que se da en el Derecho militar, donde las órdenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones, bajo sanción de ser sometidos a la justicia militar por delito de desobediencia; por lo que esta conducta se encuentra debidamente tipificada en el inciso noveno del artículo 20 del Código Penal".

(Sentencia 09/07/96. 1º Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Junín. Exp. 983-95).

"No se justifica la atenuante consignada como obediencia jerárquica imperfecta, puesto que es elemental comprender el carácter criminal de los actos de tortura y eliminación de las víctimas, bajo el pretexto de investigar alguna vinculación de estas con alguna organización subversiva".

(Ejecutoria Suprema 26/03/99. Exp. 49-99. Lambayeque).

"No se ha llegado a acreditar fehacientemente la responsabilidad penal de los encausados en la comisión del delito de abuso de autoridad, puesto que obraron en su condición de efectivos policiales subalternos, limitándose solo a cumplir el mandato superior impartido por su capitán y coprocesado, conforme se advierte de las propias declaraciones de este; por lo que en aplicación del artículo 20 inciso 9 del Código Penal, es del caso absolverlos, por resultar exentos de responsabilidad penal".

(Ejecutoria Suprema 25/05/98. Exp. 196-98. La Libertad).

- (1) La consideración particularizada, aclara ZAFFARONI, proviene de los Códigos de tradición inglesa, y más precisamente, de la exposición que hizo Blackstone; institución que es ajena a la influencia francesa -Códigos Penales de 1791 y 1810-, pero que se reconoció en el artículo 122 del Código de Baviera de 1751 reconduciéndola exclusivamente a la orden emanada de una autoridad, al igual que el Código español de 1822 (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Ediar. Buenos Aires, 2000. Pág. 725 Y sgte.).
- (2) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. Pág. 109.
- (3) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". 3ª edición. Grijley. Lima, 2001. Pág. 126.
- (4) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Marcial Pons. Madrid, 1992. Pág. 513.
- (5) Adopta esa posición en la doctrina nacional, PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Grijley. 1999. Pág. 504.
- (6) Así en la doctrina nacional, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". San Marcos. 2ª edición. Lima, 2002. Pág. 291; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. 1998. Pág. 335.
- (7) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Las causas de justificación en el Derecho Penal". Lima, 2001. Pág. 336.
- (8) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del delito". Op. Cil. Pág. 107.
- (9) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Reedición de la 2ª edición. Pág. 513.
- (10) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. Cil. Pág. 339.
- (11) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 532.
- (12) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 130
- (13) BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Código Penal Anotado". San Marcos. 4ª edición. Pág. 63.
- (14) Materiales de lectura. Seminario Internacional: "Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación". Lima, Julio 2003.
- (15) Materiales de lectura. Seminario Internacional: "Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación". Lima, Julio 2003.
- (16) "Revista de Jurisprudencia Peruana". Pág. 1243. Expediente 1231/59-Cusco.
- (17) "Normas Legales", Setiembre 1995. Expediente N° 137-93-Junfn.

EL CONSENTIMIENTO

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 1,2.1

C. P.P. arts. 71, 72, 130, 204, 205

C.C. arts. 5, 6, 7,9, 12

C.P. arts. 114-116, 119

Comentario

Julio Rodriguez Delgado

I. El consentimiento

Nuevamente, el legislador ha considerado pertinente tipificar una causa de justificación, en donde pone de relieve la importancia en la sociedad actual del ejercicio de la libertad. En este orden de ideas, conviene destacar que, aun cuando nos parezca una causa de justificación poco conflictiva, la práctica ha determinado que su problematización sea bastante abundante.

Breve esquema:

1. Estado de la cuestión.

2. Las teorías sobre la naturaleza y ubicación sistemática del consentimiento.

A. La teoría monista: Bustos Ramírez.

B. La teoría dualista: Mir Puig, Jescheck.

a. El consentimiento como causa de exclusión del tipo o de atipicidad: el acuerdo.

b. El consentimiento como causa de justificación: el consentimiento propiamente dicho.

c. Diferencias entre acuerdo y consentimiento.

3. Características y requisitos del consentimiento.

4. Ámbito de aplicación del consentimiento.

5. Consentimiento presunto.

El Código Penal de 1991, a diferencia del Código de Maúrtua, establece como un supuesto expreso de atipicidad(1) lo que la dogmática penal denomina

"consentimiento de la víctima". Sin embargo, en las esferas de la comunidad científica vinculada al Derecho Penal resulta muy problemática la naturaleza y ubicación sistemática de dicha institución(2). En otras palabras, el estado de la discusión actual implica determinar "si el consentimiento eficaz es una causa de atipicidad o de justificación, respecto de lo cual reina la controversia"(3).

En la doctrina actual nacional no existe uniformidad respecto a la teoría que se sigue para la naturaleza jurídica del consentimiento(4). Por otra parte, en la doctrina extranjera, "existe un posicionamiento bastante equilibrado entre ambas tesis:

la dualista o de la diferenciación (que es la tradicional) y la unitaria, monista o de la unificación. Es decir, entre quienes afirman que el consentimiento eficaz puede ser, según los casos, causa de atipicidad o de justificación y quienes entienden que solo puede ser causa de atipicidad."(5) De acuerdo a los criterios establecidos en la doctrina tradicional, la atipicidad se correspondería con los denominados casos de "acuerdo" o "conformidad", y la justificación con los de "consentimiento" en sentido estricto (6). Por su parte, y en sentido opuesto, para la teoría unitaria no tendría relevancia tal diferenciación y se centraría exclusivamente en el consentimiento(7).

Ahora bien, hay que recalcar que para la doctrina dualista tradicional el acuerdo (que se entiende como una causal de atipicidad) tendría un carácter más fáctico-concreto, frente al consentimiento (que operaría como una causa de justificación), que tiene una preponderancia de naturaleza jurídica(8). Tomando en cuenta la citada diferenciación acuerdo-consentimiento, se darían, en cuanto a sus requisitos, las siguientes confrontaciones respectivas: voluntad interna sin necesidad de manifestación al exterior, frente a voluntad cognoscible en el mundo exterior; y voluntad natural sin necesidad de capacidad de comprensión, frente a capacidad de comprensión. De ello se derivarían consecuencias diferentes en cuanto a los presupuestos para su eficacia: entre otras, por ejemplo, los vicios de voluntad (error, engaño o fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo pero convertirían en ineficaz el consentimiento.

En tal sentido, el acuerdo concurriría en aquellos tipos cuya acción típica presupone ya conceptualmente -en atención a los términos expresados en la descripción de la conducta típica- un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (invito laeso) y excluiría la tipicidad por excluirse de antemano la lesión del bien jurídico protegido. Ello sucedería, verbigracia, en los delitos de coacción, detenciones ilegales, violación de domicilio o hurto por la falta de lesión de, respectivamente, los bienes jurídicos, libertad de manifestación de voluntad, libertad ambulatoria, intimidad de morada o patrimonio(9).

Por ello, puede deducirse que, en virtud de los planteamientos, argumentaciones y críticas recíprocas de los defensores (o algunos de ellos) de las teorías unitaria y dualista, las diferencias en cuanto a los efectos atipicidad y justificación radican fundamentalmente en el siguiente aspecto: "en que el concepto bien jurídico viene determinado, en algunos casos y de forma exclusiva, por el valor de la facultad de disposición sobre el objeto de disposición. Ello decidiría, respectivamente, la imposibilidad de lesión del bien

jurídico o, por el contrario, su posible lesión, pero justificada"(IO). Por el contrario, sobre la base de su ubicación sistemática, se considera el consentimiento como una causa de exclusión al tipo, esto escama una negación de la tipicidad positiva, que genera la atipicidad de la conducta(II).

1. Diferencias entre acuerdo y consentimiento

A. En el acuerdo se trataría solo de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado en el exterior; por el contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones(12), de manera indubitable, por ello se dice que se trata de una expresión de voluntad manifiesta.

B. El acuerdo supondría para su eficacia solo la voluntad "natural" de la víctima, incluso cuando a esta le falte la capacidad de comprensión por su edad juvenil (inimputabilidad por minoría de edad) o por una perturbación mental (inimputabilidad por enfermedad mental). En el consentimiento, por el contrario, es presupuesto material de su eficacia que el afectado "goce de juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras."(13). Tomando los ejemplos de la dogmática, si el autor da lugar a que un niño incapaz de entendimiento le "regale" su billetera, no existe hurto porque falta el quebrantamiento de la custodia, esto es el sujeto no substraer para trasladar el bien de la esfera de vigilancia de la víctima e incorporarlo a su esfera de dominio (pero, tal vez dadas las circunstancias particulares del caso, podría tratarse de apropiación ilícita o de estafa)(14). De igual manera, también el consentimiento en una lesión (tratándose de una riña o pelea) habrá que considerarlo ya ineficaz si el que consiente se encontraba en estado de ebriedad(15).

C. Los vicios de la voluntad tradicionalmente aceptados (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero harían ineficaz el consentimiento.

Verbigracia, aquel que mediante simulaciones astutas da lugar a que el propietario de la vivienda le autorice la entrada, no comete violación de domicilio, a menos que se le solicite salir de la vivienda y permanezca en la misma. Muy por el contrario, en el consentimiento los vicios de la voluntad serán contemplados como relevantes. En ellos se basa sobre todo la extensa jurisprudencia sobre el deber de información médica previo a las intervenciones curativas. La intervención del médico se estima como lesión corporal típica al bien jurídico salud individual, pero justificada por el consentimiento del paciente. Sin embargo, según permanente jurisprudencia extranjera, el consentimiento es solo eficaz cuando merced a la información médica se otorga libre de error; si falta aquella, el médico será castigado por lesiones(16).

D. Por su parte, de la diferente ubicación sistemática del acuerdo y del consentimiento se pueden derivar soluciones distintas para el caso en que el autor desconozca una aprobación efectivamente existente del titular del bien jurídico. En los casos de acuerdo, tan solo entra aquí en consideración una tentativa porque no se llega a configurar el tipo objetivo, y en este orden de

ideas, es obvio que el dolo delictivo del autor se dirige a un objeto inidóneo(17). Si, por el contrario, en unos daños o en unas lesiones, el autor no conoce de la existencia del consentimiento de la víctima, se puede llegar a la aceptación de un delito consumado porque desde este punto de vista se da un resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización. A decir verdad, la mayoría de los autores en dogmática extranjera(18) que considera el consentimiento como causa de justificación quiere emplear directamente o por analogía las reglas de la tentativa, llegando así al mismo resultado que en el desconocimiento de un acuerdo. Sin embargo, esto requiere una fundamentación y sustentación adicional, que definitivamente no es necesaria en el acuerdo(19).

E. Otro tanto puede decirse en la suposición errónea inexistente(20). Si la misma afecta al acuerdo, excluye sin más el dolo: quien supone el permiso del titular del derecho sobre el acceso o no a un domicilio o del titular de la custodia de un bien mueble, no tiene dolo de invadir o de sustraer. Quien por el contrario, en unas lesiones o en unos daños, supone por error un consentimiento de la víctima, yerra según la doctrina dominante sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, lo que constituye un error de tipo negativo(21).

2. Características del consentimiento:

A. Se entiende el consentimiento como la facultad que el ordenamiento le reconoce a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos, como la vida o la integridad física.

B. El consentimiento implica la capacidad para disponer, que no tiene necesariamente que coincidir con la capacidad civil, pero que igual que esta exige unas facultades para comprender el significado de sus actos por parte de quien consiente.

C. Cualquier vicio esencial de voluntad de quien consiente invalida el consentimiento. .

D. El consentimiento tiene que ser otorgado ex ante de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo. Cualquier tipo de error sobre la existencia del consentimiento debe ser tratado conforme a las reglas del error en las causas de justificación(22). El consentimiento otorgado ex post no tiene valor como justificación de la conducta, no obstante resulta indistinto - desde una perspectiva práctica- el otorgamiento del consentimiento de manera antecedente, concomitante o subsecuente, pues en los tres casos se generaría una impunidad de la conducta realizada.

3. Requisitos del consentimiento

A. No es preciso que el sujeto que consiente disponga de la capacidad jurídico-civil para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias

esenciales de su consentimiento, ello para el caso de ciertos actos de disposición que harían de la vida cotidiana un sin fin de problemas jurídicos. No obstante ello, para el caso de delitos que señalan límites de edad más elevados o más bajos, el consentimiento pierde todo valor como causa de justificación(23). Verbigracia, el Código Penal considera violación sexual presunta la practica del acto sexual sobre una persona menor de 14 años (artículo 173 Código Penal), siendo absolutamente ineficaz su consentimiento aunque tenga discernimiento natural(24).

B. Existen problemas en dogmática respecto de la necesidad de una manifestación externa del consentimiento. Anteriormente, se contraponían la teoría de la declaración de voluntad, que exigía manifestación externa como en un negocio jurídico, y la teoría de la dirección de voluntad, que se contentaba con la conformidad interna del afectado(25). En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (solo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho Civil. Ello, sin embargo, no es óbice a que algún caso la norma pueda requerir que el consentimiento se manifieste expresamente, como lo hacen los artículos 155 y 156 del Código Penal español en los referente al delito de lesiones, y también el artículo 417 bis del citado texto legal, en lo concerniente al delito de aborto. En cualquier caso, debe entenderse que el consentimiento no puede producirse con posterioridad (sin perjuicio de la posibilidad del consentimiento presunto)(26).

C. Existe una interrogante respecto a la necesidad de que el autor conozca el consentimiento. La dogmática en este sentido refiere que no es preciso que el autor tenga conocimiento del "acuerdo" -si este es reconocible externamente, según lo dicho- para que quede desplazado el tipo de delito de que se trate. No obstante, quien actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por tentativa in idónea, de acuerdo al texto español. Sin embargo, el supuesto de tentativa inidónea dentro de nuestra legislación constituye un caso de atipicidad (artículo 17 del Código Penal). Hay que recalcar que la efectiva existencia del consentimiento hace desaparecer el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, siquiera de forma inidónea, realizarlo. En cuanto al "consentimiento justificante", su desconocimiento plantea la problemática general de falta del elemento subjetivo de justificación, esto es, que toda causa de justificación requiere adicionalmente a los presupuestos objetivos, la presencia de un elemento subjetivo, que consiste en que el que invoca la causa de justificación conozca que está actuando al amparo de la misma(27).

D. Por su parte, MIR PUIG(28) refiere que en estos casos no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad. La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño solo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos (pues allí se aprecia disponibilidad del bien jurídico), el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir (de igual manera resulta incuestionable que el sujeto está realizando actos de disposición del bien jurídico), cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. No obstante, el citado autor señala que

existe error en los motivos cuando afecta solo a la razón o motivo por el cual se consiente.

II. Ámbitos de aplicación del consentimiento

1. En los delitos contra la vida humana resulta indudable que nuestra norma sustantiva no concede ninguna eficacia eximente al consentimiento. En este sentido, el sistema de justicia penal reconoce el carácter de irrenunciable del derecho a la vida, lo que puede fundarse ya sea en la consideración de la vida humana y/o de la prohibición de matar a otra persona como bienes dotados de un valor social que trasciende al interés particular de su titular, ya sea en el hecho de .

que, a diferencia de otros derechos fundamentales, la renuncia a la vida es irreversible(29), Nuestro ordenamiento legal, de forma coherente, castiga (atenuadamente) aquellos actos de disposición sobre la vida que haga un tercero respecto de su titular (artículo 112 del Código Penal).

2. En el aborto el consentimiento de la embarazada resulta tener una pena más agravada respecto al delito de autoaborto (artículo 114 del Código Penal), aunque el citado artículo tiene una redacción confusa, toda vez que parece aplicar la misma pena a la mujer que se practica el aborto por sí misma y a la persona que con el consentimiento de la mujer se lo practica. No obstante ello, dicho tipo penal, resulta castigar tan solo a la mujer, estableciendo un castigo en su condición de autora mediata mediante instrumento punible(30) como lo señala el artículo 115 que establece el castigo para el aborto consentido. Adicionalmente nuestra norma prevé supuestos en donde existen circunstancias especiales para una aplicación atenuada o eximente de penalidad (aborto terapéutico, eugenésico o sentimental). Sin embargo, en la legislación española se establece una sanción para aquella persona que con el consentimiento de la gestante. causa un aborto, no la exime, pero le atenúa la pena: el artículo 144 del Código Penal español castiga el aborto sin consentimiento con mayor pena que la que prevé el artículo 145 para el consentido(31). No en todos los casos el consentimiento opera como causa de justificación independiente, sino como presupuesto del conflicto entre la vida del feto y los intereses de la madre que sirve de base al eximente en caso del aborto terapéutico, pues sin consentimiento de la mujer no existe tal conflicto. No obstante ello, no es aplicable para las otras modalidades de aborto (sentimental o eugenésico) pues en estos casos el legislador ha establecido una pena privativa de libertad no mayor de tres meses, lo que en la práctica implica una modalidad de despenalización(32) ,

3. El consentimiento en las lesiones. Es indudable que el bien jurídico integridad física es disponible por su titular, pero es discutible si el mismo debe protegerse penal mente como intereses exclusivamente privados y/o renunciables. Tal vez la respuesta no pueda ser uniforme para todo el ámbito de la integridad física y la salud, pues son bienes distintos los casos que comprenden desde la mutilación de un miembro principal hasta golpes, malos tratos o agresiones mutuas(33).

Resultan casos muy particulares las intervenciones médicas (cirugía estética, esterilizaciones, entre otros) o incluso el supuesto vinculado a la práctica de

ciertos deportes -boxeo, fútbol, entre otros de contacto físico-(34). Un caso muy particular lo constituyen los supuestos de vinculados al transplante de órganos, en donde el consentimiento, libre, consciente y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal con arreglo a lo dispuesto en la ley de la materia. Más emblemáticos son los supuestos de esterilizaciones realizadas por médicos, sobre todo por el cuestionamiento de las mismas durante el Gobierno anterior, pues había duda si dicho consentimiento se habría obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o si el otorgante fue menor de edad o incapaz, en cuyo caso resulta evidente que no será válido el prestado por este ni por su representante(35). Para finalizar, los supuestos de auto-lesiones quedan excluidos, pues se trata de la disposición que hace el propio titular de su bien jurídico; en este sentido, siguiendo a MIR PUIG(36), no creo que se pueda reputar punible la participación en una autolesión (induciendo o cooperando con ella).

4. En los delitos culposos. La estructura de los delitos culposos está basada en la presencia de dos elementos: el resultado lesivo y la violación de la norma de cuidado. Por lo tanto, se presenta un primer problema vinculado a si el consentimiento alcanza a la conducta descuidada o a la producción del resultado(37). Muchas veces el consentimiento del sujeto abarca tan solo la conducta descuidada que pone en peligro la integridad física o la vida, sin que ello necesariamente suponga que se consienta en el eventual resultado(38). Sin embargo resulta importante destacar que el sujeto por lo menos acepta el riesgo que la conducta vulnerante de la norma de cuidado ha generado. Verbigracia, en los casos en que el acompañante (copiloto) consiente en que el conductor maneje imprudentemente (excediéndose de la velocidad permitida), pero no por ello consiente en tener un accidente y sufrir algún tipo de lesiones. Resulta muy inusual que se consienta en la lesión, sobre todo si se tiene en cuenta que el Derecho Penal no puede prohibir resultados(39). Lo que es importante establecer es si, en tales casos, puede resultar eficaz el consentimiento que solo alcanza a la acción (transgresora de la norma de cuidado) y no al resultado, para eximir en caso que se produzca el resultado lesivo. Compartiendo el criterio de MIR PUIG(40), entiendo que es suficiente que el consentimiento se refiera a la conducta descuidada para que podamos hablar de su aplicación como causa de justificación(41).

Ahora bien, son más complicados los casos de delitos culposos en los que resulta la muerte del que consiente. "No habría duda de que la respuesta deberá ser negativa si el objeto del consentimiento se considerase que ha de ser el resultado de muerte, puesto que nadie puede consentir eficazmente en su muerte"(42).

Por otro lado, es mucho más cuestionable si el consentimiento solo se refiere a la conducta imprudente, puesto que no es tan grave el riesgo para la vida como el resultado de muerte. En este sentido, un sector de la doctrina admite la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida(43), pues según se refiere, es un derecho de la persona vivir peligrosamente. Hay que tomar en cuenta que la vida postmoderna no solo valora el riesgo y lo considera como un mecanismo dinamizador de la sociedad, sino inclusive para algunas personas implica un modo de vida (deportes de aventura, deportes de alto riesgo, deportes de velocidad, deportes extremos, entre otros).

No obstante lo anteriormente mencionado, hay que diferenciar los casos del que consiente en que otra persona le ponga en peligro de muerte, del supuesto de quien se pone a sí mismo en peligro de forma descuidada y solicita u obtiene el auxilio de terceros. En este caso cabe admitirse la impunidad de los partícipes porque el supuesto es estructuralmente coincidente con la cooperación o ayuda al suicidio prevista en el artículo 113 del Código Penal (supuesto especial en donde se castiga solo al partícipe sin que exista autor del hecho, como excepción del principio de accesoriedad limitada), pero es de recalcar que dicho supuesto no se haya previsto en la ley. Por ende, se trata de una conducta de participación en un hecho imprudente, no admitido en nuestra doctrina y legislación, lo que genera que no pueda castigarse si la norma no considera típico el hecho principal (accesoriedad limitada de la participación). En consecuencia, es indiscutible que es impune el hecho principal de ponerse a uno mismo en peligro, como lo es el propio suicidio, y si a la misma razón le corresponde el mismo derecho, exactamente igual tiene que ser la respuesta jurídico-penal para la inducción o instigación a otro a ponerse en peligro de morir(44).

III. Consentimiento presunto El consentimiento presunto constituye una causa de justificación de particular naturaleza, pues pone de manifiesto que desde una perspectiva práctica (como se señaló líneas arriba) resulta indistinto si el consentimiento fue otorgado el< ante, subsequens o concomitans, pero que, sin embargo, conecta con la posibilidad del consentimiento por el titular del bien jurídico(45). Este supuesto busca evitar que, en aquellos casos en los cuales el consentimiento que pudiera prestarse eficazmente conforme a la situación, ni existe ni puede tampoco ser recabado a tiempo, pero que su titular en las mismas circunstancias lo hubiese otorgado.

Verbigracia, ya sea porque el titular del bien jurídico o su representante no resultan localizables, o porque el enfermo precisa urgentemente de tratamiento, ha perdido el conocimiento, pero cuya prestación hubiera sido previsible con seguridad según una consideración objetiva y ex ante de todas las circunstancias. Según JESCHECK(46" a este grupo de supuestos resulta asimilable el caso en el que el titular del bien jurídico hubiera renunciado ciertamente a ser preguntado respecto al otorgamiento del mismo, teniendo la misma eficacia del consentimiento presunto. Es de resaltar que lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad ex ante de que el titular consentiría. Incluso, no dejará de eximir aunque luego (ex post) resulte que, contra todo pronóstico, el titular del bien jurídico no aprueba la intervención(47'.

En este orden de ideas, el autor antes citado distingue dos grupos de casos en los que entra en consideración el consentimiento presunto.

1. En primer lugar, puede referirse a colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse a través de una intervención desde fuera, porque no pueda tomarse a tiempo la decisión propia. Este supuesto se aproxima al estado de necesidad justificante (de acuerdo al denominado auxilio necesario cuando el bien jurídico en juego corresponde a uno de menor valor que el preservado), dado que también aquí debe

ponderarse si un interés supera esencialmente al otro. La diferencia radica en que los intereses implicados corresponden a una misma persona, y la elección respecto a consentir ha de hacerse por un tercero, aunque le hubiese correspondido al titular hacerla, y el tercero no es competente para tomar dicha decisión, y en que la presumible voluntad del titular del bien jurídico resulta siempre decisiva. Verbigracia: el médico que practica al herido grave, que ingresa en estado de inconsciencia, una amputación que no puede demorarse bajo riesgos adicionales(48).

III. Consentimiento presunto El consentimiento presunto constituye una causa de justificación de particular naturaleza, pues pone de manifiesto que desde una perspectiva práctica (como se señaló líneas arriba) resulta indistinto si el consentimiento fue otorgado ex ante, subsequens o concomitans, pero que, sin embargo, conecta con la posibilidad del consentimiento por el titular del bien jurídico(45). Este supuesto busca evitar que, en aquellos casos en los cuales el consentimiento que pudiera prestarse eficazmente conforme a la situación, ni existe ni puede tampoco ser recabado a tiempo, pero que su titular en las mismas circunstancias lo hubiese otorgado.

Verbigracia, ya sea porque el titular del bien jurídico o su representante no resultan localizables, o porque el enfermo precisa urgentemente de tratamiento, ha perdido el conocimiento, pero cuya prestación hubiera sido previsible con seguridad según una consideración objetiva y ex ante de todas las circunstancias. Según JESCHECK(46), a este grupo de supuestos resulta asimilable el caso en el que el titular del bien jurídico hubiera renunciado ciertamente a ser preguntado respecto al otorgamiento del mismo, teniendo la misma eficacia del consentimiento presunto. Es de resaltar que lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad ex ante de que el titular consentiría. Incluso, no dejará de eximir aunque luego (ex post) resulte que, contra todo pronóstico, el titular del bien jurídico no aprueba la intervención(47).

En este orden de ideas, el autor antes citado distingue dos grupos de casos en los que entra en consideración el consentimiento presunto.

1. En primer lugar, puede referirse a colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse a través de una intervención desde fuera, porque no pueda tomarse a tiempo la decisión propia. Este supuesto se aproxima al estado de necesidad justificante (de acuerdo al denominado auxilio necesario cuando el bien jurídico en juego corresponde a uno de menor valor que el preservado), dado que también aquí debe ponderarse si un interés supera esencialmente al otro. La diferencia radica en que los intereses implicados corresponden a una misma persona, y la elección respecto a consentir ha de hacerse por un tercero, aunque le hubiese correspondido al titular hacerla, y el tercero no es competente para tomar dicha decisión, y en que la presumible voluntad del titular del bien jurídico resulta siempre decisiva. Verbigracia: el médico que practica al herido grave, que ingresa en estado de inconsciencia, una amputación que no puede demorarse bajo riesgos adicionales(48).

2. En segundo lugar, se presentan aquellos supuestos en donde se requiera del afectado la renuncia de intereses propios en beneficio del autor o de un tercero. En este caso, la presunción de que el titular está de acuerdo descansa en su escaso interés respecto a la conservación del bien correspondiente, o en razones especiales concernientes a la persona del implicado. Ejemplos: los niños recogen la fruta caída de un árbol en un año de exceso de producción, alguien utiliza la bicicleta del amigo para no perder el autobús que está por partir, la empleada del hogar que regala a un mendigo el traje viejo de su señor<49).

DOCTRINA

DE VICENTE REMESAL, Javier. "Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad? En: Cuestiones actuales de la Teoría del Delito. Mir Puig y Luzón Peña (coordinadores). Monografía. Ciencias jurídicas. Madrid, 1999. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". San Marcos. 2ª Edición, Lima 1998. VILLACENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 3ª edición. Lima, 2001. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". 4ª edición. San Marcos. Lima, 1998. CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tomo 11. Tecnos. Madrid, 1994. JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993.

JURISPRUDENCIA

"La solicitud del denunciante peticionando 'licencia sin goce de haber por razones de estudio durante el mes de febrero', justifica la retención del cheque de remuneraciones a que se contrae la denuncia, por lo que no existe delito de abuso de autoridad, al haber actuado el encausado dentro de lo dispuesto por el inciso diez del artículo veinte del Código Penal".
(Ejecutoria Suprema 25/06197. Exp. 572-97. Ancash).

"Si bien el acto sexual lo realizó con consentimiento de la agraviada, no habiendo mediado para ello fuerza o amenaza alguna, ello no lo exime de su responsabilidad, ya que se trata de una menor que no tiene control racional sobre su conducta sexual, por lo que su aceptación no puede tenerse en consideración".

(Ejecutoria Suprema 10/01/00. Exp. 4385-99. Amazonas).

"Si bien es cierto que las cópulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, esta no tiene capacidad plena para disponer de su

libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores de edad, así como también su inocencia, cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictivos".

(Ejecutoria Suprema 07/05/99. Exp. 797-99. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 99).

"Si se ha acreditado que el procesado estuvo ocupando con anterioridad parte del inmueble en forma pacífica y con el consentimiento de la agraviada, no concurren los elementos del delito de usurpación".

(Resolución Superior 19/06/98. Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres.

Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1415-98).

"En el delito de falsificación de documentos, si bien el consentimiento de la

persona cuya firma fue falsificada no exime de pena al inculpado, al ser el Estado el titular del bien jurídico, puede tomarse en cuenta para disminuir la pena por debajo del mínimo legal".

(Sentencia 31/05/99. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Puno. Exp. 31-L-1-98. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de Jurisprudencia sistematizada". Pág. 99).

"El ejercicio de la acción, en los delitos contra el honor, es privado, por lo que al ser un bien jurídico disponible el consentimiento excluye la responsabilidad, no existiendo infracción cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento; siendo así, estamos ante una causa excluyente de la antijuridicidad, pues el titular al consentir los ataques los legitima, conforme al inciso décimo del artículo 20 del Código Penal".

(Resolución Superior 31/03/98. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 378-98).

"En nuestro ordenamiento jurídico-penal practicar el acto sexual con una menor de edad constituye delito, debido a que no tiene una madurez psicológica suficiente para saber la gravedad del hecho y por lo tanto su consentimiento no es válido".

(Ejecutoria Suprema 07/05/99. Exp. 935-99. Junín.

"Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 96).

"Los actos imputados consistentes en impedir el ingreso al agraviado a su local comercial, adoptados por acuerdo de asamblea de propietarios y como mecanismo de presión para el pago de cuotas de mantenimiento, no resulta un hecho punible, pues el inculpado solo se limitó a cumplir con un acuerdo de asamblea suscrito, entre otros, por el propio agraviado".

(Resolución Superior 23/03/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 6633-97).

"No se da el elemento de tipicidad objetiva constituido por el engaño, al haberse producido las relaciones sexuales de mutuo acuerdo y sin que en ningún momento el inculpado le haya ofrecido matrimonio o realizado alguna otra promesa que no haya cumplido, más aun si ambos se hallan en vida convivencia/".

(Resolución Superior 13/05/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 80-98).

"Si el acto sexual practicado entre el procesado y la menor agraviada fue realizado con consentimiento, con pleno conocimiento, por voluntad propia y mutuo acuerdo, y sin existir engaño ni violencia de por medio, la conducta de viene en atípica".

(Resolución Superior 26/01/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 5915-97).

"Se imputa al procesado que en su calidad de vendedor y cobrador de la empresa se ha apoderado ilícitamente y en forma sistemática de dinero que se encontraba obligado a entregar al propietario de la empresa antes mencionada, correspondiente a facturas pendientes de cancelar. Las afirmaciones del procesado en el sentido de que el agraviado dio su consentimiento para retener parte del dinero cobrado, al no estar corroboradas por documento alguno ni medio probatorio idóneo, son argumentos que no enervan su responsabilidad en la comisión del ilícito penal imputado".

(Resolución Superior 19/05/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 188-98).

(1) Hay recalcar que el punto de partida para comprender si estamos ante un supuesto de atipicidad o de justificación, pasa por tener en cuenta que para las dos teorías finalistas (la bipartita --elementos negativos del tipo- y la tripartita -finalismo tradicional-) la ubicación sistemática y las consecuencias de ello son distintas a efectos teóricos y prácticos. Verbigracia, para emitir un auto de no ha lugar.

(2) Tomado de DE VICENTE REMESAL, Javier. "Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad? En: Cuestiones actuales de la Teoría del Delito. Mir Puig y Luzón Peña (Cordinadores). Monografía. Ciencias jurídicas. Madrid, 1999. Pág. 118.

(3) DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. 1999. Pág. 118.

(4) Al parecer, en doctrina nacional se confunde la tesis a seguir; a favor de la tesis monista se puede consultar BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Código Penal anotado". San Marcos. 2ª Edición, Lima 1998. Págs. 203 y sgtes.; en sentido contrario, esto es a favor de la tesis dualista, se puede analizar VILLACENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". Grijley. 3ª edición. Lima, 2001. Pág. 132.

(5) DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. Págs. 118 y sgtes.

(6) En el mismo sentido, se puede consultar VILLACENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. 2001. Pág. 132.

- (7) Tomado de DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. 1999. Pág. 119.
- (8) En sentido similar se puede ver DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. Pág. 122.
- (9) Más detalle se puede consultar en DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. Pág. 122.
- (10) DE VICENTE REMESAL, Javier. Op. Cil. Págs. 127 y sgte.
- (11) En el mismo sentido se puede ver ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Civitas. Madrid, 1997. Págs. 517.526.
- (12) En el mismo sentido consultar ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 513.
- (13) ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 513 y sgte.
- (14) Tomado de ROXIN, Claus. Op. Cil. 513.
- (15) Para más ejemplos se puede consultar ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 513 y sgte.
- (16) Para más ejemplos se puede ver ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 514.
- (17) En la legislación nacional la tentativa inidónea, ya sea por el medio empleado o por el objeto sobre el cual recae la acción penal, constituye un supuesto atípico (artículo 17 del Código Penal), es decir, no existe castigo alguno, ya que en estos casos ni siquiera existe puesta en peligro del bien jurídico (principio de lesividad) de acuerdo a lo preceptuado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.
- (18) Tomado de ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 515.
- (19) En el mismo sentido, pero con más detalle y ejemplos, se puede consultar ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 515.
- (20) Este caso sería un supuesto de error de tipo negativo, y que evidentemente en caso de estar ante un supuesto de invencibilidad acarrearía la atipicidad absoluta de la conducta, y en caso de ser vencible implicaría la negación del dolo y el castigo por el delito homónimo culposo -si está tipificado, pues de lo contrario también la conducta devendría en atípica-, al amparo de lo previsto en el artículo 14 del Código Penal. En el mismo sentido, se puede consultar con más detalle MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Reppertor. S" edición. Barcelona, 1998. Pág. 423.
- (21) En el mismo sentido, ver ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 515, Y sobre las consecuencia del error de tipo negativo ver lo señalado por MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 423.
- (22) MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. Pág. 115.
- (23) Tomado de MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 426.
- (24) Sin embargo, hay que tener presente que nuestra legislación penal y la jurisprudencia de las diversas cortes (sobre todo las cortes ubicadas en la región andina), han venido aplicando la figura del error de prohibición -mal e innecesariamente llamado error de prohibición culturalmente condicionado- previsto en el artículo 15 del Código Penal, como un supuesto en donde, si bien es cierto se reconoce el carácter antijurídico del comportamiento del sujeto que practica el acto sexual con una menor de 14 años (sobre la base de la costumbre arraigada de antaño en las culturas andinas de que la mujer con su primera menstruación puede escoger un hombre con quien hacer vida en común, lo que para los demás sería una suerte matrimonio a prueba), también lo es que no puede obligársele a dejar de realizar dichas prácticas ancestrales que son parte de una práctica cultural diversa propia de nuestro país, que no le

permite actuar conforme al mandato contenido en la norma (no por falta de comprensión de la misma) sino por falta de motivacionabilidad que le genera la citada norma (por no actuar conforme a dicha comprensión) en virtud de los fuertes lazos de la costumbre.

(25) En sentido idéntico ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 426.

(26) Tomado de MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 526.

(27) En el mismo sentido, pero con más detalle, haciendo referencia a la dogmática penal española y a su texto legal, ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 527.

(28) Más información se puede encontrar en MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 527.

(29) Más información se puede encontrar en MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 521.

(30) En sentido similar se puede ver BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". 4ª edición. San Marcos. Lima, 1998. Pág. 85.

(31) Tomado de MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 522.

(32) De la misma opinión se puede ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cil. Pág. 84.

(33) Con más detalle se puede ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 522.

(34) Con abundante análisis, consultar MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 523.

(35) De la misma opinión, se puede ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 523 y sgte.

(36) Para más información, ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.

(37) En el mismo sentido, se puede ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.

(38) Tomado de MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.

(39) Con más precisión CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal español. Parte General". Tomo 11. Tecnos. Madrid, 1994. Págs. 99 y sgte.

(40) En este orden de ideas, ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.

(41) De la misma opinión se puede ver CEREZO MIR, José. Op. Cil. Págs. 99 y sgte.

(42) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 525.

(43) Para más detalle respecto a las posturas de la dogmática española consultar MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 525.

(44) En el mismo sentido con abundante bibliografía ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 525.

(45) Con más información ver JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 347.

(46) Tomado de JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 347.

(47) En la misma línea de interpretación se puede ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.

(48) El mismo sentido, con abundante detalle, consultar JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 347.

(49) Con más información ver JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 347.

(46) Tomado de JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 347.

- (47) En la misma línea de interpretación se puede ver MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 524.
- (48) El mismo sentido, con abundante detalle. consultar JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 347.
- (49) Más información se puede ver en JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. Pág. 348.

EXIMENTES INCOMPLETAS

En los casos del artículo 21J9, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

CONCORDANCIAS:

C.J.M. arls. 20.1, 20.6, 39

C. DE P.P. arlo 190

C.P. arlo 20

Comentario

Roger Yon Ruesta

I. Presentación

Como se ha puesto de manifiesto de modo casi unánime en la doctrina actual, mientras que en un inicio la principal preocupación de la dogmática fue la ubicación sistemática de los diversos elementos que se iban descubriendo en la estructura del delito, en la actualidad puede apreciarse que dicha discusión se ha ido reduciendo a lo que podría llamarse un "consenso alrededor del esquema de delito resultante del finalismo"(1).

Por otro lado, si se analiza la evolución de la ciencia penal de la post-guerra en un país de gran influencia para nuestra dogmática actual, como es el caso de Alemania, podrá evidenciarse un avance de la fundamentación del concepto material del delito en leyes éticas (teológicas), pasando por un segundo momento preventivo especial, para desembarcar en una tercera fase (actual) en la que el Derecho Penal se mueve en parámetros que toman como guía a la prevención general asegurativa, en la que el centro de gravedad de la protección se traslada del individuo a la colectividad (protección de bienes jurídicos colectivos)(2) en función de diversas posturas que giran alrededor de una determinada teleología política (etización del Derecho Penal)(3). En ese ámbito de desarrollo dogmático existen dos grandes corrientes alemanas influenciadas por la sociología americana: de un lado una postura influenciada "directa o indirectamente de la concepción sistémica de la sociedad de Talcot PARSONS(4), liderada por Claus ROXIN"(5) y la otra corriente, influenciada por el funcionalismo sistémico de Niklas LUHMANN(6), cuyo máximo exponente es el profesor Günther JAKOBS. Corrientes que han merecido una preocupante aceptación acrítica, salvo ilustres excepciones(7).

Resulta ineludible, de cara a la presentación y explicación de las eximentes incompletas exponer la postura normativa que da cuenta de la naturaleza de estas eximentes y el porqué de su tratamiento diferenciado que amerita una atenuación de la pena por debajo del mínimo legal, en el caso peruano. En efecto, creemos de necesidad vital exponer cómo se da el mensaje normativo hacia el ciudadano, a título de norma primaria, a partir de reconocer su

existencia (esto es, estableciendo una vinculación entre norma y "ciudadano existente", a diferencia del que es "construido" como lo señalan las posturas funcionalistas extremas}(8), para entender por qué un ciudadano se encuentra obligado a evitar actos prohibidos y realizar otros impuestos por la norma, cuya contravención evidencia una infracción a esta, siempre y cuando se tenga como referencia la afectación de intereses o su puesta en peligro y siempre que no concurra causa de justificación que, valga la redundancia, justifique la afectación a un determinado bien jurídico y configure el tipo de injusto.

Así, el esfuerzo del trabajo se orientará a proveer al lector -seguramente de manera limitada- una visión sobre cómo instrumentalizar y aplicar las eximentes incompletas recogidas en el Código Penal peruano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.

II. El tipo de injusto: "Norma de valoración o norma de determinación"

La norma de valoración expresa un juicio de valor negativo (desvalor) con referencia a una norma completa que comprende la ausencia de causas de justificación, en referencia a acciones o sus resultados sin conllevar ningún mandato dirigido a su destinatario. La norma de determinación, como imperativo, expresa un mandato o prohibición que pretende motivar a los ciudadanos a no cometer delitos (así, no matar, no lesionar, ayuda al prójimo en grave peligro, etc.)(9). Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ realiza la siguiente clasificación sobre la naturaleza de la norma:

1. Teoría monista o de los imperativos

La norma tiene el carácter de mandato que debe ser obedecida por los ciudadanos sin tener en cuenta la consecuencia jurídica correspondiente, de tal forma que el derecho concebido como un "complejo de imperativos" hace que "derecho y deber sean conceptos que están el uno enfrente del otro; no hay deber sin derecho y no hay derecho sin deber"(10). Este enfoque significa asumir una concepción absolutista del Estado y admitir las normas penales como normas subjetivas de determinación, lo que a su vez amerita críticas insalvables como que no todas las normas suponen un vínculo de voluntad en sentido psicológico; y, de otro lado, que en sistemas democráticos la norma es producto de una discusión congresal y no la expresión de voluntad de un determinado soberano. A lo que se añade que no es cierto que el vínculo obligacional sea el sustento de la norma, pues esta vincula al destinatario aun cuando no se sienta compelido, como ocurre con los inimputables. Acoger esta postura significa perder de vista que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos es la tarea prioritaria del Derecho Penal.

2. Teoría de las normas a partir de la concepción de Binding

Este autor sostiene que las normas dirigidas a los ciudadanos, cuya infracción es el presupuesto de las normas dirigidas a los jueces, pertenecen al Derecho público general; hace la distinción entre normas y leyes penales, las que concibe como proposiciones jurídicas autorizadoras, desestimando el carácter normativo de éstas. En ese sentido, las normas no le son propias al Derecho

Penal, cronológicamente lo preceden. MAYER, criticado por el propio BINDING, concibe las órdenes abstractas del legislador como enunciados jurídico-penales que en realidad son normas de decisión, al concebir que las normas dirigidas a los ciudadanos son, en realidad, "normas de cultura", previas al Derecho en tanto es "el conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen al ciudadano como exigencias religiosas morales, convencionales, como exigencia del tráfico o de la profesión"(11).

Ambos autores han sido duramente criticados al punto de que ninguna de estas teorías se ha impuesto en la doctrina. A la primera se le ha objetado que no existe forma más antigua de aparición del Derecho que el Derecho Penal, de tal forma que no es cierto que este se encuentre determinado por normas pertenecientes a otro sector del ordenamiento jurídico. Y que aun de ser el caso de la existencia de otras normas jurídicas, previas al Derecho Penal, la intervención de este produce normas autónomas ya que la prohibición jurídica conlleva la amenaza de pena (SILVA SÁNCHEZ señala que no es meramente un hecho injusto, sino un "injusto merecedor de pena"(12)). A la segunda teoría se le objeta que no es cierto concebir las normas primarias como normas de cultura, toda vez que la ley penal tiene ámbitos en los que incide antes de que lo haga norma social alguna, a los que se suma que el Derecho Penal puede asumir la norma de cultura y regularla de manera parcialmente distinta u optar por una regulación contraria, según el criterio de valor o presupuesto de una mayor eficacia de la norma penal(13).

Cuando la doctrina parecía haber desestimado estas posturas, el profesor SCHMIDHAUSER ha puesto sobre el tapete, a propósito de la discusión sobre "el problema de los destinatarios" de las leyes penales, la tesis de que las normas o leyes penales se dirigen únicamente a los órganos de justicia y no a los ciudadanos. Agrega que las normas dirigidas al ciudadano responden a la ética social, como parte del ordenamiento jurídico-social, mientras que es al ordenamiento jurídico-estatal a quien le corresponde el vincular la infracción de determinadas prohibiciones a las sanciones estatales. Para SCHMIDHAUSER las normas dirigidas a todos como destinatarios solo existen en el mundo de las construcciones teóricas, afirma, que en realidad no se adoptan medidas que vayan dirigidas al conocimiento de estas normas por los ciudadanos. HOERSTER le ha salido al frente señalando que la ley penal no requiere que preexista una norma social moral. Corresponde al Derecho Penal efectuar una selección de conductas que estima merecedoras de pena.

Agrega el crítico de SCHMIDHAUSER que, en materia penal, el hecho de que la norma primaria no se conozca más que por vías indirectas no implica que el legislador no haya querido dirigirse a los ciudadanos, sino que es elemento demostrativo de la eficacia del Derecho Penal frente a otros medios de control que inciden en la sociedad. Pone como ejemplo a las leyes en materia técnica biomédica, que expresan normas primarias y que no tienen una base social como antecedente(14).

Tras estas críticas, SCHMIDHAUSER ha variado su tesis planteando la diferenciación de dos planos: el concepto de derecho propio del ordenamiento jurídico-estatal, en contraposición al concepto de derecho que viviría en la

conciencia social distinto de la moral social, reconociendo que existe cierto nivel de aprehensión normativo por parte del ciudadano, al cual él denomina "derecho de las representaciones en la esfera del profano". Como bien complementa SILVA SÁNCHEZ, "la "representación" (subjética) existente en los individuos acerca de las normas jurídicas, por muy extendida que se halle, no puede calificarse también como derecho, ni atribuírsele la capacidad de prohibir o no prohibir conducta"; es decir, la valoración que efectúa el ciudadano puede ser errónea y, por tanto, distante del mensaje normativo jurídico-penal, con lo cual no es posible sustituir la norma primaria jurídico-penal por una representación social (esfera del profano)(15).

3. Teoría dualista

Es Edmund MEZGER quien la formula al señalar que no solo hay normas objetivas de valoración, sino que además existen normas subjetivas de motivación, esto es, que la primera influye en el injusto penal y la segunda en la culpabilidad, es decir que la norma penal es juicio de valor e imperativo. En esa línea, la norma de valoración es un *prius* lógico de la norma de determinación(16).

Por el contrario, LUZÓN PEÑA(17) señala que en el ámbito de la antijuridicidad, la norma jurídico-penal es de determinación, esto es, tiene un carácter imperativo, lo que traería la observación de no poder explicar la antijuridicidad de las conductas de los inimputables; en tanto que el imperativo vincula a la voluntad de quienes son capaces de conocerlo y determinarse conforme a este, lo que no podría darse en los casos de los menores, enajenados y, en general, inculpables. LUZÓN PEÑA cree salvar la crítica señalando que en la antijuridicidad existe una norma objetiva de determinación, esto es, que va dirigida a la totalidad de ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables. Señala que al mismo tiempo es norma de valoración en un doble aspecto: en primer lugar, cuando determina un bien relevante para su protección jurídica; y en segundo, en cuanto desvalora la conducta que bajo determinadas circunstancias lesiona el bien jurídicamente protegido, y en tanto ello, el orden jurídico (también existe una desvaloración de la producción de resultado, o si se trata de un delito de peligro, desvalor de hecho). Además, se da una desvaloración objetiva y subjetiva de la acción. Para este autor, la norma penal es norma de determinación y valoración, toda vez que el imperativo encuentra soporte en valoraciones positivas y negativas.

Ahora bien, recientemente el profesor Santiago MIR PUIG(18) ha encontrado que concebir en la antijuridicidad normas de determinación como imperativos conlleva dos objeciones: a) la efectiva producción del resultado no podría considerarse antijurídica, y b) la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto habría que exigirse como condición de la antijuridicidad. Por ello, y para establecer una diferencia entre un hecho penalmente típico justificado y un hecho atípico, ya que ambos tienen, según este autor, un significado valorativo distinto, plantea que, aunque existe una conexión interna fundamental entre lo antijurídico y la norma imperativa, "esta conexión se da por la valoración del ataque al bien jurídico, que es la base de la prohibición, y no a partir del alcance del imperativo normativo (oo.) Concluyendo que lo desvalorado

jurídico-penal mente es más amplio que lo prohibido por la norma penal primaria".

4. Teoría pura del Derecho(19)

Esta teoría, planteada por KELSEN, concibe que el ordenamiento jurídico está formado únicamente por normas de sanción (desconociendo cualquier otro tipo de reglas), en tanto nos encontramos en una teoría basada en la coacción penal.

En este sentido, se diferenciaría de la teoría de los imperativos, en la medida en que lo que define la norma es la sanción penal, sin tomar en cuenta si se trata de un mandato. Esta teoría no es aceptable porque las normas contienen tanto en sentido primario, como secundario, un contenido imperativo -que en el caso de la antijuridicidad, como ya se señaló, es delimitado por un aspecto valorativo (y viceversa). Esta teoría calificada por SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ de monismo normativo, encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser.

LARENZ, criticando esta teoría, rescata la necesidad del aspecto teleológico en función de la interpretación ya que "una dogmática neutra al valor solo cumple parcialmente su cometido"(20). Finalmente, seguir la corriente de Kelsen implicaría vaciar a la ciencia penal de toda consideración valorativa. De allí que conceptos como bien jurídico y motivación de la norma (de cara a la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos) sean dejados de lado por esta teoría.

En nuestra concepción, el tipo de injusto se configura como la presencia de un comportamiento contrario a lo ordenado por la norma, debiendo alcanzar un contenido de imputación subjetiva y no presentar causa de justificación alguna. En ese sentido una parte positiva describe los elementos objetivos y subjetivos de una acción que la hacen en principio penal mente relevante (por su peligrosidad o lesividad para bienes jurídicos), pero para que quede definitivamente fundamentada la antijuridicidad (no lo estará si hay causas de atipicidad o justificación), es necesario analizar la parte negativa del tipo, esto es, justamente, la presencia de causas de justificación (para confirmar o desestimar el tipo positivo). De forma tal que asumimos la concepción bipartita de la teoría del delito: antijuridicidad y culpabilidad(21). Ello, en el marco de edificar un sistema en el que la Constitución Política del Estado y los valores contenidos en ella, marquen el punto de partida de una construcción teleológica (así: BRICOLA, GIMBERNART ORDEIG, GARCÍA RIVAS(22), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE(23), SERRANO-PIEDRECASAS(24), ROXIN(25), entre otros).

Ahora bien, en cuanto a que el tipo de injusto contenga un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de cara a una antijuridicidad material; de plano es de rechazarse las posturas afincadas en un Derecho Penal de intención(26), en tanto que "esta concepción de desvalor de acción subjetivamente concebida hace de la norma un objeto de resolución activa y que desde el momento en que el autor crea haber hecho todo lo suficiente o necesario para alcanzar el

resultado, lo producido ulteriormente dependa del azar"(27); en tal sentido, al autor se le reprochará únicamente la resolución activa, pero no la consecuencia de su accionar (precisamente el desvalor de resultado). Las consecuencias visibles serán que, para esta teoría, la tentativa y el delito consumado tengan el mismo desvalor, esto es la misma sanción; que la tentativa absolutamente inidónea sea objeto de sanción, etc.

De otro lado, el delito imprudente quedará configurado con la mera infracción del deber de cuidado (GARCÍA RIVAS(28) señala que se abandona el principio de intervención mínima). Esta teoría encuentra en los delitos de peligro abstracto la mejor técnica de tipificación del desvalor de acción.

Por el contrario, pensamos, con el profesor BUSTOS RAMÍREZ, que las normas prohibitivas o de mandato, en una sociedad concreta, seleccionan de las relaciones sociales aquellos intereses que político-criminalmente les interesa proteger; de tal forma que el bien jurídico aparece como un principio garantizador (según BUSTOS RAMÍREZ(29), esto permite conocer qué es lo que se está protegiendo y las bases sobre las cuales se sustenta esta protección, lo que finalmente permite su revisión crítica); de forma tal que la antijuridicidad material será lo desvalorado socialmente. Esto debe ser entendido como que el desvalor social de acto no debe ser lo único a analizarse, sino que esta valoración alcanza al desvalor social de resultado (puesta en peligro o afectación de un bien jurídico determinado).

En cuanto a la norma secundaria, queda claro que esta es imperativa. Y que las normas primarias y secundarias no pueden considerarse como una única norma compleja. Así, desde BENTHAM quedó claro que ambas son imprescindibles para estructurar un sistema jurídico(30).

En nuestra legislación, pareciera que el artículo 17 del Código Penal apunta en esta dirección, aunque resulta difícil expresar una opinión concluyente al respecto ya que nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la parte general cuanto (y más aún) en la parte especial del Código Penal, ha sido deformado con modificaciones legislativas irracionales que en muchos casos han "superado" los principios de igualdad y resocialización (por citar algunos), como principios rectores establecidos en nuestra Constitución; verbigracia, Ley NQ 27024 del 25 de diciembre de 1998, que modificó el artículo 22 del Código Penal peruano.

Una vez señalado que las normas primarias tienen un contenido imperativo -de determinación- (el mensaje normativo tiende a que el ciudadano no realice ciertos comportamientos a título de prohibición de ciertas conductas o que realice algunas determinadas por la norma) delimitado por situaciones valorativas (norma de valoración) entre las que se encuentran las causas de justificación. No es la única valoración que se efectúa ya que la afectación del injusto puede ser graduable. De allí que interese -al presente trabajo-las situaciones producto del error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación, el incumplimiento de los requisitos de esta y el tratamiento de los excesos.

Importa entonces el análisis de las distintas conductas que se encuentran entre aquellas que están amparadas en una causa de justificación y las otras que no ameritan circunstancia atenuante alguna (por lo menos de las que aquí se señalan).

III. Aspectos generales de las causas de justificación

Quien actúa al amparo de una causa de justificación, lo hace conforme a derecho. En efecto, la presencia de una causa de justificación exime de responsabilidad y de cualquier calificación de peligrosidad, desestimando la imposición de medida de seguridad alguna; asimismo, exime de cualquier exigencia a título de indemnización en sede civil o responsabilidad administrativa.

Ahora bien, existen diversas teorías que explican las causas de justificación:

Una primera la encontramos en la teoría de ponderación de intereses (o valores)(31), lo que significa estimar como objeto de protección un bien jurídico prevalente respecto a otros menos valiosos, en tanto se cumplan presupuestos y requisitos de una causa de justificación determinada: la consecuencia será que se restrinja la prohibición penal. El problema con esta teoría es que parte de una colisión de intereses que no explica satisfactoriamente el fundamento de algunas causas de justificación que solo excluyen el desvalor de la acción; no permite discriminar adecuadamente los matices peculiares de cada una, y es proclive a generalizar las ideas de estricto conflicto: ponderación y proporcionalidad, que son aplicables al estado de necesidad y no así a las demás causas de justificación. Además, en algunos casos no es necesaria la preponderancia para justificar un acto, ya que resulta suficiente una equivalencia de intereses en colisión para respetar la libertad de decisión de los ciudadanos.

Una segunda teoría, denominada teoría del fin, plantea que la justificación es la adecuación y necesidad del medio para un fin justo, resultando claro que ante tal concepto genérico resulta fácil caer en imprecisiones sobre lo que en cada caso se considera como fin justo, o en qué consistirán aquellos medios adecuados, por lo que es posible estar ante una fundamentación que en realidad es una argumentación sobre una afirmación simbólica, arbitraria; es decir, sin contenido material. Por ello, siguiendo lo expuesto por LUZÓN PEÑA(32), es preferible examinar el o los fundamentos particulares o diferenciados de las causas de justificación, teoría pluralista, dejando de lado el intento por encontrar principios generales comunes a todas ellas(33).

Por otro lado, hay quienes como GUNTHER(34), han creído conveniente agrupar las causas de justificación, en función de su intensidad, clasificándolas en:

1. Deberes jurídicos como causas de justificación

La mayor intensidad en la justificación se da cuando existe un deber jurídico de realizar la conducta penalmente típica, por ejemplo, en los casos de posición

de garante, cuando este (el garante) actúa antijurídicamente, verbigracia produciendo daños materiales, para salvar una vida.

2. La autorización garantizada constitucionalmente

Si una persona puede amparar su comportamiento típico en un derecho fundamental, no existe posibilidad en el ordenamiento jurídico para calificar como antijurídico ese hecho.

3. Derechos de intromisión del autor para garantizar intereses preponderantes

La razón de estas causas de justificación estriba en que, en casos de conflicto se puede imponer, si resulta necesario, el interés de mayor valor, a costa del interés menos valioso. El autor puede afectar los bienes jurídicos de la víctima, aun sin su consentimiento, sin posibilidad de que esta pueda obrar en legítima defensa o estado de necesidad justificante (artículo 20, incisos 3 y 4 del Código Penal Peruano).

4. Derechos de intromisión del autor por renuncia del titular del bien jurídico

En este caso no existe una concesión de derechos al autor, ni una obligación de soportar el ataque; sino que, la exclusión del injusto se debe a la renuncia de la víctima, quien puede revocar o limitar su consentimiento. Cabe señalar que en este caso, estamos ante simples causas de exclusión del injusto penal, que no deciden la conformidad del hecho con el resto del ordenamiento. Así, los casos de consentimiento de un bien de libre disposición (artículo 20, inciso 1° del Código Penal peruano).

5. Causas de exclusión del tipo

En este supuesto se encuadran algunos preceptos del Código Penal que contienen eximentes circunscritas a tipos penales específicos, que no conllevan a una justificación, sino a una exclusión del tipo de injusto. Así, por ejemplo, puede señalarse el supuesto del artículo 119 del Código Penal peruano, y los supuestos de los incisos 1 y 2 del artículo 133 del mismo código sustantivo.

6. Causas de atenuación (disminución) del injusto

Se da en los casos de exceso en los límites de las tres primeras agrupaciones. Para Gunther, si el exceso intensivo es mínimo, ha de considerarse la exclusión del tipo de injusto. Esta clasificación parte de la efectuada por Kern, sobre la teoría de los grados del injusto, para señalar que es posible graduar el injusto en el ámbito de la justificación. Así, "cuanto más elementos de una causa de justificación se cumplan, o cuanto más insignificadamente sean rebasados sus límites, tanto más se aproxima la acción al límite del Derecho, o es decir que es, casi conforme a derecho'.

Cabe decir al respecto que si bien la clasificación planteada por Günther es interesante (en especial al tomar en cuenta la graduación del injusto(35) de

cara, luego a entender el efecto de las causas de justificación y, sobretodo, cuando se dan las eximentes incompletas), resulta limitada para nuestros propósitos de arribar a cómo incide en la antijuridicidad y en la culpabilidad vinculadas a su consecuencia: la sanción penal.

Hasta el momento hemos pretendido delinear la incidencia normativa en la configuración del tipo de injusto, haciendo notar que la presencia de causas de justificación lo enervan bajo una valoración de tipo total. La presencia de causas de justificación incompletas, o la figura del error en el presupuesto y los excesos en el ejercicio de las causas de justificación merecerán nuestra atención en lo que sigue.

No será parte del análisis las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, las cuales suponen una mayor o menor gravedad del injusto pues las normas jurídico-penales expresadas en tipos de la parte especial del Código forman los tipos agravados o atenuados. Tampoco será materia de nuestro trabajo atender, en esta oportunidad, a las condiciones objetivas de punibilidad, que obedecen a condiciones de política criminal y que, aunque están descritas en el tipo no son parte del injusto. Por último, tampoco integra nuestro trabajo los supuestos de atipicidad objetiva, como el acuerdo(36), el cumplimiento de un deber(37), el caso fortuito(36) y el actuar por disposición de una ley(39). Consideramos, con CEREZO MIR, que circunstancia es "todo hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad del injusto o de la culpabilidad"(40). En relación a esto último, el tratamiento de la responsabilidad restringida por la edad, suponemos será comentada por otro trabajo, al momento de analizar el Artículo 22 del Código Penal.

IV. Eximentes incompletas que Inciden en la antijuridicidad y en la culpabilidad

Habiendo comentado ya la opinión de diferentes autores con respecto a las causas de justificación, es decir los elementos comunes y, más aún, diferenciadores que ellas poseen y el criterio intensivo aducido por Günther, se hace preciso resaltar que, como afirma LUZÓN PEÑA<41), según se trate de causas de justificación del resultado o de justificación solo de la acción, sus consecuencias serán distintas.

Ahora bien, en lo que respecta a la necesidad de la presencia de un elemento subjetivo parecido al dolo, en el momento de ejecutarse las causas de justificación, nos parece coherente rechazar la concepción puramente objetiva del injusto (como, por ejemplo, lo sostiene Spindel, al considerar suficiente que el sujeto se encuentre objetivamente amparado por una causa de justificación).

Yl respecto, es necesario verificar que el sujeto haya actuado conociendo que la situación da cuenta del presupuesto fáctico de la causa de justificación o que la situación lo haga creer que este concurre. La voluntad estará entonces encaminada a una respuesta defensiva que se verifica en un accionar lesivo para un bien jurídico. Coincidimos con BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE en señalar que en general, en la configuración subjetiva de las causas de justificación, no es necesario ánimo adicional alguno(42). Sin embargo no ha

faltado quien considere que en el estado de necesidad se presenta un elemento subjetivo diferente del dolo de tendencia interna trascendente.

Cuando hablamos de presupuesto de la causa de justificación nos referimos a la situación que hace posible la acción justificada, es decir, la situación que es premisa para considerar una actuación (respuesta) como justificada. En este sentido, para que se configure el elemento subjetivo es necesario que la conducta de la víctima venga motivada por la presencia de tal presupuesto de la causa de justificación y no por otros motivos. De tal forma que de no darse el presupuesto (o las condiciones fácticas que hagan pensar a quien ejerce la causa de justificación que este se da), no puede existir elemento subjetivo.

La presencia necesaria de un elemento subjetivo en las causas justificantes, es propugnada por un gran sector de la doctrina, el cual sostiene que el conocimiento, de encontrarse en una situación de justificación, a lo que se suma la voluntad específica de realizar una actuación justificante, se complementa con la presencia del elemento objetivo de la causa de justificación, pues para contrarrestar el desvalor subjetivo de la acción debe haber un valor positivo de la acción.

Esta teoría se bifurca en dos posturas:

1. Aquella que reafirma la presencia esencial del elemento subjetivo, de modo que sin él no cabe exención ni atenuación. Al respecto nos parece que esta postura desatiende injustificadamente la concurrencia objetiva del presupuesto y requisitos de una causa de justificación, lo que contraría lo sostenido hasta el momento como la necesidad de valorar la graduación de afectación del injusto.

2. Aquella que señala que aun faltando el elemento subjetivo se da el elemento objetivo, por lo que se puede apreciar una eximente incompleta o, vista desde otro punto, calificar al hecho como tentativa⁽⁴³⁾. Es decir, habiendo un desvalor de acción, no existe desvalor de resultado (como resultado del injusto pues este se encuentra justificado) ya que el agente habrá actuado sin conocer que se encontraba ante la concurrencia del presupuesto y los requisitos objetivos de la causa de justificación, los cuales se presentaron en el plano objetivo. Entonces se estará frente a una tentativa⁽⁴⁴⁾ inidónea que según nuestra legislación no es punible⁽⁴⁵⁾. En tal sentido, al concebir el elemento subjetivo como un elemento parecido al dolo, no podemos coincidir con aquellos que, ante la falta del elemento subjetivo de la causa de justificación, concluyen que nos encontramos ante la ausencia de un requisito de aquella (eximente incompleta)⁽⁴⁶⁾. El presupuesto y los requisitos de la causa de justificación se dan en el plano objetivo de esta.

Ahora bien, puede suceder que la persona actúe objetivamente bajo el concurso de presupuesto y requisitos de una determinada causa de justificación, pero que, a nivel subjetivo, se dé algo semejante al dolo eventual por el que al sujeto (conociendo que está actuando en defensa propia o de terceros) le resulta indiferente actuar en defensa, o hacerla, incluso, con intenciones ilícitas (por ejemplo, querer lesionar' al agresor) con lo que no

existirá desvalor de resultado; sí de acción. En esta última situación es posible que se presenten casos de excesos.

En tal sentido, es de tenerse en cuenta que si el sujeto se guía por otro elemento subjetivo que no es precisamente el de defender el bien jurídico, puede caer en el supuesto del exceso extensivo (tiempo) o intensivo (intensidad). Los casos de exceso se dan porque se contrarían, en general, principios como el de proporcionalidad y/o prohibición de exceso.

v. Error en el presupuesto fáctico de una causa de justificación (error en el presupuesto del tipo permisivo)

Este error recae en los elementos descriptivos y/o normativos del tipo: El sujeto actúa convencido de que la situación le permite actuar justificadamente, cuando en realidad no es así. No se equivoca sobre la existencia de una causa de justificación. Solo en el presupuesto de ella. Así, en la legítima defensa el error recaerá en la agresión ilegítima; en el estado de necesidad justificante, en el peligro inminente; en el ejercicio legítimo de un derecho, la existencia de un derecho subjetivo que se encuentre recogido en el ordenamiento jurídico.

La doctrina se ha encargado de tratar el error de tipo permisivo (en el presupuesto de una causa de justificación) elaborando diversas teorías que la han dividido. Así:

1. Teoría estricta de la culpabilidad

Según esta teoría el error en el presupuesto fáctico de una causa de justificación debe considerarse como un error de prohibición. De esta manera, las consecuencias son las mismas: ante un error invencible no se elimina el dolo pero sí la culpabilidad; y ante la figura de un error vencible se atenúa la culpabilidad y, por lo tanto, la pena.

2. Teoría limitada de la culpabilidad (restringida)

Dicha teoría asume una postura intermedia con respecto a la teoría de los elementos negativos del tipo; esto es, no considera el error evitable en el presupuesto de una causa de justificación como error de tipo pero le aplica las consecuencias del mismo al encontrar similitud en sus estructuras. Esto es, no se trata de un error de tipo pero, por analogía, se le otorga el mismo tratamiento (se le aplica el tipo correspondiente al imprudente; claro está siempre y cuando este tipo exista). Es de recordar que nuestro sistema emplea un *numerus clausus* en tipos de infracción al deber objetivo (y subjetivo) de cuidado con resultado imputable y penalmente relevante.

3. Teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas

Esta teoría lo que busca es atribuir a la figura del error en el presupuesto de una causa de justificación las consecuencias de un delito imprudente. La teoría en mención no elimina el hecho de que el sujeto haya actuado de forma dolosa, sin embargo, dicha actuación, afirman, no corresponde a la ausencia de una

actitud jurídica interna (la imputación subjetiva del comportamiento responde al dolo) pero la culpabilidad disminuida del sujeto deriva su punición como delito imprudente(47).

La presencia del dolo como portador del injusto de acción obedecería también, afirma JESCHECK(48), a que puede existir participación punible de aquellas personas que efectivamente sí conocen la situación (no incurrir en error).

4. Teoría de los elementos negativos del tipo

Esta teoría, al tomar al tipo de injusto como un todo global, trata a las causas de justificación como integrantes del tipo (la ausencia de ellas determina la configuración del injusto), de esta manera sus presupuestos son elementos negativos del tipo. De todo ello se colige que el error en el presupuesto de una causa de justificación se configura en un error de tipo negativo. Y su consecuencia es que el error vencible se trata como delito imprudente (siempre y cuando exista tal tipo).

Teniendo en cuenta las teorías antes mencionadas, considero correcta, al igual que el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la teoría de los elementos negativos del tipo, pues resulta claro que al tomar, las causas de justificación como parte del tipo negativo, el error en el presupuesto de una de estas constituye un error de tipo negativo. Y es que quien actúa conforme a la norma de determinación complementada (recíprocamente) con la valoración (permisión), actúa conforme a la motivación que quiere generar la norma en un comportamiento determinado del sujeto. "No lesiones un bien jurídico o ayuda a proteger alguno, salvo que te asista alguna causa de justificación que desestime tal mandato (norma primaria)". En este sentido, se estará actuando conforme a lo prescrito por la norma y no de modo contrario a ella, por lo que mal puede merecer una sanción (error invencible); y, de ser el caso que no se tuvo el cuidado necesario para percatarse de la situación y desestimar una agresión que resulta putativa, porque en realidad no se da, es claro que se infringe deberes objetivos y subjetivos de cuidado, siendo de tal forma el título de la imputación imprudente. De esta manera: "El error referido a sus presupuestos elimina la voluntad de actuar contra la prohibición, persistiendo sin embargo la infracción del deber de cuidado, pero no la norma prohibitiva(49)".

En contra de aquellas teorías que califican a esta clase de error como de prohibición, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE replica que ellas arriban a esa conclusión (error de prohibición) porque suponen que el sujeto cree estar actuando lícitamente ya que siente que su acción está amparada por una causa de justificación. Sin embargo, ello no es correcto pues en ese caso se estaría ante un error sobre la existencia de una causa de justificación (error de prohibición indirecto). Además, consideramos que el error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación no es refractario de un exceso anticipativo. Si la situación no hace incurrir al sujeto en una falsa apreciación de que es agredido y, en tanto ello, actúa para defenderse, no concurrirá esta clase de error.

El juicio de requeribilidad de la acción defensiva que efectuó el sujeto (que incurrió en el error sobre el presupuesto), debe realizarse ex ante (50), esto es, situándose el juzgador en el momento en que el sujeto realizó la conducta.

En nuestra legislación no se ha recogido el tratamiento de este error por lo que, tras su discusión, sería bueno que se incluya, no porque seamos partidarios de que todo debe decirse en el Código sino porque, presentada la situación, el ciudadano termina privado de su libertad (la que muchas veces recién es discutida en la sentencia, tras varios años de encierro). Y todo por un acto que debe ser valorado como circunstancia atenuante de afectación al injusto (error vencible en el presupuesto fáctico del tipo permisivo -negativo-) o, que no representa afectación al injusto por ser una figura atípica (error invencible sobre el presupuesto fáctico del tipo permisivo -negativo-).

VI. Error en la valoración global del hecho

Mención aparte merece el tratamiento de la valoración global del hecho, los cuales son tipos que contienen en su descripción o valoración normativa la exclusión de cualquier causa de justificación, por ejemplo, los artículos 152, (privar de la libertad sin derecho, motivo ni facultad justificada), 159 (el que sin derecho-en sentido lato- penetra en morada), 185, 188, 189-C (cuando señalan que el apoderamiento debe ser ilegítimo), 354, 355 (al señalar que debe mediar violencia o amenaza para turbar el acto electoral o impedir al elector ejercer su derecho) del Código Penal, entre otros. En dichas normas se contempla, efectuado el proceso de subsunción, conductas que expresan el tipo de injusto.

Puede darse dos clases de error: a) el primero versa sobre la apreciación de las características fácticas que sirven de base para efectuar la valoración, lo que conlleva a un tratamiento de error sobre el presupuesto de una causa de justificación (también se denomina error sobre las circunstancias). Es el caso de quien agrede a una persona que ha penetrado intempestivamente en su casa, desconociendo que esta se encontraba en una situación justificante al huir de unos secuestradores; o quien se defiende con arma de fuego de una detención policial por considerar que se trataba de un secuestro (la policía no se había identificado correctamente); b) el segundo error se refiere a la falsa creencia de considerar lícito lo que es ilícito, al pensar que se obra al amparo de una justificación inexistente (c) sobre la base de un juicio jurídico global equivocado). Es el caso del error de prohibición indirecto, referido a la existencia de una causa de justificación. Así ocurre con el ciudadano que, sensibilizado con la ola de secuestros, obliga a varias personas, a quienes califica de "plagiarios", a concurrir al puesto policial más cercano. Una vez en la comisaría, se da cuenta que son personas pobres pero honestas. Este ciudadano creyó actuar amparado en una inexistente legítima defensa. Los casos de error de prohibición indirecto, inciden en una menor culpabilidad si son vencibles, o en la inexistencia de esta (culpabilidad) si el error es invencible (y por tanto no punible). Aquí son de aplicarse las reglas del párrafo in fine del artículo 14 del Código Penal.

Es materia, luego de analizar los errores que, como hemos visto no son regulados por el artículo 21, entrar a examinar los excesos, uno de cuyos casos (el intensivo) sí corresponde al mencionado artículo de la Parte General. A esta altura es necesario correr el velo para mencionar que el denominado "exceso en la causa" no es tal(51). En efecto, la persona que por imprudencia provoca suficientemente al agresor y luego se ve en la necesidad, no incurre en un exceso sino en la ausencia del requisito "falta de provocación suficiente", debiéndose recurrir a la fórmula de atenuación prevista por el artículo 21 para resolver estos casos.

VII. Tratamiento del exceso en la ejecución de una causa de justificación

El exceso se da tras concurrir una acción justificada. En este sentido, discrepamos de aquellos que sostienen que, en los excesos cronológicos, se deban admitir los que se presentan ab initio(52). En efecto, para considerarse un exceso (y de lege ferenda, consideramos que así debería redactarse la norma) al exceso le debe anteceder una causa de justificación de forma tal que la iniciación sea jurídica y la conclusión antijurídica(53).

Ahora bien, para que se considere exceso de una causa de justificación, el acto posterior (excesivo) debe tener conexión lógico-temporal con la causa de justificación, ya que de no existir esta, se tratará de un acto diferente (sin el antecedente de la causa de justificación) y por lo tanto su tratamiento será distante de la justificación.

De otro lado, los excesos pueden ser producidos por error. Así, el sujeto que se equivoca en la naturaleza del medio con el que se defiende (piensa que es de madera cuando en realidad es de fierro), o se extralimita como producto del miedo o turbación (la persona que manipula torpemente un arma y que por el miedo en el que se encuentra, la dispara cuando era consciente de que bastaba con apuntar al agresor).

Los excesos pueden tener naturaleza subjetiva dolosa o imprudente(54). En el primer caso, se dan en aquellas situaciones en las que el agente pretende confirmar o consumar la acción defensiva, (la persona que se defiende en un caso de legítima defensa perfecta, que decide volver a golpear al agresor, quien yace tendido en el suelo, a fin de asegurarse que no se produzca un nuevo ataque inminente). En el segundo caso, están todos los supuestos en los que la persona que se defiende (o defiende a un tercero), por una equivocada apreciación de los hechos, adiciona nuevos actos de defensa innecesarios (la persona que ante una convulsión del agresor que yace en el piso, por lo que creyendo que va a ser víctima de un nuevo ataque inminente, golpea nuevamente al agresor -ya no para asegurarse de que no se produzca un nuevo ataque, sino en la creencia de que este se estaba produciendo-)<55J. En ambos supuestos, el sujeto defensor se equivoca en la dirección de la voluntad de la acción. Los excesos pueden ser de dos clases:

1. Extensivo.- También llamado exceso cronológico o impropio. Nos encontramos ante actos innecesarios que se dan a continuación de la causa de justificación. En tal sentido, el desvalor de acción se encuentra justificado, más

no, el desvalor de resultado. Ahora, el tratamiento que recibe en nuestro Código es el dispuesto en el artículo 14 in (ine, a título de error de prohibición indirecto (error permisivo en la culpabilidad: sobre los límites de una causa de justificación).

Sin embargo, como ya se ha advertido, estos tipos de excesos no solo pueden darse a consecuencia de un error, sino también a consecuencia de actos adicionales de carácter doloso que no responden a una venganza, sino a evitar que en un futuro inmediato, el agresor vuelva a desarrollar un nuevo acto agresivo. Para esto último no hay dispositivo en nuestro Código Penal. Su atenuación encuentra sentido dogmático en una menor afectación del injusto, y por lo tanto de la culpabilidad. Caso distinto, es de aquel que se desconecta de la causa de justificación para realizar actos de afectación a un bien jurídico determinado, escudándose en que precede una causa de justificación. Ciertamente, este último supuesto no amerita ningún tipo de atenuación. No se puede desconocer que habrían casos en los que el único medio probatorio estribaría en saber qué pensó el agente al momento de efectuar el exceso o acto posterior, en estos casos se estaría discutiendo un Derecho Penal de autor, por lo que es necesario respetar el principio de presunción de inocencia.

2. Intensivo.- También llamado propio. Esta clase de exceso se encuentra en la racionalidad del medio empleado en la defensa; en la falta de provocación suficiente; en la proporcionalidad en el cumplimiento del deber; en la proporcionalidad en el estado de necesidad justificante; en el ámbito o materia del consentimiento; en la ponderación del ejercicio de un derecho y, en general, para los requisitos de las causas de justificación que brillan por su ausencia. Esto significa que hay una reprochabilidad por un desvalor de resultado que es producto de un exceso en la causa de justificación. Exceso que es antijurídico y que manifiesta una atenuación del injusto objetivo, y no de la culpabilidad(56). La consecuencia es que nos encontraremos ante una causa de justificación imperfecta o incompleta, por falta del requisito. La causa de justificación presenta el preupuesto (situación de amenaza a bienes jurídicos), pero le falta alguno de sus requisitos (circunstancias o condiciones que indican cómo y cuando debe ejercitarse la causa de justificación).

El legislador peruano ha creído conveniente sancionar estos casos con penas hasta por debajo del límite legal (el legislador emplea la frase "podrá disminuir prudencial mente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal", redacción poco afortunada puesto que no es claro aludir un límite del límite legal). Ahora, consideramos que cuando se refiere a "podrá disminuir", impone al juez la obligación de establecer una graduación a la pena, en función del caso concreto. En tal sentido, el juez solo tendrá facultad en decidir a cuánto corresponde esta graduación, mas no a valorar si la aplica. Estos son los casos de eximente incompleta que deben ser resueltos por el artículo 21 del Código Penal.

Es probable que en el ejercicio de las causas de justificación se presenten casos de miedo insuperable, de estado de necesidad exculpante (causas de exculpación), ciertas circunstancias que perturban de alguna forma la imputabilidad de las personas etc.(57). Para todos estos casos, dependiendo

del grado de enervación de la culpabilidad, puede llegarse hasta eximir de pena, con lo que no sería necesario recurrir al artículo 21 del Código Penal.

Al mencionar la ausencia de algún requisito, este precepto daría a entender. -consideramos erróneamente- que su aplicación solo es factible ante la ausencia de UNO de los requisitos, dejándose de valorar y aplicar el artículo de las eximentes incompletas cuando falten más de uno, cuando a la ausencia del requisito se adiciona un exceso o no es clara la configuración subjetiva de la causa de justificación o exculpación. No valorar estos casos sería pretender ocultar la problemática del ciudadano para determinarse por la norma jurídico-penal y por lo tanto ignorar que hay grados de configuración en la antijuridicidad y la culpabilidad que deben ser expresados en el tiempo de aplicación de la pena.

El artículo 20 no efectúa una distinción entre causas de atipicidad (positiva), justificación, exculpación e inimputabilidad; todas aparecen aglutinadas en el mencionado artículo. Ello propicia su desatinada valoración y aplicación al desconocerse su incidencia en el tipo de injusto y la culpabilidad. Ejemplo de esto es la innecesaria y reciente modificatoria del requisito racionalidad del medio empleado en la legítima defensa que, al pretender "aclarar" que la variable proporcionalidad no es sinónimo del requisito, sumerge aun más al juzgador en confusión y desconcierto. Hubiera sido suficiente que el juzgador conociera en qué consiste el razonable empleo del medio de defensa.

La discusión sobre los casos aplicables al artículo 21 del Código Penal, la redacción del precepto, un probable listado sobre la correlación de pena y afectación del tipo de injusto o la culpabilidad, puede constituir un baremo válido que nos indique qué tan profunda es la confusión en la que nos encontramos.

DOCTRINA

BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). "Código Penal". Tomo 1 y 11.

Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1997. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Editorial La Ley. Barcelona, 1999. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General".

Ariel. Barcelona, 1984. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Trotta. Madrid, 1997. CEREZO MIR. José. "Curso de Derecho Penal Español.

Parte General". Tomo 1. 6ª edición. Tecnos. Madrid, 1998. GARCÍA RIVAS, Nicolás. "El Poder Punitivo en el Estado Democrático". Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. GÜNTHER, Hans Ludwig. "La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal", en Causas de Justificación y atipicidad en Derecho Penal.

Luzón Peña y Mir Puig (coordinadores). Editorial Aranzadi. Madrid, 1995. HIRSCH, HansJoachim, en "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir". Tecnos. Madrid, 2002. JESCHECK,

Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. parte General". Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona, 1981. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. 5~ edición. Granada, 2002. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 2002. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 2002. LUZÓN PEÑA, DiegoManuel y MIR PUIG, Santiago (coordinadores). "Causas de justificación y atipicidad en Derecho Penal". Editorial Aranzadi. Madrid, 1995. MIR PUIG, Santiago. "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir. Editorial Tecnos. Madrid, 2002. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuricidad penal y sistema del delito". Editorial Bosch. Barcelona, 2001. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte General". 4~ edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. RAGÜES I VALLÉS, Ramón. "Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI", en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. W 2. Lima, 2001. ROXIN, Claus. "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Tirant lo Blanch. Alternativa. Valencia, 2000. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. SERRANQ-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Editorial Gráfica Horizonte. Lima, 1999. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Directivas de Conducta o expectativas institucionalizadas. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. W 3. Lima, 2002. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Editorial Bosch. Barcelona, 1992. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". 3~ edición. Editorial Temis. Bogotá, 1997. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?", en Revista electrónica Lex Stricta, estudios jurídico penales. www.lexstricta.com.

JURISPRUDENCIA

"Al producirse toda la secuela del evento, el acusado se encontraba embriagado tal como es de verse del peritaje de dosaje etílico, hecho que le produjo una alteración de la conciencia, la misma que no fue en la gravedad que establece el inciso primero del artículo 20 del Código Penal, toda vez que a pesar de la ingesta alcohólica que presentaba el acusado, se daba cuenta de todos sus actos así como de lo que sucedía en sus alrededores, lo cual permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal en atención que no se han dado todos los elementos necesarios, conforme lo establece el artículo 21 del Código Penal".

(Sentencia 30/09/94. 7° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 412-94).

"La concurrencia de circunstancias atenuantes compatibles como la legítima defensa imperfecta y la confesión sincera del imputado deben apreciarse conjuntamente al momento de determinarse la extensión y naturaleza de la pena aplicable".

(Ejecutoria Suprema 06/11/98. Exp. 3706-98. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 125).

"Corresponde al Derecho Penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad, pero en caso de determinar que un sujeto ha superado el umbral intermedio y considerar que es imputable, no puede dejar de reconocer que aun dentro de esta categoría existen escalas que permiten establecer lo que se denomina la imputabilidad disminuida, la que redundará en una atenuación de la pena".

(Ejecutoria Suprema 29/09/93. Exp. 1297-93. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 99).

"La imputabilidad restringida del inculpado permite disminuir la pena prudencialmente, pero esta decisión queda en manos del juzgador, quien puede o no realizar dicha disminución teniendo en cuenta la gravedad del delito".

(Sentencia del 05/08/1999. Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Huaura. Exp. 98-174. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 99).

"La disminución prudencial de la pena establecida para el caso que el inculpado por su edad tenga una imputabilidad restringida, es una facultad del juzgador, quien ha de evaluar para su aplicación las circunstancias en que se cometió el delito y la actuación del inculpado".

(Sentencia del 23/04/97. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Cusco y Madre de Dios. Exp.

0130-96. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 99-100).

"Para los efectos de graduar e imponerse pena debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones personales de los agentes delictivos, quienes a la fecha de comisión del ilícito eran agentes de responsabilidad restringida; asimismo, debe tenerse en consideración que para la comisión del delito se encontraban bajo los efectos del alcohol, no teniendo plena percepción de la realidad, por lo que le es aplicable el artículo 20 concordante con el artículo 21 del Código Penal, debiendo disminuirse prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal".

(Sentencia N° 689 del 30/12/1999. 2° Sala Penal de reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte-Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes

Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 100).

"El contenido de una causa de justificación debe extraerse del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgador valorar el problema concreto para decidir la procedencia de la justificación en el caso particular. En el caso de autos la conducta no se encuentra eximida de pena al amparo de la causa de justificación de legítima defensa, prevista en el inciso tercero del artículo veinte del Código Penal, así como tampoco le es amparable la circunstancia atenuante de la legítima defensa imperfecta, conforme a lo previsto en el artículo veintiuno del Código Penal, toda vez que en el presente caso no ha concurrido ninguno de sus elementos configurativos".

(Ejecutoria Suprema 12/03/98. Exp. 4045-97. Lima).

"Es legal la imposición de la condena si no existió proporcionalidad entre el ataque y la repulsa, pues el agente de infracción se ha excedido en el ejercicio de una justificante; debiendo señalarse pena por debajo del mínimo legal, en razón de que el agente cometió el delito tratando de rechazar una agresión, pero excediéndose en la defensa al emplear un arma que no guardaba proporcionalidad con el instrumento usado por el agresor".

(Ejecutoria Suprema 23/02/94. Exp. 279-93. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 95).

"La conducta desplegada por el acusado se ha producido en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad, en la que ha concurrido una agresión ilegítima por parte del agraviado y sus acompañantes, la que no ha sido provocada por el acusado; existiendo sin embargo una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado un arma de fuego contra sus atacantes que se encontraban desarmados y eran superiores en número".

(Ejecutoria Suprema 19/05/98. Exp. 4777-97. Junín).

"Existe un homicidio simple en circunstancias de una legítima defensa imperfecta y no una situación de emoción violenta, por cuanto el sujeto activo al disparar al sujeto pasivo, estando este último desarmado, se ha excedido en el requisito de la necesidad racional de la defensa, resultando de aplicación al caso de autos lo establecido en el artículo 21 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 08/01/98. Exp. 1276-97. Cusco).

"Cuando se trata de una conducta tipificada en una norma penal compleja, el órgano jurisdiccional, para imponer la pena por debajo del mínimo legal, tiene el deber de fundamentar si se trata de algún elemento negativo imperfecto del delito o de orden procesal, en cuyo caso también tiene la obligación de indicar el dispositivo legal que justifica la atenuación que señala".

(Ejecutoria Suprema 15/09/97. Exp. 3462-97. Lambayeque).

"Aquel sujeto que comete un injusto en estado de inimputabilidad no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, porque no es posible

reprocharle su decisión; sin embargo, debe reconocerse que existen grados de reprochabilidad puesto que siempre hay grados de autodeterminación. En el caso de un inimputable, no puede dejar de reconocerse que, aun dentro de esta categoría, existen escalas que permiten establecer lo que se denomina la imputabilidad disminuida, que redundará a su vez en la disminución de la culpabilidad y en consecuencia en la atenuación de la pena".

(Exp. 1297-93.29/09/93. Lima. Caro Corla, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 163).

"Si el acusado que poseyó sexualmente a la menor agraviada utilizando violencia presenta manifestaciones residuales de psicosis esquizofrénica paranoica crónica que requiere controles periódicos de consulta externa, ello no permite eximirse de la pena, sino atenuarla".

(Exp. 156-94. 08102/94. Arequipa. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 163).

"Para los efectos de graduar e imponerse la pena debe tenerse en cuenta las condiciones personales de los agentes delictivos, quienes a la fecha de la comisión del ilícito eran agentes de responsabilidad restringida; asimismo, debe tenerse en consideración que para la comisión de delito se encontraban bajo los efectos del alcohol, no teniendo plena percepción de la realidad, por lo que también es aplicable el artículo 20 concordante con el artículo 21 del Código Penal, debiendo disminuirse prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal".

(Exp. 99-587. 30/12/99. Cono Norte-Lima).

"De acuerdo a los informes médicos actuados, el procesado adolece de enfermedad mental, sin embargo, de acuerdo a las diligencias practicadas, existen elementos de juicio que demuestran que el encausado en mención presenta un trastorno psicótico crónico con síntomas paranoides activos, sin que ello constituya una anomalía psíquica que permita declarar su exención de responsabilidad".

(Sentencia 06/07/00. Sala Penal TID-E. Exp. 1658-97. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 164).

"Para los efectos de imposición de pena se debe tener en cuenta las condiciones personales del acusado, así como la forma y circunstancias en que se perpetró el ilícito penal ocurrido al calor de una discusión, ebriedad y pugilato, sin que existieran móviles de enemistad, habiéndose producido circunstancialmente el deceso de la víctima".

(Ejecutoria Suprema 02/09/97. Exp. 3726-97. Arequipa).

"Los encausados, al momento de cometer los hechos materia de juzga miento, se encontraban en estado de ebriedad relativa; que, la ebriedad de los

encausados si bien no los exime de responsabilidad penal, constituye una circunstancia atenuante por exención relativa".

(Exp. 295-2001. 12/03/01. La Libertad. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 164).

"El acusado presenta un cuadro psiquiátrico de trastorno esquizofrénico que le produce alteraciones en el pensamiento, situación que si bien es cierto no lo convierte en inimputable, sí atenúa su responsabilidad, según lo previsto en el artículo 21 del Código Penal, y de acuerdo a cuya circunstancia se le debe imponer la pena".

(Exp. 5051-98-C. 28/05/99. Ancash. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 165).

"Cuando en la legítima defensa no concurren completamente los requisitos necesarios, no desaparece totalmente la responsabilidad penal y la pena debe atenuarse".

(Resolución Superior 09/11/90. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Callao. Exp. 122-90. Guía rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Pág. 38).

"Es de advertir que la conducta del intruso, hoy occiso, constituye agresión ilegítima, actual y real al haber atentado contra el patrimonio del emplea dar del agente, a quien puso en la imperiosa necesidad de defender tal bien jurídico, usando para ello el medio con el que contaba, su arma de fuego, con la que disparó al agresor a corta distancia y en la región torácico-abdominal, pudiendo haberlo hecho en los miembros inferiores, lo que constituye un exceso por la ventaja en que se encontraba; todo esto implica una legítima defensa imperfecta o incompleta al no concurrir a plenitud uno de los elementos que describe el artículo 20 inciso 3 del Código Penal, como para eximir su responsabilidad penal, operando así como atenuante e imponerle una pena por debajo del mínimo legal, en atención a lo preceptuado por el artículo 21 del Código Penal".

(Exp. 5141-99. 26/03/00. La Libertad. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 165).

"Que no existió proporcionalidad entre el ataque y la repulsa, habiéndose excedido el agente de la infracción en el ejercicio de una justificante, por lo que deviene en legal la imposición de una pena, aunque la represión debe ser atenuada, porque el ejecutor ha cometido el delito tratando de rechazar una agresión".

(Exp. 279-93-8. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 165).

'Tampoco se justifica la atenuante consignada como 'obediencia jerárquica imperfecta', puesto que es elemental comprender el carácter criminal de los actos de tortura y eliminación de las víctimas, bajo el pretexto de investigar alguna vinculación de estas con alguna organización subversiva".

(Ejecutoria Suprema . Exp. 49-99. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 39).

"Conforme se ha acreditado en autos, el acusado perpetró el ilícito en circunstancias en que se encontraba en relativo estado de embriaguez, motivo por el cual se puede inferir que sufrió alteración de su conciencia, que no obstante no ser grave, sí debe tenerse en cuenta para los efectos de la graduación de la pena".

(Ejecutoria Suprema 16/07/97. Exp. 1492-93. Loreto).

"Para efectos de imponer la pena debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones personales de los agentes, las cuales están referidas no solo a factores sociológicos sino también a circunstancias que hayan afectado su percepción de los hechos, sin que constituyan causas de inimputabilidad; teniéndose en el caso de autos que los encausados actuaron en estado de ebriedad relativa, siendo de aplicación lo normado en el artículo primero del artículo 20 y el artículo 21 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 02/12/99. Exp. 3657-99. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Págs. 282-283).

"Si bien se acompaña el dosaje toxicológico y étílico que da positivo a cocaína, esto podría explicar la actitud violenta por parte del procesado, mas no excusa el acto ni lo exime de responsabilidad en el presente caso; el artículo 21 del Código Penal otorga la potestad al A-qua para atenuar la responsabilidad pero esto debe evaluarse en la presente causa, sobre todo teniendo en cuenta lo manifestado por este en su declaración instructiva en que indica que estaba consciente de sus actos".

(Resolución Superior 15/07/98. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 2169-98. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Págs. 40).

"No se ha establecido que existiera una causa de justificación pues si bien puede considerarse que hubo agresión ilegítima por parte del agraviado no confluyen los tres requisitos que la ley preve para considerar que existió legítima defensa, esto es, necesidad racional del medio empleado para impedir dicha agresión y la falta de provocación suficiente por parte del procesado".

(Sentencia 29/08/00. 3° SPC-Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 905-93. Fidel Rojas. Pág. 444).

"Al momento de determinar la pena, se debe de tener en cuenta que el procesado al igual que la agraviada habían ingerido bebidas alcohólicas, encontrándose ambos en estado étílico, por lo que la responsabilidad penal del encausado resulta atenuada conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 20 del Código Penal".

(Resolución Superior 21/09/98. SPA-Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 4953-97).

"Tratándose de una legítima defensa en la que los requisitos necesarios no concurren en forma completa, la pena debe atenuarse prudencialmente". (Ejecutoria Suprema 09/11/90. Exp. 122-90. Jp. Retamozo. Pág. 55).

(1) RAGÜES I VALLÉS, Ramón. "Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI". En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. W 2. Lima, 2001, quien cita a su vez a los profesores Roxin, Silva Sánchez y Shünemann.

(2) ROXIN, Claus. "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Tirant lo Blanch.

Alternativa. Valencia, 2000. Págs. 17 y 36. .

(3) Concepto citado por Welzel, y rescatado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?" Inédito en el Perú y próximo a publicarse en la revista electrónica Lex Stricta, estudios jurídicos penales. www.lexstricta.com.

(4) Quien señala: "Todos los procesos de motivación (al referirse a la función que cumple la norma penal) son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente procesos sociales, que entrañan la infracción del ego con una pluralidad de alter". En: MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte General". 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 69.

(5) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?". En: Lex Stricta, estudios jurídicos penales. www.lexstricta.com.

(6) Frente a Parsons, que defendía que el problema fundamental era determinar las condiciones que producen la existencia y permanencia de las estructuras, Luhmann defiende que el problema es determinar la configuración del sistema y las funciones de las estructuras dentro del sistema; en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo.

"Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 2002. Pág. 90.

(7) Así, por ejemplo. En: España: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. "Directivas de Conducta o expectativas institucionalizadas. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas". En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. W 3. Lima, 2002; y en Latinoamérica: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?". En: Lex Stricta, estudios jurídico-penales. www.lexstricta.com.

(8) En contra de la existencia de norma primaria, Binding, M.E. Mayer y luego, desde 1964, Schmidhiuser. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Bosch. Barcelona, 1992.

Págs. 316 y 323. Desde otra perspectiva, igualmente en contra, Jakobs, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Directivas de Conducta o expectativas institucionalizadas. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas". Pág. 402.

- (9) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Curso de Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Universitas. Madrid, 2002. Pág. 64.
- (10) Von Ferneck, citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Temis. Bogotá, 1997. Pág. 99. En tal sentido, von Ferneck a través de los deberes (coerción psíquico-social) encuentra la forma de incidir en la voluntad humana para proteger intereses sociales. Así, este conjunto de deberes no es concebible sin un imperativo. Señala: "El deber no es más que el transmisor del imperativo al interior del hombre", por lo que resulta comprensible que la norma no alcance a las personas inimputables, ni a las personas jurídicas: "solo pueden dirigirse órdenes a quienes cumplan determinados requisitos subjetivos, generalmente agrupados bajo la expresión culpabilidad; en consecuencia no cabe hablar de antijuridicidad no culpable", con lo que se hace difícil distinguir antijuridicidad de culpabilidad. En Italia, posiciones cercanas a esta pueden verse en Petrocelli y Cian. En: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Antijuridicidad penal y sistema del delito". Bosch. Barcelona, 2001. Págs. 330 y sgtes.
- (11) M. E. Mayer, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo..". Pág. 317.
- (12) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marra. Op. Cit. Pág. 317.
- (13) Op. Cit. Págs. 318 y sgte; en la misma línea VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 100.
- (14) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit. Págs. 320 y 322.
- (15) Op. Cit. Págs. 322.
- (16) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. Pág. 67.
- (17) Op. Cit. Págs. 65 y sgte.
- (18) MIR PUIG, Santiago. "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal". En: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir. Tecnos. Madrid, 2002. Pág. 90.
- (19) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 102.
- (20) SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ. José Ramón. "Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal". Gráfica Horizonte. Lima, 1999. Págs. 143 y sgte.
- (21) Comparten esta línea Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé, SerranoPiedecabras, Luzón Peña; con modificaciones en su concepción de la norma: Mir Puig; con particularidades que le permiten diferenciar los casos de atipicidad de los justificados: Silva Sánchez, con una postura bipartita pero distinta a los elementos negativos del tipo; con matices en la concepción de la culpabilidad, al recoger la libertad de voluntad como definidora de esta: Schünemann, con anterioridad: Samson, Engisch, Arthur Kauffmann, Weber, Mezger. En contra de esta concepción: Jescheck, Roxin, Baumann, Bockelmann, Hirsch, Maurach, Armin Kauffmann, Stratenwerth, Wessels, quienes plantean una oposición cerrada a admitir la teoría bipartita de los elementos negativos del tipo.
- (22) GARCÍA RIVAS, Nicolás. "El Poder Punitivo en el Estado Democrático". Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. Págs. 43 y sgtes.

- (23) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Ignacio et al. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. La Ley. Barcelona, 1999. Págs. 39 y sgtes.
- (24) SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cil. Págs. 85 y sgtes.
- (25) ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Civitas. Madrid, 1997. Pág. 55 Y sgtes.
- (26) Como lo sostienen Armin Kaufmann, Sancinelli. En tal línea, Zielinski sostiene a partir de una concepción imperativa de la norma (norma de determinación) que solamente se pueden prohibir conductas pero nunca resultados. De allí que la finalidad sea la columna vertebral del injusto, el que se agota en el puro desvalor de acción: "el desvalor de acción que fundamentado por la dirección de la conducta a una meta contraria al valor, constituye el injusto. Y él solo integra el contenido del injusto(...)", citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cil. Pág. 87.
- (27) HIRSCH, Hans Joachim. En: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir. Tecnos. Madrid, 2002. Págs. 766 y sgte.
- (28) GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cil. Pág. 86.
- (29) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Trolla. Madrid, 1997. Pág. 145. Vide también GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. Cil. Pág. 89, quien llega a señalar que estos dos componentes son necesarios e indispensables del injusto.
- (30) Una posición contraria a la de Bentham es la sostenida por Lumia, citados por MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Op. Gil. Pág. 624.
- (31) Seguidores de esta teoría son Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé, Serrano-Piedecabras, entre otros; teoría que les permitiría a sus seguidores efectuar una separación entre lo que es causa de justificación de causas de exculpación, vide BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. Gil. Págs. 217 y s91e.
- (32) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cito Pág. 575.
- (33) También se habla en la doctrina de otros principios totalmente abstractos como el "preferente pretensión de respeto del bien" (Schmidhauser), "beneficia más que daña" (Sauer), "aplicación del medio adecuado para la consecución de un fin reconocido por el ordenamiento jurídico" (Gral! Zu Dohna); todos ellos defensores de la teoría monista (un principio abstracto que justifica todas las causas de justificación), pero que al igual que Luzón Peña, según Jescheck, terminan reconociendo que las particulares causas de justificación manifiestan estructuras diversas, videJESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Bosch. Barcelona, 1981. Pág. 443. El mismo Jescheck, luego de reconocer algunos aspectos generales para algunas causas de justificación, como la reafirmación del derecho, la necesidad, la proporcionalidad, la preservación de la libertad, y en especial, la subordinación de bienes jurídicos a la autonomía individual (comentados ampliamente por Stratenwerth), concluye mencionando que la intervención de una causa de justificación, tanto el desvalor de acción como el desvalor resultado del hecho, debe decaer o ser compensado en todo o en su mayor parte; finaliza mencionando que en cada causa de justificación, se encuentra una serie de combinaciones de factores justificantes; videJESCHECK, Hans-Heinrich. Op. Cil. 6. edición. Comares. Granada, 2002.

Pág. 349. (34) GÜNTHER, Hans Ludwig. "La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal". En: Causas de justificación y atipicidad en Derecho Penal. Luzón Peña y Mir Puig (coordinadores). Aranzadi. Madrid, 1995.

Págs. 53 y sgtes.

(35) Al respecto, CEREZO MIR, José. "Curso de Derecho Penal Español. Parte General". Tomo 1. 6ª edición. Tecnos.

Madrid, 1998. Págs. 96 y sgtes. y 349 y sgtes.

(36) Vide MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor S' edición. Barcelona, 1998. Pág. 498, también CEREZO MIR, José. Op. Cil. Págs. 327 y sgte.

(37) MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 469 y sgte; con mayor amplitud BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). "Código Penal". Tomo 1. Hammurabi. Buenos Aires, 1997. Pág. 651.

(38) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cil. Pág. 562, quien señala que además de causa de atipicidad objetiva, al mismo tiempo supone una causa de justificación.

(39) BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Tralla. Madrid, 1997. Pág. 257.

(40) CEREZO MIR, José. Op. Cil. Pág. 350.

(41) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cil. Pág. 579.

(42) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. Cil. Pág. 221.

(43) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. eil. Pág. 579.

(44) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. eil. Pág. 221. Este autor señala que concluir en un delito intentado es discutible.

(45) En esta línea de solución, ROXIN, Claus. Op. eil. Pág. 600 y sgte; JESCHKE, Hans-Heinrich. Op. eil. 6ª edición. Pág. 449; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. eil. Pág. 579.

(46) Para una ampliación sobre el tema, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. eit. Págs. 579 y sgte.

(47) JESCHKE, Hans-Heinrich. Op. Cil. 5ª edición. Pág. 499 considera que el sujeto realizó un análisis poco cuidadoso de la situación (48) Op. Cil. Pág. SOO.

(49) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Op. Cil. Pág. 223.

(50) BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). Op. Cil. Tomo 11. Pág. 21, se preguntan si el juicio de requeribilidad debe ser formulado en el instante de la ejecución de la acción respecto a todos los elementos objetivos del tipo permisivo o si la prognosis ex ante se aplica solo a algunos (y en su caso a cuáles), correspondiendo verificar ex post la presencia de los demás elementos objetivos.

(51) BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). Op. Cil. Pág. 13.

(52) En la misma línea, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cil. Pág. 521. En contra, admitiendo el exceso al ab initio, Nino Núñez, citado por BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). Op. Cil. Pág. 10.

(53) BAIGÚN, David y Eugenio ZAFFARONI (directores). Op. Cil. Pág. 22.

(54) Admiten esta diferenciación, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cil. Pág. 522. Este autor señala que otras posturas incluyen en esta clasificación los casos fortuitos, así Reyes Echeandía.

- (55) Bacigalupo solo admite los excesos dolosos, citado por BAIGÚN, David y Eugenio ZAFFARONI (directores). Op. Cil. Pág. 25.
- (56) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cil. Pág. 608.
- (57) BAIGÚN, David y ZAFFARONJ, Eugenio Raúl (directores). Op. Cil. Págs. 18 y sgtes.

RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.(*).

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuada mediante el artículo único de la Ley N° 27024 del 25/12/98.

CONCORDANCIAS:

C.p. arts. 20. 2, 21

C.p.p. arto 143

D.L. N° 25475 arto 10

LEY N° 26447 (20/04/95) arto 3

Comentario

Luis Lamas Puccio

"Las incertidumbres de las penas y la opresión de las libertades enderezan el empeño de los clásicos hacia la consecución de dos conquistas: la rigurosa determinación objetiva de las penas y el respeto por las garantías individuales"(1).

1. Introducción

Uno de los temas más polémicas que caracteriza al Derecho Penal de los últimos años ha sido la rigurosidad de la sanción como mecanismo punitivo, en el afán de racionalizar la pena con miras a la protección social vía el bien jurídico como resguardo de la ley y la resocialización del delincuente en el afán de suscitar el menor daño posible a este. Tan así es que en los momentos actuales la restricción de una serie de derechos, entre ellos el más importante que es la libertad individual, por medio de una sanción que priva de la libertad, solo se ha dejado para casos muy especiales, particularmente graves, en los que la sociedad necesita aislar a determinados individuos como una forma de protegerse.

En un contexto de esta naturaleza, las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad penal del autor material o intelectual de un delito tienden en gran medida a circunscribirse, cuando no a quebrantar el albedrío judicial, originando para tales fines determinadas directivas que consagran las leyes, como la consabida consagración de la interpretación literal de la ley, la proscripción de la interpretación analógica, la interdicción para reprimir actos no previstos expresamente en las normas, aplicación prefijada de las sanciones

establecidas en los códigos, la inclusión de circunstancias agravantes o atenuantes específicas de las penas y proporción de normas rígidas para la recta aplicación de las penas según la gravedad del delito(2).

II. Antecedentes

Aparece lo suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia de una parte y la psicología colectiva de la otra configuraron la visión primitiva del hombre en los primeros años de la historia de la humanidad. Las primeras reacciones fueron principalmente colectivas contra los miembros que trasgredían los principios que regían el conglomerado social. Ese carácter principalmente colectivo es evidenciado hasta en la forma de ejecución. El desenvolvimiento posterior de la pena nos muestra con la aceptación y el consiguiente relajamiento social propiamente dicho. "La dulcificación de la reacción aniquiladora dirigida contra el criminal, que originariamente, careciendo de medida y de finalidad, era impetuosa y violentísima".{S}

El desenvolvimiento posterior de la pena nos muestra un impulso poderoso por obra del poder del Estado, fortalecido y elevado a su vez sobre las asociaciones familiares, desligando a la víctima del manejo de la pena para traspasarla a un juez imparcial, que somete a pruebas los hechos, los valora en forma individual o colectiva. Entonces la gravedad de la pena inflingida por el Estado, comienza a ser graduada dependiendo básicamente de la lesión jurídica ocasionada. La idea eclesiástico-religiosa del Talión (ojo por ojo y diente por diente), da a la venganza colectiva una medida de graduación y un objeto. La pena se hace pública y así se transforma en Derecho Penal público el poder ilimitado del Estado. La ley penal no solo determina el contenido y el modo de la pena, sino también las exteriorizaciones de su principio. .

Fue César BECCARIA BONASENA quien anatemizó con dureza singular los abusos de las prácticas criminales imperantes, exigiendo una reforma de fondo. "La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número"(4). Este fundamento, esencialmente utilitario, debe, sin embargo, ser modificado, limitado y completado por la ley moral, ya que es principio fundamental en Beccaria la alianza de la ley penal, o como él la denomina "política", con la ley moral"(5).

Así surge el Derecho Penal liberal sustentado en la igualdad, la libertad y la fraternidad con la objetivización de los tipos penales y con la menor crueldad de los castigos. "Si todos los hombres son iguales, no era lícito más que aquellos hechos realmente dañosos para la sociedad y solo con la pena necesaria, y no podía estimarse tampoco justo que la responsabilidad fuera diversa según la persona ofendida, ni que las penas fuesen diferentes según la persona del ofensor".(6) De esta manera se esfuerzan los tratadistas en precaver el caos y guiar al juez, reparando únicamente en la cantidad del delito. Aparentemente hiere más la imaginación, protege mejor las libertades individuales, repara más adecuadamente los derechos conculcados, reduce el

área de la arbitrariedad y permite fijar las reglas más exactas y menos ocasionadas a la injusticia(7).

1. La gravedad del delito y la medida de la pena

La medida de la pena necesariamente requiere colegirse con la gravedad del delito. Sin embargo surge la interrogante de cómo debe racionalizarse la gravedad del delito a los efectos de supeditar la pena. Distintas han sido las circunstancias y las tendencias que han proclamado la categorización de la gravedad del delito, aunque todas ellas parecieran precaver la arbitrariedad judicial mediante un elenco de circunstancias que atenúan o agravan las penas dependiendo de las circunstancias, de las características de los hechos y en forma muy particular de las particularidades del autor del hecho punible. Parten del daño social, de la spínfa criminal, del deber violado, aunque todos por lo general estructuran legalmente las circunstancias que alteran la imputabilidad. A menudo los autores que arran-' can doctrinariamente desde distintos puntos de vista para aquilatar la gravedad de los delitos, coinciden plenamente en la apreciación de las circunstancias que sirven de base para fijar la escala penal(8).

En todo caso el grado de peligrosidad resulta la base angular en cuanto a la apreciación de la pena que corresponde al delito realizado. Asumimos que el grado de peligrosidad debe plasmarse por las circunstancias relativas a la gravedad del delito, la modalidad empleada en la realización del delito, los motivos determinantes, la situación del infractor en el momento de la comisión del delito y la personalidad del delincuente.

2. El Código Penal de 1991 La sistemática que asume nuestro Código Penal de 1991 en el tema referido al capítulo que establece las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, se circunscribe a las causas eximentes de responsabilidad penal detalladas en el artículo 20 referidas a: la anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia, la minoría de 18 años de edad, el que obra en defensa de bienes jurídicos propios, el que realiza un hecho punible ante una daño grave e eminente, el que realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de si mismo, el que obra por fuerza física irresistible, el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igualo mayor, el que obra por disposición de la ley en cumplimiento de un deber, el que obra por orden obligatoria de una autoridad competente y el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición; a las causas que atenúan la responsabilidad conforme al artículo 21 , en este caso vinculadas a los casos ya señalados siempre y cuando no concurran los requisitos necesarios como para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, para cuyos efectos el juez puede prudencial mente disminuir la sanción hasta los inferiores al mínimo legal; y la denominada responsabilidad penal restringida conforme a lo establecido en el artículo 22 del citado Código.

3. Responsabilidad penal restringida A. Marco Legal

El artículo 22 del Código Penal señala que el juez "podrá... reducir prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido" o realizado, siempre que "tenga más de dieciocho y menos de veintiún, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción". La misma disposición excluye la posibilidad de reducir la pena cuando se trata de los delitos de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo y terrorismo agravado, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua(9). .

4. Mayoría de edad restringida

La posibilidad de reducir prudencialmente la pena a personas menores de veintiún años y mayores de dieciocho surge fundamentalmente por razones de orden humanitario. La Constitución Política actualmente vigente reconoce en su artículo segundo literal primero, que toda persona tiene derecho no solo a la vida, sino también a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar(10). Hablamos de "circunstancias atenuantes especificadas o determinadas" consagradas de manera textual en el Código Penal. Decimos que si para la época de la realización del acto el agente no ha alcanzado la edad de dieciocho años, es penalmente inimputable. La minoría penal es una causa de inimputabilidad y, por ende, una eximente de responsabilidad penal. Pero si es mayor de dieciocho y menor de veintiuno, es penalmente imputable y penalmente responsable por los delitos que realiza, aunque en forma atenuada, porque el sujeto se encuentra amparado por la disposición que es motivo de análisis.

Sin embargo es importante señalar que esta posibilidad es una facultad optativa y no obligatoria del mismo juez, en razón de que el artículo 22 del Código Penal señala y sujeta esta decisión a una posibilidad "podrá... reducir prudencialmente la pena señalada por el hecho punible cometido...", en relación al máximo que establece la ley y al mínimo de la misma. El juez deberá tener en consideración otros hechos en la valoración de la responsabilidad del sujeto y no solo la relativa a la edad del autor del delito. Podrían ser las llamadas "circunstancias atenuantes indefinidas o indeterminadas", como el grado de tentativa, desistimiento, aspectos culturales condicionados, o si los hechos fueron dolosos o culposos conforme a los artículos 12, 15, 17 Y 18.

Es decir, corresponde al juez penal competente determinar la pena que aplicará, dependiendo en todo caso de la apreciación de todas las circunstancias involucradas en el hecho concreto, para los fines de decidir si aplica a favor del sujeto activo o agente la atenuante prevista en el artículo 22 del Código Penal. Para tales fines considero que no sería necesario, para que el juez procediera a atenuar la responsabilidad penal, que se circunscriba a la mayoría de edad restringida en exclusividad, como lo señala José PECO cuando manifiesta que "el texto legal no debería ser el anillo de hierro que, ceñido al tronco del Derecho Penal, dificulte sus expansiones. Por otra parte, ningún juez desconocería los móviles nobles como circunstancias de menor peligrosidad"(11). En todo caso existen también los siguientes aspectos que

podrían ser objeto de consideración por el juez penal a los fines de atenuar la responsabilidad:

A. La buena conducta predelictual del procesado, es decir la buena conducta anterior a la perpetración del delito, aunque pueden haber jueces que no consideren este aspecto como tal, al sostener que es un deber de todo integrante de la sociedad, y que en consecuencia no debe ser considerada como una atenuante que dé lugar a la aplicación de la pena en términos de una reducción prudencial. Aunque considero que este último criterio es inhumano y demasiado estricto, porque así como se toma como criterio directriz la mala conducta del individuo que delinque, es justo que como contrapartida se tome en cuenta como atenuante la buena conducta predelictual del procesado, la genuina buena conducta del reo concretada en actos de buen comportamiento familiar y colectivo(12).

B. La condición femenina, ya que la menopausia llamada también período menstrual y la gestación causan alteraciones en el comportamiento de la mujer que pueden producir en ella la realización de un delito determinado.

C. La falta de educación y la falta de instrucción, pues el que ha sido educado y el que no ha sido educado sino corrompido, no están en iguales condiciones ni en lo moral ni en lo penal. En este sentido, la no instrucción y la corrupción implican una disminución en lo referente a lo moral y a lo penal referidos a la aplicación de la pena.

D. La pobreza, cuando no llega a la miseria, porque si llega a la misma no resultaría una atenuante de la responsabilidad penal sino una eximente de ella.

E. Consentimiento del agraviado, del sujeto pasivo o de la víctima. Claro, aunque en algunos casos con el consentimiento del sujeto pasivo podríamos tratarlo de un caso o de una hipótesis de atipicidad, por ejemplo si yo me apodero de una cosa mueble ajena con el consentimiento del dueño, en realidad no he hurtado, en razón de que estamos frente a un acto atípico y por lo tanto no existe delito. Si "A" tiene un acto carnal con "B" y "B" no se opone no hay por consiguiente un delito de violación, es un acto atípico y por lo tanto no existe delito. Pero en otros casos, este consentimiento del sujeto pasivo puede ser apreciado como una causal atenuante indeterminada o indefinida, como en los casos de la eutanasia o el homicidio piadoso o misericordioso que se presenta cuando una persona enferma que está condenada a morir y que padece de dolores que no pueden ser calmados con ninguna clase de remedio, pide a otra persona, bien un familiar o un amigo íntimo, que ponga fin a su sufrimiento matándola, y este familiar o amigo, comprendiendo que tarde o temprano va a morir, se compadece y la mata. Este móvil noble debe ser considerado como una atenuante en virtud del consentimiento de la víctima.

5. La ancianidad como causa de mitigación de la pena El Código Penal señala en su artículo 22 que podrá reducirse también prudencialmente la pena cuando el agente tenga "más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción". Según esta disposición, en principio, si para la fecha de

perpetración del delito la persona es mayor de esta edad, el juez también puede proceder a reducir prudencialmente la penalidad.

Se trata de una razón de orden humanitaria en relación con las etapas postreras de la vida de una persona, cuando de lo que se trata es de reducir la penalidad. Una de las interrogantes que surge al respecto es qué debe corresponder a una persona que habiendo cometido un delito con anterioridad a la fecha del cumplimiento de los sesenta y cinco años, en el caso que la pena impuesta superara este tiempo. Aunque es indispensable que el agente del delito haya tenido que cumplir la edad estipulada, surge la interrogante de si existe la posibilidad de adecuar la pena imponible cuando supera el límite establecido por la ley, a los efectos de adecuarla a lo que se señala en el artículo 22 del Código Penal, lo cual nos plantea una situación necesaria de adecuar. Una persona que tiene sesenta y un años y empieza a cumplir una pena corporal de diez años, ¿acaso debería tenerse en cuenta esta clase de atenuantes? En este caso debería adecuarse la pena corporal a lo establecido en la ley(13).

6. Delitos excluidos de la responsabilidad penal restringida El artículo 22 del Código Penal en su última parte establece qué delitos están excluidos de la posibilidad de atenuar la responsabilidad. Se trata de los delitos de violación de la libertad sexual, del tráfico ilícito de drogas, del terrorismo en sus diferentes modalidades, aunque se hace referencia en forma específica al terrorismo agravado, los atentados contra la seguridad nacional y de traición a la patria y cualquier otro delito que sea sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o de cadena perpetua(14).

En el presente caso se excluyen estos delitos sobre la base del grado de peligrosidad que de por sí implican los mismos. La peligrosidad de estos delitos surge como justificación para que la pena no sea objeto de una atenuación, la que debe ser apreciada judicialmente considerando el grado de antisociabilidad de los culpables y el grado de intensidad del móvil antisocial que motiva su comisión. Conforme a los criterios utilizados en el presente caso, la peligrosidad como fundamento de penalidad, a efectos de la disminución o exención de la pena para delitos graves; como criterio dosificador de la pena, a efectos de que el juez pueda

graduarla; como fundamento y límite de medidas de seguridad para los inimputables y para los plurirreincidentes y habituales.

DOCTRINA

BECCARIA, Césare. "De los delitos y las penas". Biblioteca Aguilar de Iniciación Jurídica.

Madrid, 1980. CRISANTI AVE LEDO, Hernando. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1985. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". 3ª

edición. Losada SA PECO, José. "Enciclopedia Jurídica Omeba". Driskill. S.A.

JURISPRUDENCIA

"Para los efectos de la imposición de la pena debe tomarse en cuenta la actitud temeraria y la peligrosidad con que han actuado los acusados. Aun cuando de autos aparece que uno de los acusados tenía menos de veintiún años a la fecha de los hechos, por tanto, incurso en la previsión del numeral veintidós del Código Penal, también lo es que su aplicación es facultativa, correspondiéndole al órgano jurisdiccional la graduación de la pena, previa calificación de la conducta incriminada".

(Ejecutoria Suprema 21/06/96. Exp. 2201-96. Junín).

"Abona a favor de los encausados la circunstancia atenuante de orden sustantivo, prevista en el artículo 22 del Cp, referida a la responsabilidad restringida, la cual faculta al juzgador a rebajar la pena por debajo del mínimo legal".

(Ejecutoria Suprema 04/09/02. Exp. 326-2002. Lima).

"La atenuación de la pena que regula el artículo 22 del Código Penal es facultativa y no obligatoria para el juzgador; por consiguiente, si en el proceso no se ha acreditado la edad del procesado con la partida de nacimiento correspondiente, no cabe aplicar en su favor dicha atenuante".

(Ejecutoria Suprema 28/11/97. Exp. 4953-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 100. Lima).

"Para efectos de graduar la pena se debe tener en cuenta las condiciones personales de los agentes delictivos, quienes a la fecha de comisión del ilícito eran agentes de responsabilidad relativa, según se desprende de las partidas obrantes de autos".

(Sentencia N° 689 del 30/12/99. 2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Cono Norte-Lima. Exp. 99587. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 101).

"Si en autos se acredita que el procesado tenía, al momento de la comisión del delito, 18 años y tres meses, cabe aplicarle los efectos atenuantes del artículo 22 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 26/11/97. Exp. 5494-97. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 101).

"En mérito al artículo 22 del Código Penal se considera responsabilidad restringida, cuando el agente en la fecha de comisión del delito contaba con más de 18 años y menos de 21, aunque por sus condiciones personales negativas, sea considerado peligroso".

(Ejecutoria Suprema 18/08/92. Exp. 475-92, La Libertad).

"Si bien el acusado al momento de cometer el ilícito penal contaba con veinte años de edad, no resulta aplicable la atenuante que permite reducir la pena por debajo del mínimo legal, sino más bien graduar la pena en atención a que el acusado, pára perpetrar el delito, buscó un lugar desolado y amenazó al menor con un arma de fuego, revistiendo gravedad los mismos. La aplicación del artículo 22 del Código Penal es facultativa".

(Exp. 2242-92. 22/03/93. Lima).

"Para la imposición de una pena debe tenerse en cuenta la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido por la acusada, así como sus condiciones personales en atención a lo dispuesto en el artículo 22 del Código Penal".

(Exp. 2291-92. 10/02/93, Caro Caria, Dino Carlos.
"Código Penal". Pág. 166. Cusca).

"Del análisis efectuado se colige que el injusto penal se encuentra debidamente acreditado. Para efectos de graduar la pena es necesario tener en cuenta la edad del procesado a la fecha de comisión del delito así como su grado de cultura".

(Exp. 4288-95, Callao).

"La inimputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y por consiguiente su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche. Aquel sujeto que comete un injusto en estado de inimputabilidad no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, porque no es posible reprocharle su decisión; sin embargo, debemos reconocer que existen grados de reprochabilidad, puesto que siempre hay grados de autodeterminación y corresponde al Derecho Penal establecer cuáles son los límites en los que desaparece la exigibilidad, pero en caso de determinar que un sujeto ha superado el umbral intermedio y considera que es imputable, no puede dejar de reconocerse que aun dentro de esta categoría existen escalas que permiten establecer lo que se denomina imputabilidad disminuida, que redundará a su vez en la disminución de la culpabilidad y en la atenuación de la pena".

(Ejecutoria Suprema 29/09/93. Exp. 1297-93. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 90)

"Es agente de responsabilidad restringida la acusada que al momento de la comisión del hecho contaba con más de sesenticinco años de edad".

(Exp. 1286-93. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 167).

"Si el agente tiene la condición de imputable restringido por contar con más de dieciocho años y menos de veintiuno, corresponde beneficiársele con la reducción de la pena, tanto más si la modalidad del delito y la personalidad del agente hacen prever que no cometerá nuevo delito".

(Exp. 818-93. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 167).

"La disminución prudencial de la pena establecida para el caso en que el inculpado por su edad tenga una inimputabilidad restringida, es una facultad del juzgador, quien ha de evaluar para su aplicación las circunstancias en que se cometió el delito y la actuación del inculpado".
(Exp. 0130-96. Cusco. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 167).

"Se ha demostrado en autos que el acusado y la agraviada en su condición de enamorados han mantenido relaciones sexuales en varias oportunidades, siendo la primera de ellas cuando la agraviada contaba con trece años de edad. A pesar de lo anterior, y teniendo en cuenta la calidad del agente, quien contaba con veinte años de edad al momento de la comisión del delito, es decir, se encontraba con responsabilidad restringida, y la confesión sincera que ha observado a lo largo del proceso, resulta acorde a ley la sanción impuesta, en aplicación del principio de proporcionalidad".
(Ejecutoria Suprema 03/04/00. Exp. 275-99. Lima.
Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 168).

"Para determinar la pena a imponerse se tiene en cuenta la naturaleza, modalidad y circunstancia del hecho punible, así como las condiciones personales de los acusados; que el procesado es un sujeto joven, sin antecedentes penales ni judiciales, cuya inmadurez emocional lo llevó a cometer el delito, sin medir las graves y reales consecuencias del mismo; que cuando sucedieron los hechos contaba con diecinueve años de edad, siendo por tanto de aplicación el artículo 22 del Código Penal".
(Sentencia 17/03/99. SPC-CSJ Lima. Exp. 04-99, Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 347. Tomo 1).

"La aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, por ser confesos, y de la atenuante prevista en el artículo 22 del Código Penal, por tratarse de agentes de responsabilidad restringida, por contar con veinte años de edad al momento de ocurridos los hechos, ciertamente implica rebajarles la pena por debajo del mínimo legal, pero no en los términos impuestos en la sentencia, muy por debajo de su grado de participación y culpabilidad; motivo por el cual debe incrementarse proporcionalmente.

(Ejecutoria Suprema 18/01/00. Exp. 4318-99. Cono Norte-Lima).

"La atenuación de la pena que regula el artículo 22 del Código Penal es facultativa y no obligatoria para el juzgador; por consiguiente, si en el proceso no se ha acreditado la edad del acusado con la partida de nacimiento correspondiente, no cabe aplicar a su favor dicha atenuante; máxime si consideramos la gravedad del delito y las circunstancias del hecho".
(Ejecutoria Suprema 02107/01. Exp. 1034-2001. Cusco. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año 3. NS!

8. Pág. 141. § 028).

'... la fecha de comisión del robo agravado el acusado contaba con veintidós años de edad; sin embargo erróneamente el Superior Colegiado ha aplicado la pena tomando en cuenta el artículo 22 del Código Penal". (Ejecutoria Suprema 26/08103. Exp.2322-2002. Cono Corte-Lima)

"Si el agente es de responsabilidad restringida, conforme se prueba con partida de nacimiento, resulta pertinente reducirle prudencialmente la pena".

(Recurso de Nulidad. Exp. 4888-98. Cañete. Chocano Rodriguez, Reiner y Valladolid Zeta, Víctor. "Jurisprudencia Penal". Jurista. Lima, 2002. Pág.17).

(1) PECO, José. "Enciclopedia Jurídica Omeba". Driskill. S.A.

(2) PECO, José. Op. cil. Pág. 1018.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". 3ª edición. Losada. Pág. 244.

(4) BECCARIA, Césare. "De los delitos y las penas". Aguilar. Madrid, 1980.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cil. Pág. 252.

(6) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cil. Pág. 264.

(7) PECO, José. Op. Cil.

(8) PECO, José. Op. Cil. Pág. 1018.

(9) Texto modificado según Ley N° 27024 (25/12/98).

(10) Constitución Política del Estado, artículo 2, numeral segundo.

(11) PECO, José. Op. Cil. Pág. 1021.

(12) CRISANTI AVELEDO, Hernando. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1985. Págs. 238 y sgtes.

(13) Artículo 46 del Código Penal. Fijación de las penas. "Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 8. La edad...".

Artículo 81 del Código Penal. Prescripción: reducción. "Los plazos de la prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible", (14) Texto modificado según Ley N° 27024 (25/12/98).

CAPITULO IV

AUTORIA y PARTICIPACIÓN

AUTORIA DIRECTA, AUTORIA MEDIATA, COAUTORIA

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

CONCORDANCIAS:

C.J.M.	arts. 13, 14, 15, 16, 334
C.N.A.	arts. 183, 193, 196
C.p:	arts. 317, 440.2
C. DE P.P.	arto 72
LEY N° 27378 (21.12.00)	arto 3.3
C.p.p.	arto 135. 1

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Conceptos básicos

El CP peruano reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación. Dejando para otro lugar las formas de participación (inducción: artículo 24, y complicidad: artículo 25), en su artículo 23 el CP distingue, a su vez, tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí mismo el hecho punible, b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible, y c) cuando realiza el hecho punible conjunta. mente con otro u otros. Esta separación que de las formas de autoría realiza nuestro CP permite diferenciar, respectivamente, las categorías de autoría directa (inmediata o individual: cuando se realiza por sí mismo los elementos del tipo del hecho punible y se ejecuta la acción típica personalmente), autoría mediata (indirecta o impropia: cuando comete el hecho punible por medio de otro del que se sirve como instrumento) y coautoría (autoría conjunta o pluriautoría: que se constituye cuando varias personas en común colaboran conjuntamente en la comisión del hecho punible, como realización consciente y querida del tipo, por la vía de una división consentida del trabajo), ampliamente difundidas en la legislación comparada.

1. Desde la propia sistematización del CP, se puede partir de la idea de que autor es la figura central del acontecer en forma de acción(1), caracterizado de lege lata como el que realiza o comete el hecho punible(2), y punto de

referencia a partir del cual se han construido las categorías de inducción y complicidad. Pues cuando el artículo 24 CP pune (accesoriamente) al que determina a otro y cuando el artículo 25 CP pune al que presta auxilio o asistencia a otro, ese otro solo puede ser el autor principal del delito: no hay partícipe accesorio sin autor principal (principio de accesoriedad de la participación). Los artículos 24 y 25 CP solo extienden (a los inductores y cómplices, respectivamente) la punibilidad de los tipos penales redactados siempre en función a un autor(3), ampliándola de la figura central a las contribuciones periféricas. Los criterios de diferenciación entre autoría y participación merecen un análisis individualizado.

2. Para una teoría objetivo-formal, básicamente, es autor aquel que realiza por sí mismo, total o parcialmente, la acción (formalmente) descrita en el tipo penal respectivo(4). Conforme a ella, todo autor debe realizar de manera reconocible una parte de la acción típica alcanzada por el verbo empleado en el precepto, según el uso común del lenguaje(5). Básicamente entiende la autoría en un sentido estrictamente técnico-típico: para ella el criterio decisivo está constituido por la realización parcial de la conducta tipificada en el supuesto de hecho; es autor quien ejecuta personalmente la acción típica o siquiera alguno de los elementos típicos objetivos. Una teoría como esta no puede admitirse desde el momento en que carece de aptitud para explicar la autoría mediata, caracterizada precisamente porque el autor no realiza por sí mismo, sino a través de otro, la acción típica (vide infra), ni para distinguir coautores de cómplices (pues no siempre un coautor para serlo debe realizar una parte de la acción formalmente típica, vide infra). Por ejemplo: si X hace creer a Y que la pared que le pide demoler es de su propiedad, y Y la demuele; X es autor mediato de daños, y sin embargo no se puede decir que X haya ejecutado la acción de destruir por sí mismo (objetivo-formalmente X no ha destruido la pared). Si B sujeta a la víctima C mientras D le clava una puñalada; B es (co)autor de homicidio, y sin embargo, conforme a esta teoría, no se puede decir que C haya ejecutado la acción típica de matar. A mayor abundamiento, para fundar coautoría no es necesario que cada agente deba realizar una parte formalmente apreciada del tipo; v.gr. quien solo cuida la entrada al banco, mientras los otros intervinientes amenazan a los vigilantes y se hacen del dinero, puede ser también coautor así no haya realizado las acciones de amenazar ni sustraer exigidas en el tipo penal (vide infra) (6).

3. Las teorías objetivo-materiales han sido fundamentadas de diversa manera. En lo que aquí interesa, del propio CP se pueden extraer al menos dos alusiones objetivo-materiales en las que cabe reparar para la diferenciación entre autor y partícipe. La primera de ellas deriva de la regulación de la complicidad primaria, la cual está definida como la prestación de un auxilio sin el cual (el hecho punible) no se hubiere perpetrado. La segunda está referida a los verbos que utiliza para definir al autor directo y mediato (realizar) y al coautor (cometer) en contraposición con el que utiliza al definir a los cómplices (prestar auxilio o asistencia)(7).

A. Según la teoría de la necesidad de la aportación causal autor y partícipe se distinguen básicamente por la importancia del aporte (decisivo y trascendente en aquel). Sin embargo, como puede inferirse de lege lata, ya esta teoría

resulta insuficiente para distinguir al autor y coautor del cómplice primario (artículo 25, primer párrafo). Así, por ejemplo, es coautor quien comete el hecho punible conjuntamente con otro (coautor), y es cómplice primario quien presta un auxilio tal para la realización del delito sin el cual no se hubiere perpetrado. Como se aprecia, si tomáramos en cuenta únicamente la entidad de la contribución exigida en la ley no habría modo de diferenciar al coautor del cómplice primario, pues, según el texto, tanto la aportación de este, y con mucho más razón la del coautor, requieren ser decisivas e imprescindibles en el hecho. En los dos casos, de manera hipotética, sea que se suprima mentalmente la contribución del coautor sea la del cómplice primario, por la importancia que deben revestir ambos aportes, el delito no habría podido producirse.

B. La diferenciación podría hacerse, con mejor criterio, por el momento del iter criminis en que se realiza la aportación al hecho (teoría de la cooperación anterior o simultánea al hecho). Para compatibilizar las regulaciones del CP con esta teoría sería necesario fundar la correspondencia entre el realizar o cometer el hecho punible (propios de la regulación de la autoría: artículo 23 CP) con la actuación durante la fase ejecutiva del delito, y entre el auxiliar o prestar asistencia (propios de la regulación de la complicidad: artículo 25 CP) con la actuación durante la fase preparatoria del delito. Así una contribución decisiva prestada durante la preparación del delito determinaría la presencia de un cómplice primario, mientras que una aportación trascendente durante su ejecución fundaría coautoría(8). Pero este criterio (de indudable utilidad práctica) no debe asumirse sin necesarias atenciones, pues, por ejemplo, no siempre una contribución decisiva previa a la ejecución típica constituirá complicidad primaria, ni toda contribución trascendente sumultánea a ella constituirá coautoría. Quien toma parte en la ejecución del delito o quien coopera al momento de la ejecución puede, no obstante ello, no ser coautor sino cómplice, v.gr. quien facilita al falsificador (durante la acción de falsificar un documento) un lapicero, ha intervenido en la fase ejecutiva del delito y, sin embargo, puede ser cómplice pero no coautor (pues no codomina el hecho, vide infra). Del mismo modo, quien realiza un auxilio decisivo previo a la ejecución del delito puede, no obstante ello, no ser cómplice sino coautor, v.gr. quien empapa de gasolina el inmueble antes de que su compinche le prenda fuego es coautor (o debe serlo) aun cuando su intervención concluya antes de la acción típica (por cierto, formalmente apreciada, vide infra) de incendiar. A mayor abundamiento, este criterio tampoco puede compatibilizarse con aquellos supuestos de autoría mediata donde el hombre de atrás no interviene directamente ni presta su aportación durante la ejecución del delito, v.gr. introducir subrepticamente en el equipaje del viajero un paquete de droga (instrumentalización del que actúa incurso en error, vide infra).

4. Las teorías subjetivas básicamente distinguen las formas de intervención delictiva según el agente actúe con voluntad de autor o voluntad de partícipe. El partícipe se distingue, conforme a ella, por tener una voluntad dependiente o subordinada a la del autor, a cuya voluntad deja la ejecución del hecho, pues únicamente quiere auxiliar o apoyar el delito de otro (el autor). En cambio, el autor tiene una voluntad de cometer el delito no subordinada, pues su ejecución depende de sí mismo, de su propia decisión. Contra ella, debe

decirse que la determinación de si un interviniente tiene la calidad de autor o partícipe no puede realizarse atendiendo exclusivamente a la voluntad del que actúa ni puede depender de lo que el interviniente considere internamente, pues así aportaciones en el hecho punible (objetivamente) propias de un autor podrían fácilmente convertirse en intervenciones en calidad de partícipes, y viceversa. Además a una teoría subjetiva cabe criticarla en el sentido de que la voluntad del autor únicamente puede definirse a través del comportamiento al cual ella se dirige, por lo que el recurso a los elementos objetivos de tal comportamiento resultará siempre ineludible, ya que solo se puede conocer con regulares cuotas de seguridad lo perteneciente a la esfera interna de las personas a través de la objetivización (exteriorización) de la voluntad al actuar.

5. El debate doctrinal sobre la aceptación y rechazo de una teoría objetivoformal, objetivo-material o subjetiva (en sus distintas formulaciones), de cara a precisar (claro está, dentro de un concepto restrictivo de autory cuándo se puede decir que existe una contribución de autor y cuándo una de partícipe, ha sido prolífico e intenso(9). La doctrina penal mayoritaria considera que la solución a este problema no puede ser ni un criterio puramente subjetivo ni un criterio puramente objetivo. Ello porque, como se ha anotado, a la teoría subjetiva cabe criticarla en el sentido de que la voluntad del autor únicamente puede conocerse a través del comportamiento al cual ella se dirige, lo cual implica reparar (necesariamente) ya en elementos objetivos. Tal como anota STRATENWERTH(10): la teoría subjetiva "requiere (también) la descripción de los diversos roles de los partícipes según sus aspectos objetivos. Lo decisivo es pues lo querido, pero en su significación objetiva" ya que aplicada en solitario no se llega a una clara determinación(11). En sentido similar se pronuncia JESCHECK(12), quien apunta: "Ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan, pues, apropiadas para fundamentar de manera convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, delimitar acertadamente entre sí la autoría y la participación. Procede intentar, por lo tanto, una síntesis de ambas opiniones doctrinales, cada una de las cuales caracteriza correctamente un aspecto de la cuestión pero, aplicada en solitario, no llega a captar el sentido total de aquella". Coincide también MAURACH(13), quien opina que si bien un indicio subjetivo de la voluntad del autor está constituido por el interés en el resultado típico, este indicio no puede bastarse a sí mismo, sino que requiere además de indicios objetivos; los indicios objetivos y subjetivos no resultan decisivos por sí solos. Este planteamiento constituye pues el dominante en la doctrina penal comparada, puesto que, en resumen, toma en cuenta que lo que cada interviniente quiere debe ser investigado valorativamente por la vía de una consideración genérica y global del hecho sobre la base de criterios tanto subjetivos como objetivos(14).

Ahora bien, una síntesis de los criterios objetivos y subjetivos para fundar la autoría la encontramos en la teoría del dominio del hecho, cuyos fundamentos han alcanzado en la doctrina penal una posición destacada y dominante(15). La teoría del dominio del hecho puede ser vinculada a un concepto final de la acción:

"si la acción humana se entiende como un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quién ha realizado una acción y, por tanto, quién es autor de la misma, nos remite a aquel que ha tenido el dominio final del

suceso"(16). Solo el autor tiene dominio del hecho, y no el partícipe: el autor dirige finalmente el acontecimiento típico, tiene entre sus manos el curso típico de los acontecimientos, al cual se extiende el dolo; solo el autor puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo(17). Dentro de la autoría, la doctrina del dominio del hecho se manifiesta de tres formas: el dominio de la acción (en la autoría individual: el autor directo es el que tiene el dominio del hecho), el dominio de la voluntad (en la autoría mediata, ejercido por la "persona de atrás") y el dominio funcional del hecho o codominio del hecho (en la coautoría: el dominio del hecho no es ejercido por una persona individual sino en común por un número plural de ellas)(18)(19). La teoría del dominio del hecho también ha sido acogida favorablemente -en lo fundamental- en España por un considerable sector doctrinal, que ha encontrado en ella la solución a varios de los complejos problemas(20) derivados de la autoría y la participación delictivas. Actualmente muchos autores españoles se adhieren abiertamente a ella y a los criterios que engloba: el dominio de la acción en la autoría directa; el dominio de la voluntad en la autoría mediata; y el dominio funcional del hecho en la coautoría(21). De modo similar, en el DP peruano existe una apreciable tendencia doctrinal (y también jurisprudencial) a aceptar los planteamientos de la referida teoría, a la que se suele considerar "doctrina dominante". Siguiendo a la doctrina penal comparada (principalmente alemana) se adhieren a ella, en definitiva, VILLAVICENCIO TERREROS, PEÑA CABRERA, VILLA STEIN Y BRAMONT-ARIAS(22), entre otros; reconociendo asimismo sus repercusiones en la autoría directa, en la coautoría y en la autoría mediata(23).

II. El dominio de la acción

1. Realización del tipo de manera directa, dolosa y libre

Ya se ha referido que los tipos de la Parte Especial del CP describen las conductas típicas en función de un autor (individual), v.gr. el "El que" con que empiezan los delitos comunes. En tal sentido, se puede afirmar que quien de manera individual realiza dolosamente y por sí mismo (directamente) todos los elementos del tipo penal respectivo se constituye, por ese hecho, en la figura central del suceso y tiene dominio de la acción. Característico de estos supuestos no lo es solo la realización personal o individual, sino fundamentalmente la realización libre (v.gr. exenta de coacción y error) de la conducta delictiva para fundar la autoría directa.

En tales condiciones y con tales márgenes de libertad (con un ámbito de autodeterminación de considerable amplitud), resultan irrelevantes los móviles o motivos (políticos, religiosos, de conciencia, etc.) que impulsaron al agente a realizar la conducta delictiva o si llevó a cabo la conducta al servicio o por orden de un tercero (v.gr. órdenes militares o policiales fuera de los casos del artículo 20 inciso 9; actuación como subordinado en un aparato organizado de poder, vide infra) o por influencia motivadora de una persona o con su decisiva asistencia, pues en ninguno de estos casos se puede poner en duda una actuación con libertad del ejecutor, y menos afirmar su instrumentalización (como sí sucede en la autoría mediata, vide infra). Subjetivamente, quien así actúa no somete (en el sentido del dominio de la voluntad) en ningún caso su

voluntad a la de nadie sino que depende la suya propia para realizar (continuar, modificar o interrumpir) el delito. Por ello, conductas como despertar el dolo y determinar la comisión del delito permanecen en la periferia del hecho central (inducción) y no afectan la autoría del ejecutor.

2. La realización típica de manera directa y dolosa, pero no libre

Este grupo de supuestos comprende diversos casos a) aquellos en los que el ejecutor obra coaccionado (por amenaza o intimidación), b) aquellos en los que el ejecutor obra bajo una presión motivacional socialmente inadecuada (pero no excluyente de culpabilidad, v.gr. que permanece en el ámbito de la inducción: artículo 24), c) aquellos en los que el ejecutor obra en situación de estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4), estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5), miedo insuperable (artículo 20 inciso 7) u orden ilícita de autoridad (artículo 29 inciso 9), d) aquellos en los que el ejecutor obra en estado de inimputabilidad (artículo 20 incisos 1 y 2), y e) aquellos en los que el autor obra incurso en error sobre la antijuridicidad de su acto (artículo 14 párrafo segundo y 15, o en error de prohibición indirecto o sobre una causa de justificación: artículo 21), excluyentes de culpabilidad(24). También en todos estos casos el ejecutor lleva a cabo dolosamente la acción típica por sí mismo (directamente) y ejerce el dominio del hecho requerido, aun cuando su libertad de actuar se encuentre restringida. A favor de tal afirmación, cabe decir que, en principio, el actuar influido psíquicamente, presionado motivacionalmente, limitado en la capacidad para autodeterminarse conforme a las normas, incurso en error sobre la antijuridicidad de la conducta, bajo condiciones que hagan inexigible una conducta conforme a Derecho, intimidado o coaccionado o en una situación de peligro inminente, no excluyen la tipicidad (subjetiva) de la conducta (el dolo), sino a lo sumo la culpabilidad del agente (la antijuridicidad en caso del artículo 20 inciso 4, o ninguna de ellas en los casos en que constituyen aún inducción). En tal sentido, ni el obrar bajo una presión motivacional socialmente inadecuada, ni el actuar en estado de necesidad justificante, ni el obrar en estado de necesidad exculpante, miedo insuperable o por orden ilícita de autoridad, ni el obrar en estado de inimputabilidad ni en error de prohibición excluyen el dolo; de lo contrario solo cabría concebir a tales circunstancias -contra la doctrina absolutamente dominante- como causas de atipicidad (subjetiva) de la conducta. Aun en el caso extremo de que la voluntad se encuentre presionada gravemente por peligro de muerte (mientras no se esté en un supuesto de vis absoluta como causal de ausencia de acción en sentido penal) el dominio del hecho lo tiene el ejecutor con la realización dolosa y directa de la conducta. La voluntad libre puede entonces encontrarse incluso de una manera tan intensa (como en el artículo 20 inciso 5), o la culpabilidad enervada de manera relevante (como en ciertos casos de inimputabilidad), pero el ejecutor no pierde el dominio del hecho, pues el ocurrir concreto de los acontecimientos siguen dependiendo de él. Sea que el ejecutor obre inmerso en cualquiera de las circunstancias antes anotadas o no, 'no puede negarse que la ejecución de la conducta y el curso de la acción son su obra. A excepción de los casos que, a pesar de la presión motivacional intensa (no excluyente de culpabilidad), permanecen en el ámbito de la inducción (donde solo hay un autor directo con dominio de la acción), en los de-

(24) Doctrina nacional dominante.

más supuestos puede existir, tras el ejecutor de la conducta, un autor mediato (v.gr. la persona que amenaza de muerte al ejecutor en el estado de necesidad exculpante), quien ejerce el dominio de la voluntad. Pero el hecho de que se pueda hablar aquí de un autor mediato no significa siempre negar por ello el dominio de la acción por parte del ejecutor inmediato. Ello porque el autor mediato no puede tener dominio del hecho directamente sino a través del dominio del hecho del ejecutor (autor directo), de modo tal que si este no lo tuviese, tampoco lo podría tener aquel: ambas autorías pueden coexistir en el hecho globalmente considerado⁽²⁵⁾.

3. Dominio de la acción de quien realiza de manera directa y dolosa algún elemento del tipo penal

Quien realiza de manera directa y dolosa (libre o no) todos los elementos del tipo penal tiene, conforme se ha anotado, el dominio del hecho como autor directo (al margen de la eventual coexistencia de una autoría mediata del hombre de atrás). Ello sin embargo, no significa que para tenerlo el agente deba realizar siempre todos los elementos del tipo penal. Aparte que se puede ser autor directo de una tentativa delictiva donde falta cumplir al menos algún elemento del tipo objetivo, su realización puede repartirse en caso de una pluralidad de intervinientes en el delito. Es cierto que a veces no podrá siquiera ponerse en duda la autoría y el dominio del hecho en quien realiza de manera directa y dolosa algún elemento del tipo penal o algunos de ellos (presuponiendo, claro está, la realización de los restantes elementos por parte de otro coautor o coautores); por ejemplo, cuando se realiza la acción típica nuclear del precepto, v.gr. matar, lesionar, sustraer, dañar, etc. Pero ello no significa que el cumplimiento de un elemento del tipo cualquiera sea ya suficiente para fundamentarlo, ya que puede suceder que a pesar de su efectiva realización, al agente no le quepa la calidad de coautor sino solo de cómplice; y que a pesar de su no realización pueda afirmarse coautoría (vide supra). Ello pone en evidencia que en caso de una pluralidad de intervinientes, para precisar si uno de ellos es coautor o cómplice, no ha de ser (siempre) determinante si realizó o no un elemento del tipo penal. Como ya se anotó, se puede ser coautor sin realizar ningún elemento del tipo (y ello al margen de una teoría objetivo-formal, v.gr. el jefe de la banda de ladrones que imparte las órdenes a distancia), y se puede ser cómplice habiendo ejecutado alguno de ellos (v.gr. interviniente en la fase ejecutiva sin dominio funcional, vide infra).

III. El dominio de la voluntad

El dominio de la voluntad se caracteriza porque quien lo posee (el autor mediato: el hombre de atrás) no ejecuta el hecho personalmente (ni de manera directa ni por sí mismo) sino a través de otra persona a la que instrumentaliza. En estos casos el ejecutor directo (que a veces puede constituirse también como un autor, pero directo, con dominio del hecho), que es instrumentalizado

por el autor mediato, puede obrar, bien coaccionado, bien incurso en error, bien en estado de inimputabilidad, o bien como parte subordinada inmersa en una estructura organizada de poder u organización delictiva. Sin embargo, como se verá, no siempre el mero ejecutor directo instrumentalizado (v.gr. incurso en error) o el ejecutor directo con dominio de la conducta pero instrumentalizado (v.gr. subordinado en una estructura organizada de poder) estará exento de responsabilidad penal, pues, por ejemplo, el incurso en error puede ser punible por un delito imprudente, o el ejecutor subordinado en una estructura organizada de poder ser autor directo del delito, del mismo modo que el superior autor mediato.

1. El dominio de la voluntad en virtud de coacción

A. A este grupo de supuestos pertenecen, en primer lugar, los casos en que el hombre de atrás instrumentaliza mediante amenaza, coacción o intimidación a una persona que obra justificadamente (v.gr. en estado de necesidad justificante:

artículo 20, inciso 4, CP) para cometer su ilícito. El hombre de atrás que coacciona se sirve de una persona que obra típica pero no antijurídicamente (lícitamente) para cometer un hecho punible. Aquí si bien el ejecutor directo no pierde el dominio del curso de los hechos que realiza, el autor mediato domina su voluntad, y con ella (indirectamente), el propio hecho ejecutado. Ahora bien, como el ejecutor directo instrumentalizado actúa lícitamente (es decir, no es autor de ilícito alguno), únicamente él estará exento de responsabilidad penal (v.gr. conforme al artículo 20, inciso 4, CP), a diferencia del hombre de atrás que es punible por haber realizado por medio de otro -el ejecutor directo- dolosamente, y con dominio de su voluntad, el hecho punible (artículo 23 CP). El dominio de la voluntad del autor mediato ejerce una influencia de tal entidad que para el DP el ejecutor directo debe quedar exento de responsabilidad penal. Ejemplo: El pasajero P amenaza al taxista T, a fin de que este destruya con su auto un bien mueble ajeno (P es autor mediato de daño~; T está exento de pena por haber actuado en estado de necesidad justificante: artículo 20~inciso 4, CP).

B. En segundo lugar, pertenecen a este grupo de supuestos aquellos en que el autor mediato domina la voluntad del autor directo, que realiza la conducta antijurídica coaccionado por obra de aquel, ya sea en estado de necesidad exculpante (artículo 20, inciso 5) o compelido por miedo insuperable (artículo 20, inciso 7).

Ambas formas de autoría coexisten en el hecho global: mientras el autor directo domina el curso de los hechos que ejecuta, el autor mediato domina la voluntad del autor directo, y con ella (indirectamente), el propio hecho ejecutado (pero ambos actúan antijurídicamente). El que coacciona domina directamente solo al coaccionado. "Solo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho"(26). Únicamente el ejecutor directo en estos casos, conforme al artículo 20 CP (incisos 5 y 7), está exento de responsabilidad penal (no siéndole exigible una conducta conforme a Derecho, su conducta antijurídica es exculpada), a diferencia del autor mediato

que es punible por haber realizado por medio de otro (dolosamente y con dominio del evento) el hecho punible (artículo 23 CP). Así como en el caso anterior, se puede afirmar que el dominio de la voluntad (y con ella del hecho global) del autor mediato en estos casos es tal que produce la exención de la responsabilidad penal del ejecutor directo. Ejemplos: 1. B amenaza con causar una lesión grave a C si este no mata a D, por lo que mata a D (B es autor mediato del homicidio de D; e es autor directo de homicidio pero está exento de pena por haber obrado en estado de necesidad exculpante: artículo 20, inciso 5). 2. X amenaza con descuartizar al médico M con una sierra eléctrica a fin de que este inocule veneno a su paciente P (X es autor mediato del homicidio de P; M es autor directo de homicidio pero está exento de pena por haber obrado compelido por miedo insuperable: artículo 20, inciso 7)(27).

Asimismo, debe afirmarse autoría mediata de lesiones u homicidio (y el dominio de la voluntad del ejecutor víctima) en aquella persona que fuerza a otra a la autolesión o al suicidio mediante una amenaza con peligro inminente para la vida, la integridad física o la libertad del agente o de un allegado suyo, en una situación exculpante de no exigibilidad de una conducta conforme al Derecho (v.gr. artículo 20 incisos 5 ó 7), v.gr. X amenaza con dispararle a Y si este no se corta (a sí mismo) un dedo (X autor mediato de lesiones) (sobre ello vide más infra).

C. También existe autoría mediata en los supuestos en que el ejecutor directo actúe en virtud de una orden ilícita de autoridad (artículo, 20 inciso 9)(28). En estos casos solo podrá afirmarse el dominio de la voluntad por parte del superior jerárquico en un reducido número de supuestos que son a los que a mi parecer se extiende la eximente, solo donde quepa apreciar que el autor directo se halla exculpado por no poder determinarse ya conforme a las normas. Evidentemente nadie está obligado (jurídicamente) al cumplimiento de conductas ilícitas (pues deontológicamente no puede existir un deber jurídico de cumplir órdenes antijurídicas: lo ilícito nunca es debido), y la orden superior de cometer un delito en ningún caso debe ser obedecida, y si lo es, (fuera de los casos de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, vide infra, donde en todo caso, el ejecutor directo no está exento de responsabilidad penal) no puede fundar autoría mediata por parte del superior, sino que el ejecutor directo subordinado tendrá (solo él) dominio del hecho, mientras que al superior jerárquico le cabe responsabilidad por inducción (o coautoría, en su caso). Respetando ello, como nadie -ni siquiera los mandos inferiores en la esfera militar- están obligados por el ordenamiento jurídico a cumplir mandatos antijurídicos, la presión psíquica intensa que impide determinarse conforme a Derecho (y que hace inexigible otra conducta, exculpándola)(29) solo podrá eximir, conforme al artículo 20 inciso 9, en un reducido número de casos de poca significación, en aquellos en que se pueda decir que la decisión del ejecutor directo, por tal razón, ya no es libre (en faltas o delitos de muy reducida gravedad, v.gr. maltrato de obra, faltas contra la integridad física, algunas detenciones ilegales, violaciones de domicilio en el ámbito policial o militar; ciertos delitos contra la administración pública, etc.), pero nunca respecto de un delito grave (v.gr. contra la vida, la integridad física o la libertad).

2. El dominio de la voluntad en virtud de error

A. En estos casos el sujeto de atrás utiliza a una persona incurso en error para cometer un delito, y es quien consecuentemente tiene el dominio de su voluntad.

Aquí el hombre de atrás condiciona los hechos de tal manera que la conducta efectuada por el ejecutor solo puede atribuirse como obra suya. A diferencia de los casos anteriores, en estos solo se puede apreciar a un autor mediato y a un ejecutor directo ciego e instrumentalizado incurso en error (sin dominio ni estatus de autor). Pues si presupuesto del dominio del hecho es la actuación de manera dolosa del ejecutor directo, al contrario, la ejecución de la conducta en error excluye el dolo, y con él, todo dominio posible de la conducta. En tal sentido, solo la persona de atrás tiene dominio del hecho (de la voluntad del instrumentalizado), pues solo ella dirige finalmente el discurrir de los hechos hacia el resultado, solo ella encauza el acontecer en dirección a la finalidad pretendida; mientras que el ejecutor incurso en error es solo un instrumento ciego en el hecho, v.gr. B utiliza al mensajero M para enviar a C un paquete que contiene una bomba, que posteriormente explota en sus manos (B es autor mediato de homicidio; M actúa atípicamente)(30).

B. Sin embargo, en estos casos, el ejecutor directo incurso en error (vencible) sí puede ser autor directo de un delito por imprudencia inconsciente o consciente (que es un ámbito ajeno al dominio del hecho), con lo cual ciertamente coexistiría en el hecho globalmente considerado dos formas de autoría: un autor mediato y un autor directo; claro está de dos delitos diferentes: uno doloso y uno imprudente, respectivamente. En tales casos, el ejecutor directo (como instrumento ciego e instrumentalizado o advirtiendo la posibilidad de resultado sin aceptarla) se ha dejado dominar por el autor mediato en virtud de su falta de cuidado debido, pues siendo diligente habría salido del error instrumentalizador en que se encontraba y modificado el curso causal dirigido hacia el resultado. Naturalmente, para que el ejecutor directo incurso en error pueda ser autor por culpa debe existir necesariamente el tipo imprudente correspondiente al tipo doloso del autor mediato, v.gr. B ha cambiado dolosamente el contenido del frasco destinado a C (insulina) por una sustancia letal (querosene), a fin de que D, que es muy distraído, se la inocule: B autor mediato de homicidio doloso (artículo 106 CP), y C autor directo de homicidio culposo (artículo 111 CP).

c. También cabe la posibilidad de fundar dominio de la voluntad del autor mediato en caso el ejecutor directo esté incurso en un error de prohibición (sobre la ilicitud de su acto), vencible o invencible, como causa de inculpabilidad (conforme a los artículos 14, párrafo segundo, o 15 CP(31)). Para ello, será necesario comprobar que el ejecutor directo desconocía la antijuridicidad de la conducta y, en cambio, el hombre de atrás sí poseía ese conocimiento. En caso contrario (tanto si el ejecutor directo advirtió la antijuridicidad material de la conducta como si el hombre de atrás la desconocía) este sería solo un mero inductor (o cómplice)(32). Dicha forma de autoría mediata es posible tanto si el hombre de atrás ha inducido al error al ejecutor directo (creando en él una falsa idea de la conducta materialmente antijurídica que ejecuta) como si solo se limita a cooperar en el hecho o a aprovecharse del error en el que está incurso para dirigirlo hacia sus designios.

En ambos casos también es posible apreciar en la acción global la coexistencia de dos autores: un autor directo, quien ejecuta personalmente la conducta antijurídica, sea que esté exento de pena (error de prohibición vencible) o no (error de prohibición invencible), y un autor mediato, quien conoce la antijuridicidad de la conducta y domina la voluntad del ejecutor (por determinación o aprovechamiento del error), v.gr. X utiliza a un indígena amazónico que recién ha llegado a la ciudad (Z) para apropiarse de los frutos de un árbol ajeno (X autor mediato de hurto; Z está exento de pena al obrar en error de prohibición: artículo 15).

D. Puede presentarse dominio de la voluntad del autor mediato en los casos denominados como de error de prohibición indirecto o sobre los requisitos de una causal de justificación (en la que el ejecutor directo cree erróneamente estar amparado), cuya resolución -a falta de una norma específica- debe hacerse conforme al artículo 21 CP (eximentes incompletas), en concordancia con la particular causa de justificación del artículo 20 CP. En estos casos, el hombre de atrás (autor mediato) domina la voluntad e instrumentaliza al ejecutor directo al provocar (dolosamente) su error, o aprovecharse (dolosamente) de él, acerca de la concurrencia de un presupuesto material de una causal de justificación (v.gr. legítima defensa o estado de necesidad justificante), instigando o posibilitando la comisión de la conducta antijurídica por parte del ejecutor instrumentalizado. En estos supuestos el ejecutor directo se ha representado erróneamente una realidad (la concurrencia de una causa de justificación) de la cual el autor mediato se sirve para sus propósitos criminales. Como se infiere, esta representación errónea del ejecutor directo se opone a la consciencia de la antijuridicidad material, pues precisamente lo que él cree es que está actuando conforme a Derecho. Caso contrario, si el ejecutor directo tuviese tal conocimiento, ya no podría decirse más que ha creído que estaba actuando jurídicamente, con lo que decaería el propio fundamento del error de prohibición indirecto. Ejemplo: X le hace creer a Y que el transeúnte Z que se le acerca corriendo (que es enemigo de X) es un ladrón armado, ocasionando que Y repela (como legítima defensa pero en ausencia de agresión ilegítima) lo que cree es un ataque (X es autor mediato de las lesiones de Z).

E. También puede presentarse dominio de la voluntad del autor mediato en los casos de error sobre los presupuestos de una causal de exclusión de la culpabilidad (en la que el ejecutor directo cree erróneamente estar inmerso), cuya resolución -como en el caso anterior, a falta de una norma específica- debe hacerse también conforme al artículo 21 CP (eximentes incompletas), en concordancia con la particular causa de exculpación (o de no exigibilidad de una conducta arreglada a Derecho) del artículo 20 CP. En estos casos el hombre de atrás (autor mediato) domina la voluntad e instrumentaliza al ejecutor directo al provocar (dolosamente) su error, o aprovecharse (dolosamente) de él, acerca de los presupuestos de una causal de exclusión de la culpabilidad (v.gr. estado de necesidad exculpante, miedo insuperable u orden ilícita de autoridad), instigando o posibilitando (en caso de aprovechamiento del error) la comisión de la conducta antijurídica por parte del ejecutor instrumentalizado.

En estos supuestos el ejecutor directo, si bien sabe que realiza una conducta materialmente antijurídica, se representa erróneamente la concurrencia de una circunstancia que hace in exigible una conducta conforme a Derecho o lo exculpa (que enerva su culpabilidad o reprochabilidad), de lo cual se sirve el autor mediato para sus propósitos criminales, v.gr. X le hace creer a Y que la cuerda que los sostiene a una cima está a punto de romperse, induciéndolo a que corte la cuerda por encima de C, que se encontraba más abajo (X es autor mediato del homicidio de C).

F. Parte de la doctrina aprecia autoría mediata también en los casos en que el hombre de atrás induce dolosamente a error in persona (especie de error de tipo) al ejecutor directo, si bien no como dominio de la voluntad propiamente dicho⁽³³⁾, pues el ejecutor tiene aquí dominio de la acción y realiza una conducta antijurídica culpablemente. No obstante la irrelevancia del error in persona para el autor directo (v.gr. el ejecutor ha querido matar y ha matado), se sustenta su relevancia en la autoría mediata sobre la base de que el resultado producido en definitiva no ha sido el querido por el ejecutor y sí por el hombre de atrás; y en tal medida, se llega a afirmar que el hombre de atrás ha utilizado también al ejecutor como un instrumento ciego para su concreto propósito criminal. Conforme a ello, habrá también en estos supuestos dos autores con dominio del hecho: un autor directo (el ejecutor incurso en error in persona) y un autor mediato (el hombre de atrás que induce a error in persona al ejecutor). Aquel es, en virtud del error al que ha sido inducido, instrumentalizado por este para un determinado fin (querido por el hombre de atrás pero no por el ejecutor directo), v.gr. B tiene resuelto matar a D; A hace creer a B que C es D; B mata a C (A autor mediato y B autor directo del homicidio doloso de C). En cambio, en los supuestos de error de tipo denominados *dolus generalis* los resultados son marcadamente diferentes. En estos casos el ejecutor directo tiene dominio del hecho durante la ejecución del delito pero lo pierde antes de su consumación, pues solo el autor mediato tiene dominio del hecho con respecto al delito consumado. Además, como en otros casos, aquí también el hombre de atrás induce a error del ejecutor directo, o se aprovecha del error en que se haya inmerso, para que este realice su finalidad criminal. Por ello, el ejecutor directo solo podrá ser sancionado como autor de una tentativa delictiva (en concurso ideal con un delito imprudente consumado, de existir el tipo penal correspondiente), mientras que el hombre de atrás será autor mediato del delito doloso consumado; v.gr. A cree haber matado a B. C, quien advierte que B solo está inconsciente, le aconseja arrojar el "cadáver" al agua para ocultar el delito. B muere ahogado en el agua⁽³⁴⁾ (C es autor mediato del homicidio doloso de B; A autor directo de tentativa de homicidio doloso en concurso ideal con homicidio imprudente consumado).

G. Existe además dominio del hecho, propio de la autoría mediata, cuando el hombre de atrás instrumentaliza a una persona que actúa atípicamente. El caso de mayor importancia en este ámbito es aquel en que, mediante inducción a error, se provoca el suicidio de una persona o su autolesión (conductas atípicas)⁽³⁵⁾. Ejemplos: 1. El médico M provoca dolosamente el suicidio del paciente P haciéndole creer que va padecer una enfermedad dolorosa, mortal e incurable (M autor mediato de homicidio). 2. X hace que Y toque unos cables de electricidad, haciéndole creer que son unas inofensivas cuerdas,

ocasionándole quemaduras (X es autor mediato de lesiones). En estos casos, quien realiza la conducta atípica también actúa instrumentalizado en virtud del error al que ha sido inducido por el hombre de atrás; error que precisamente determina su decisión de actuar conforme a la pretensión criminal del autor mediato(36).

H. Los clásicos ejemplos de autoría mediata en que el hombre de atrás instrumentaliza a una persona que actúa típica pero no antijurídicamente en nuestro ordenamiento jurídico son muy reducidos, si se concibe (como acá) que gran parte de los casos que se incluyen en el actuar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, inciso 8) hacen decaer la relevancia típica de la conducta (y no solo excluyen su antijuridicidad). Puede mencionarse sí el caso de autoría mediata como inducción a error al funcionario para que relace una detención arbitraria (el hombre de atrás es autor mediato de un delito contra la libertad personal, al margen del correspondiente delito contra la administración de justicia). Los casos de autoría mediata como instrumentalización de una persona que obra en legítima defensa o estado de necesidad justificante deben descartarse, ya que la inducción a error de una situación justificante se opone a la juridicidad del comportamiento (por lo que la conducta es ya ilícita). Podría mencionarse sí el ejemplo de ROXIN sobre las lesiones corporales justificadas por el derecho de corrección: el vecino sádico consigue mediante engaños que el padre de un joven travieso le propine a este una paliza, idónea para educarlo(37) (vide artículo 423 inciso 3 CC). De otro lado, la autoría mediata como inducción a error al magistrado para que prevarique (otro ejemplo generalmente citado) está descartada en nuestro CP, pues el magistrado incurso en error actúa atípicamente según el artículo 418 CP que exige un realizar "a sabiendas" el tipo penal, y ello al margen del problema de la falta de cualificación del hombre de atrás (extraneus), conforme al artículo 26 CP (pero su conducta puede ser punible con arreglo al artículo 416 CP, por ejemplo).

3. El dominio de la voluntad en la utilización de inimputables

A. Conforme al artículo 20 inciso 1 CP, el inimputable (con anomalía psíquica, grave alteración de la consciencia o grave alteración de la percepción) no debe poseer la facultad para comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión. La alusión a la incapacidad para comprender el carácter delictuoso del acto se vincula a un defecto intelectual del inimputable, mientras que la alusión a la incapacidad para determinarse según esa comprensión hace referencia a un defecto volitivo (inhibitorio). En el primer caso, cuando el hombre de atrás se aprovecha del estado de inimputabilidad del ejecutor directo (por el que no puede comprender la antijuridicidad material de su acto), instrumentalizándolo, tanto la inducción a cometer un ilícito como la cooperación al que tiene resuelto cometerlo fundamentan la autoría mediata, v.gr. X induce a un enfermo mental a prender fuego en una casa (X es autor mediato de daños o del artículo 273 CP). Acá - como en los supuestos de causales de exculpación, vide supra- puede apreciarse un autor directo con dominio de la acción (el ejecutor inimputable del ilícito impune) y un autor mediato que domina su voluntad (el hombre de atrás punible). Asimismo, existe autoría mediata con dominio de la voluntad cuando

el hombre de atrás se aprovecha del estado de inimputabilidad del ejecutor directo para inducirlo o posibilitar su suicidio o autolesión (autoría mediata de homicidio o lesiones), v.gr. B induce a un oligofrénico profundo a arrojarle por una ventana (B es autor mediato de homicidio). En cambio, en el segundo caso, cuando el hombre de atrás se aprovecha del estado de inimputabilidad del ejecutor directo (por el que si bien comprende la antijuridicidad material de su acto y tiene claro lo prohibido de su conducta, no puede determinarse conforme a esa comprensión), cabe diferenciar los supuestos en que el hombre de atrás induce o determina al in imputable a cometer un ilícito, de aquellos en que solo lo auxilia o coopera en su realización. En los casos de dolosa inducción o determinación al ilícito cabe afirmar la autoría mediata del hombre de atrás sobre la base de la falta de capacidad de inhibición o facultad para resistir el impulso del inimputable (este es dominado en la formación de la voluntad por aquel para la realización del ilícito). En los casos de dolosa cooperación o auxilio en el ilícito, caracterizados porque el inimputable ya ha adoptado la decisión de cometer el ilícito, podrá fundarse el dominio de la voluntad de la autoría mediata siempre que la cooperación del hombre de atrás sea decisiva para la comisión del ilícito, de una entidad tal que sin ella el ilícito (del inimputable) no hubiera podido perpetrarse; v.gr. el esquizofrénico interno mata a la enfermera E con un arma proporcionada por el médico M, quien conocía su resolución criminal (M es autor mediato de homicidio). Acá también puede apreciarse un autor directo con dominio de la conducta (el ejecutor inimputable del ilícito impune) y un autor mediato que domina su voluntad (el hombre de atrás punible). De la entidad antes referida también debe ser la cooperación del hombre de atrás para afirmar su autoría mediata con dominio de la voluntad (y no solo inducción o ayuda al suicidio: artículo 113 CP) en caso de la instrumentalización de in imputables para su suicidio o autolesión (autoría mediata de homicidio o lesiones). Naturalmente, también pueden darse casos de mera inducción del hombre de atrás sobre todo en caso los imputables relativos (artículo 20, inciso 1, en concordancia con el artículo 21 CP) no solo comprendan lo prohibido de su conducta sino que actúen de acuerdo a esa comprensión; en tales casos el partícipe inductor lo será de un ilícito penal principal: la conducta antijurídica de un semiinimputable, quien como autor directo del delito puede ser receptor de una pena atenuada y de una medida de seguridad (vide artículo 77 CP).

B. Conforme al artículo 20 inciso 2, está exento de responsabilidad penal el menor de dieciocho años. Por su parte, el artículo I del TP del CNA considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años. El dominio de la voluntad en caso de utilización de menores de dieciocho años de edad no puede afirmarse con validez general en todos los casos. Más bien, de modo similar al caso anterior, deben diferenciarse los supuestos en que el menor de edad no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse conforme a esa comprensión. Como regla general, si bien sujeta a excepciones, puede señalarse que al menos una de esas facultades faltará en los menores de doce años de edad (niños según el CNA); más difícil es afirmar -ni siquiera como regla general- que al menos la primera estará presente en los menores entre doce y dieciocho años (adolescentes según el CNA). Únicamente en caso de que el menor de edad adolescente

posea ambas facultades podrá negarse el dominio de la voluntad propio de la autoría mediata, y afirmarse inducción. En tal sentido, siempre como regla general (*iuris tantum*), puede decirse que hay autoría mediata en caso el hombre de atrás utilice a un menor de doce años para la realización del hecho punible. Por su parte, para determinar inducción en casos en que el ejecutor directo es un adolescente, tendrá que evaluarse (sobre la base de la apreciación de su madurez mental, y su desarrollo moral e intelectual) si posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto y para determinarse conforme a esa comprensión; en caso contrario, si falta aunque sea una de ellas, podrá afirmarse (como regla general) el dominio de la voluntad del hombre de atrás propio de la autoría mediata (v.gr. como en el artículo 297 inciso 5 CP). También pueden darse casos de mera inducción del hombre de atrás en caso de que el adolescente no solo comprenda lo prohibido de su conducta sino que actúe conforme a esa comprensión; en tales casos el partícipe inductor lo será de un ilícito penal principal: la conducta antijurídica de un imputable infractor, quien como autor directo del delito puede ser receptor de una sanción propia del Código de los Niños y Adolescentes(38).

4. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas

En lo esencial, esta clase de autoría mediata se plantea cuando, dentro de una estructura organizada de poder, un superior jerárquico ordena a un inferior subordinado la realización de una conducta ilícita, la que este ejecuta. Se trata de fundamentar aquí si el superior jerárquico, emisor del mandato antijurídico, puede ser considerado autor mediato (con dominio de la voluntad) del hecho punible perpetrado por órdenes suyas(39). Ello teniendo en cuenta que el subordinado ejecutor, en estos casos, es también autor (no mediato sino directo, con dominio de la acción) de la conducta ilícita ordenada, la que además realiza responsablemente (con culpabilidad).

En principio, debe señalarse que esta forma de autoría mediata solo es posible dentro de una estructura de poder organizada jerárquicamente, donde pueda diferenciarse, al menos, mandos superiores (que emiten órdenes) e inferiores subordinados (que las cumplen), pudiendo existir también mandos intermedios (intermedios inferiores y superiores)(40). Pero tanto unos como otros deben necesariamente pertenecer (formar parte, ser integrantes) de la estructura organizacional(41).

La organización debe estar jerarquizada de tal forma que pueda decirse que el hombre de atrás domina y tiene a su disposición una maquinaria personal a través de la cual pueda perpetrar delitos sin que sea necesario delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor inmediato. Dicha jerarquización además debe permitir una distribución de funciones y competencias entre los diversos miembros de la organización, así como la canalización de las órdenes y una adecuada ordenación de actividades. Debe permitir, por ejemplo, que el mando superior pueda confiar en que la orden ilícita que emite, una vez transmitida por los mandos intermedios, va a ser cumplida por un subordinado(42). Las estructuras de los aparatos organizados de poder deben además encontrarse al margen de la legalidad o desvinculados del Derecho. El incumplimiento de este requisito (v.gr la comisión aislada de un delito ordenada por un superior a un subordinado dentro de la administración pública) descarta

la autoría mediata y los casos que comprende han de ser tratados con las reglas comunes de la autoría y participación (o de la exigibilidad, en su caso)(43). De otro lado, no es necesario, para fundar autoría mediata, que la estructura cumpla un fin específico; puede tener un corte político, ideológico, religioso, social, económico, empresarial, o de cualquier otra índole.

Conforme a lo anotado, autor mediato solo puede ser quien cuenta con la facultad de tomar decisiones y emitir órdenes a subordinados o personas sometidas a su mando, con el poder de influir sobre ellos; aquel que como parte de un aparato organizado de poder, sea cual fuere el lugar de la escala jerárquica en que se encuentre, tiene la potestad de impartir mandatos a subalternos, aun cuando el receptor de la orden constituya solo un eslabón intermedio en su transmisión y otro la ejecute. Como se aprecia, la posibilidad de que un superior tenga la calidad de autor por impartir una orden ilícita a un subordinado se emparenta con los otros supuestos de autoría mediata, que también prescinden del requisito de realizar o ejecutar (personalmente) el hecho punible. Tampoco aquí es necesario que los hombres de atrás (quienes emiten las ordenes ilícitas) estén presentes en el lugar y momento del crimen para poder tener dominio del hecho y ser calificados como autores mediatos con dominio de la voluntad (dominio de la organización)(44).

La responsabilidad a título de autor mediato del hombre de atrás descansa pues en el dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder (brevemente: en el dominio de la organización). En esta forma de autoría mediata el dominio del hecho descansa en un control de la organización, en el dominio de sus estructuras, de su funcionamiento y de la escala jerárquica correspondiente a la decisión que se toma. En este ámbito, el superior que emite la orden no necesita emplear coacción o engaño para que el subordinado ejecute el delito, pues la organización, en caso se rehúse a hacerlo, tiene a su disposición a otros subordinados que pueden asumir la función de ejecutante(45). Se caracteriza así a esta forma de autoría mediata por la fungibilidad del ejecutor(46), o sea, por la posibilidad ilimitada que tiene el superior emisor de la orden de reemplazar a la persona destinada a ejecutarla. Precisamente esta fungibilidad garantiza al hombre de atrás el control de los acontecimientos, pues sabe que el hecho será de todas maneras realizado, ya que el ejecutor no es más que una pieza de engranaje sustituible (el mando superior de la organización no renuncia al hecho pretendido solo porque un subordinado se niegue a la ejecución del delito). Hay entonces autoría mediata (de parte del superior emisor de la orden ilícita) si el ejecutor directo que la cumple fue empleado como mera pieza en el plan delictivo concebido al margen de él. Quien se encuentra ocupando una posición privilegiada en la estructura de la organización tiene así en sus manos el dominio de la organización, el si, el cómo y el cuándo de la ejecución del delito. Ergo, hay dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder si el agente, sea el lugar de la escala jerárquica que ocupe, utiliza sus competencias para la realización de delitos, dirigiendo la parte de la organización que le está subordinada. En tales condiciones, una acción consistente en simplemente firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato(47).

El dominio de la organización no supone que el único responsable como autor mediato es la persona que se encuentra en lo más alto de la cadena de mando. Autor mediato puede ser cualquier persona integrante de la organización, independientemente de la posición que ocupa dentro de la estructura jerárquica, con tal de que tenga a su cargo la dirección de una parte de la organización que le está subordinada sin que en tal ámbito tenga que dejar a criterio de otros la realización del delito. No afecta a tal calidad el que dirija y ordene la ejecución del delito por propia iniciativa, en interés de instancias superiores o, a su vez, cumpliendo órdenes. También pueden ser autores mediatos los eslabones y los mandos intermedios superiores, v.gr. si el mando intermedio, que solo transmite la orden de su superior a su inferior, sigue dirigiendo la parte de la cadena a su cargo será también autor mediato del delito que se ejecute. En estos casos, cuando entre el superior jerárquico que imparte la orden y el ejecutor directo del delito existe una pluralidad de eslabones intermedios, debe distinguirse a los mandos intermedios inferiores, cuya contribución al hecho es valorativamente similar a la de un cómplice primario o cooperador necesario, ya los mandos intermedios superiores, que, en virtud de lo imprescindible de su conducta, deberían ser considerados - como el superior de quien emana la orden- autores mediatos (con dominio de la organización). Por otro lado, como se ha anotado en casos anteriores, el dominio de la organización por parte del hombre de atrás no impide fundar autoría inmediata. El ejecutor que realiza personalmente el hecho en estos casos no pierde el dominio de la acción, por lo que también debe recibir el tratamiento de autor (directo).

IV. El dominio del hecho funcional

1. En principio, la utilización por nuestro CP del verbo cometer para definir la coautoría (como el realizar en la autoría individual: artículo 23 CP) permite vincularla al ejecutar (conjuntamente con otros) el hecho punible. De lo que se sigue que constituirá coautoría la realización conjunta (por parte de varios individuos) de la fase ejecutiva del hecho punible. Sin embargo, no cualquier aporte en la ejecución puede fundamentar la coautoría como ejecución conjunta del hecho punible.

Su consideración como modalidad de autoría (como estatus superior a la participación) exige en su fundamentación un aporte de apreciable importancia durante la fase de ejecución. Ello porque la aportación que preste un individuo durante dicha fase puede ser de tan poca entidad que ni siquiera permita hablar de una ejecución conjunta del delito o de un codominio del hecho (pluriautoría). El del coautor debe ser un aporte de una importancia tal que solo con él (aunado al del otro coautor) el delito haya sido realizable y sin él el delito (realizado solo por parte del otro coautor) no se hubiera podido cometer. Individualmente pues el delito no hubiese podido cometerse ya que cada coautor está vinculado íntimamente a la cooperación ejecutiva del otro. Es decir, su aportación en la fase ejecutiva debe ser un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, lo cual se corresponde con la exigencia de una función de importancia esencial para la concreta realización del delito. Sin embargo, identificar cometer conjuntamente el hecho punible con ejecutarlo conjuntamente (es decir, concebir a la coautoría como la realización conjunta de la fase ejecutiva del delito) debe ser objeto de precisiones. Ello

porque existen algunos casos en que se puede fundamentar coautoría y codominio del hecho sin que en rigor haya ejecución del hecho punible y realización de elementos objetivos del tipo penal. No todo aporte prestado durante la fase ejecutiva constituye sin más coautoría, y no todo aporte prestado fuera de ella nunca lo es (al menos no si se define la acción típica desde un punto de vista formal-objetivo). En efecto, a veces cabrá afirmar coautoría en un agente que strictu sensu no ha realizado actos ejecutivos del delito; incluso, a veces ni siquiera será necesario que un coautor esté presente durante la ejecución del delito, v.gr. el jefe de la banda de ladrones que guía a sus compinches e imparte las órdenes por teléfono celular es también coautor, "pues toda la empresa caería en confusión y fracasaría si la central de mando se viniera abajo de repente"(48).

Por otro lado, aun cuando se esté presente en el lugar de los hechos, no siempre es necesaria la realización de elementos objetivos del tipo para ser coautor; v.gr.

el interviniente que se queda vigilando en la puerta del banco o frente a él al volante de un auto con el motor encendido, ni amenaza a nadie ni sustrae bien alguno como exige al tipo penal, y sin embargo puede ser coautor (pues lo decisivo es el dominio funcional del hecho, vide a continuación).

2. Conforme al texto penal, existe coautoría si varios (al menos dos) individuos cometen conjuntamente el hecho punible. Por tanto, en ella cada individuo solo puede dominar el hecho global conjuntamente con los demás. El dominio total del hecho no está en manos de un solo coautor sino que está repartido entre los varios (coautores) que actúan conjuntamente. Solo en la medida en que se valore dicho actuar en conjunto (y no la conducta aislada de un coautor), podrá decirse que cada uno de los coautores (pero conjuntamente) tiene en sus manos el dominio del hecho global. La coautoría implica en tal sentido dominio del hecho conjunto (o codominio del hecho), pues cada autor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros(49). Además, el dominio del hecho en la coautoría es un dominio del hecho funcional, porque está determinado por la actividad o función específica que cumple el coautor dentro del hecho global mente considerado, y que le posibilitan codominarlo con los demás. El dominio funcional o codominio del hecho permite calificar como coautor únicamente a quien fue co-titular de la decisión del hecho cuya aportación en la ejecución del delito (vide supra) sea el resultado de una división del trabajo funcional en el marco de un programa conjunto. La cotitularidad de la decisión implica un acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del delito y la realización de sus consecuencias. Pues naturalmente solo si dos o más personas están de acuerdo, conforme al texto penal, se puede decir que obran conjuntamente. En sentido contrario, no existe cotitularidad de la decisión (ni codominio del hecho) si una persona presta durante la fase ejecutiva un aporte (incluso de mucha relevancia) a la obra conjunta de los coautores del delito, en virtud de una decisión individual y espontánea (por tanto, a lo sumo podrá ser cómplice o autora directa de un delito independiente). El acuerdo de voluntades limita además la relación de interdependencia entre coautores (en correspondencia con la incomunicabilidad -solo- de las circunstancias impersonales). Así, el exceso

consciente de un coautor que va más allá de lo acordado conjuntamente hace perder el codominio funcional del hecho, y el coautor obra como autor individual respecto al exceso, v.gr. un coautor del robo al banco comete violación sexual a una empleada. Por otro lado, el codominio funcional del hecho presupone una división del trabajo funcional, es decir, una asignación y distribución de tareas a desempeñar entre los coautores. Las actividades de los coautores, como se ha anotado, deben constituir aportes necesarios y esenciales en la realización del hecho, y deben aparecer además como funciones autónomas dentro de la división del trabajo. Se requiere entonces para ser autor del cumplimiento de una función independiente e indispensable para el desarrollo del suceso, v.gr. no es coautor aquel cuya intervención en el hecho se limita a aconsejar, ni aquel que solo está presente en el lugar del hecho y profiere frases de aliento (v.gr. quien apoya moralmente con su presencia o da voces de aliento a los ejecutores de la violación sexual). En cambio, conforme al dominio funcional, aunque (objetivo-formalmente) un interviniente no ejecute la acción típica puede ser coautor, v.gr. es coautor tanto el cabecilla que organiza y planifica la ejecución del hecho (pues cumple una función imprescindible en el marco del plan del robo) como el interviniente que se queda vigilando en la puerta del banco (si la ejecución del robo exigía un puesto así). El cabecilla o jefe de banda puede ser coautor cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos, aunque sea desde lejos (pero más allá de estos supuestos, a lo sumo puede ser inductor; salvo que se pueda fundar autoría mediata en virtud de una estructura de criminalidad organizada, vide supra).

3. Respetando lo anotado, aquel que solo interviene en la fase preparatoria del delito no puede tener dominio del hecho ni tener estatus de autor del delito (y mucho menos quien interviene antes de ella). La figura central del suceso de la acción no puede ser alguien que solo se ha limitado a organizar o crear las condiciones previas al delito sin tomar parte en su realización. Quien solo interviene preparando el delito realmente no tiene aptitud para dominar el ocurrir concreto de los acontecimientos, pues este va a depender finalmente siempre de las decisiones del ejecutor directo (o del autor mediato instrumentalizador, en su caso), por más trascendental que haya sido su contribución en la fase preparatoria del delito. Sin embargo, una intervención a este nivel sí puede fundamentar responsabilidad por participación delictiva (inducción o complicidad), claro está presuponiendo la ejecución del delito por parte de un autor principal. Un tema aparte lo constituye el problema que atañe a la determinación, en el iter criminis, del inicio de la fase ejecutiva del delito (y de la finalización de la fase preparatoria), la cual compete, más que a la teoría de la autoría y participación, a la teoría de la tentativa delictiva (principio de ejecución). Si bien en otro lugar ya me ocupé de eso(50\ quepa decir aquí solamente que un criterio objetivo-formal resulta, a tal efecto, claramente insuficiente por una razón sencilla: el significado de acción típica no se corresponde perfectamente con el de acción formalmente típica, si se realizan necesarias valoraciones más allá de una estricta interpretación literal y se introducen criterios objetivo-materiales. Así, por ejemplo, es posible vincular valorativamente diversos actos (inmediatos y concatenados) en una misma acción ejecutiva dotada de unidad de significado, v.gr. quien después de ganarse su confianza, atrae a la víctima al lugar solitario donde se producirá el homicidio es coautor aun cuando su intervención concluya antes del primer

golpe letal de otro, porque su conducta puede, más allá de una perspectiva meramente formal-objetiva, valorarse como acción típica ejecutiva. Lo mismo se puede decir del caso en que X enciende la casa de madera que su compinche acaba de empapar de combustible (ambos son coautores aun cuando la cooperación de Y se haya prestado antes de la realización objetivo-formal del tipo).

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 4ª edición.

Madrid, 1997. BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Código Penal comentado". San Marcos. 2ª edición. Lima, 1998. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, 1996. HIRSCH, Hans Joachim: "Derecho Penal. Obras Completas (Acerca de los límites de la Autoría Mediata)". Traducción de Sola Reche y Michele Klein. Tomo 1. Buenos Aires, 1998. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili.

2ª edición. Lima, 1987. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1995. JESCHECK, HansHeinrich. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, en "Comentarios al Código Penal". Cobo del Rosal (Director). Tomo 111. Madrid, 2000. LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen. "La complicidad en el delito". Valencia, 1997. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genzsch.

Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor.

5ª edición. Barcelona, 1998. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, en "Comentarios al Código Penal" (Director: Cobo del Rosal), Madrid, 2000. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General", Valencia, 1996. OLMEDO CARDENETE, Miguel, en "Comentarios al Código Penal". Tomo 111. Cobo del Rosal (Director). Madrid, 2000. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "La participación en el delito y el principio de accesoriedad". Madrid, 1990. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en "Comentarios al Nuevo Código Penal" (Director: Quintero Olivares). Navarra, 1996.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Barcelona, 1972.

ROXIN, Claus. "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal". Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1998.

STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Esdersa. Madrid, 1982. VALLE MUÑIZ, José Manuel. En: "Comentarios al Nuevo Código Penal" (Director: Quintero Olivares). Navarra, 1996. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos.

Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. VIVES ANTÓN, Tomás, en "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, 1996. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo IV. Buenos Aires, 1982.

JURISPRUDENCIA

"El tipo penal de abuso de autoridad exige que el agente del delito sea funcionario público; los subalternos sujetos a las órdenes de este no pueden ser sujetos activos del delito en referencia".
(Ejecutoria Suprema 18/12/97. Exp. 106-97. Lima).

"Al ser el acusado una persona contratada que no manejaba dinero del instituto agraviado, no se reúne en él la calidad de sujeto activo del delito de peculado. El CP tipifica el delito de peculado como la apropiación o utilización en provecho propio o para otro de caudales públicos, cuya percepción, administración o custodia estuvieran confiados, en razón de su cargo, a funcionario o servidor público; y en el caso de autos, el procesado era personal contratado y no manejaba dinero del Instituto agraviado, por consiguiente, no ha incurrido en el delito materia de la acusación y juzgamiento".
(Ejecutoria Suprema 04/10/96. Exp. 3299-94-8.Lima).

"En el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado".
(Ejecutoria Suprema 02/10/97. Exp. 4354-97. Callao).

"El aporte prestado por el acusado a la perpetración del evento delictivo ha tenido la calidad de esencial o principal, habiendo tomado parte en la planificación del ilícito sub-materia como en su ejecución conforme a una distribución de funciones, sobresaliendo la función de haber cargado el arma que fuera utilizada para ultimar a la víctima, por lo que la condición jurídica que le corresponde es la de coautor y no así la de cómplice".
(Ejecutoria Suprema 25/03/98. Exp. 5924-97. Piura).

"En caso del primer acusado su participación en el evento delictivo es el de ejecutor en sentido estricto y en el del segundo es el de actor vigilante según la división de tareas acordada previamente, y por tanto a este último le alcanza responsabilidad en calidad de coautor funcional, por cuanto conjuntamente con sus procesados planificaron y acordaron la comisión de dicho evento delictivo, distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos en la ejecución del mismo y teniendo el codominio del hecho al momento de su perpetración. La realización en común del delito por parte de todos los coprocesados, en la relación de interdependencia funcional fundamentada sobre el principio de la división del trabajo, da origen a una imputación recíproca, en el sentido que lo

realizado por los ejecutores en sentido estricto le es también imputable a los otros".

(Ejecutoria Suprema 25/01/96. Exp 4647-95. Lambayeque).

"Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una acción conjunta y una división del trabajo o distribución de funciones, orientadas al logro exitoso del resultado, b) aporte esencial individual realizado por cada agente, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, y c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría".

(Ejecutoria Suprema 11/03/98. Exp. 6017-97. Lima).

"Los requisitos que configuran la coautoría son: a) decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar el delito, en la que cada uno ha realizado actos parciales que ha posibilitado una división del trabajo o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados, ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte, pudo haber frustrado el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada acusado ha desplegado un dominio parcial del acontecer, la circunstancia que da precisamente contenido real a la coautoría".

(Ejecutoria Suprema 20/11/97. Exp. 3900-97. Lima).

"El autor mediato solo debe responder en la medida en que el hecho principal concuerde con su intención, no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los agentes a quienes utilizó, al no tener ya dominio ni control del hecho".

(Ejecutoria Suprema 09/10/97. Exp. 3840-97. Ayacucho).

"Toda forma de autoría dolosa en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución del delito obren con dominio funcional. En el caso sub-judice, en el que los agentes perpetraron los robos con una decisión común, en cuya ejecución cada interviniente dio un aporte esencial, cabe unificar la imputación para todos ellos a título de coautores y no solo de cómplices secundarios. El delito investigado reúne los tres requisitos que configuran la coautoría: a) decisión común: las aportaciones de los coautores se manifiestan en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división del trabajo, o distribución de funciones, orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución, e) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer; la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e

instigación; la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría".

(Ejecutoria Suprema 11/03/99. Exp. 5315-98. La Libertad. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 276).

"En el caso de autos, los encausados conjuntamente con sus coacusados planificaron y acordaron la ejecución del hecho delictivo, distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos y teniendo el codominio del hecho al momento de su perpetración, actuando como "campanas" y "agentes de repliegue" determinándose la realización en común del delito en la realización de interdependencia funcional de los agentes fundamentada sobre el principio de división del trabajo, por lo que los encausados tienen la calidad de coautores y no la de cómplices".

(Ejecutoria Suprema 21/01/99. Exp. 4855-98. Lima. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 279).

"El acusado tiene la calidad de coautor, al concurrir el dolo común o mancomunado y la ejecución común del hecho, que son los elementos que caracterizan la coautoría; que en el caso de autos ha quedado demostrado que cada uno de los referidos acusados ha prestado un aporte en la realización del plan, por lo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención, en virtud del principio de reparto funcional de roles".

(Ejecutoria Suprema 26/01/99. Exp. 5088-98. Lima. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 285).

"Se advierte de autos que la intervención de los encausados no ha sido simplemente coadyuvante, sino que contribuyeron decididamente a la ejecución del ilícito, lo que determina que su condición es la prevista en el artículo 23 del Código Penal, ello en virtud del principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención y no como cómplices secundarios".

(Ejecutoria Suprema 28/04/99. Exp. 86fF99. Lima. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 287).

"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores; la aportación de los encausados al perpetrar el robo agravado fue esencial y no accesorio o secundaria, pues participaron en codominio del hecho, por lo que corresponde adecuar la conducta de los mencionados acusados a título de coautor; los hechos fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, por lo que las conductas de los agentes reúnen los tres requisitos que configuran la coautoría, esto es, decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente y el

tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer".

(Ejecutoria Suprema 23/03/99. Exp. 102-99. Lima.

Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 300).

"Toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad de directa, mediata o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho. La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional".

(Ejecutoria Suprema 09/10/97. Exp. 4484-97. Cañete. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 101-102).

"Los acusados tienen la calidad de coautores, al concurrir el dolo común o mancomunado y la ejecución común del hecho, que son los elementos que caracterizan la coautoría; que en el caso de autos cada uno de los acusados ha prestado un aporte en la realización del plan, por lo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención, en virtud del reparto funcional de roles".

(Ejecutoria Suprema 26/03/99. Exp. 261-99. Lambayeque).

"En virtud del principio del reparto funcional de roles las distintas contribuciones deben considerarse como un yel resultado total debe atribuirse a cada coautor": (Ejecutoria Suprema 06/04/00. Exp. 490-99. Cono Norte-Lima).

"La condición jurídica del acusado es la de coautor y no de cómplice, por cuanto sus aportes a la perpetración del evento delictivo han tenido la calidad de principales o esenciales, habiendo tomado parte en la planificación como en la ejecución del ilícito penal, conforme a una distribución de funciones".

(Ejecutoria Suprema 25/03/98. Exp. 5924-97. Piura).

"La participación del acusado en los hechos sub-materia ha sido a título de coautor, toda vez que ha tomado parte en el ilícito tanto en la fase preparatoria, ejecutiva y consumatoria con una división de funciones y roles, teniendo su aporte la calidad de esencial, logrando el codominio del hecho con su coacusado, por lo que corresponde imponer a ambos agentes la misma pena".

(Ejecutoria Suprema 15/04/98. Exp. 531-98. Tacna).

"Que la intervención del encausado no ha sido simplemente coadyuvante, sino que contribuyó decisivamente a la ejecución del evento delictivo, lo que determina que su condición es la de coautor en virtud del principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención y no como partícipe como se califica en la recurrida, desprendiéndose diáfananamente que hubo un concierto de voluntades entre los encausados".

(Ejecutoria Suprema 15/09/98. Exp. 2652-98. Piura).

"La intervención dolosa del acusado en la ejecución de los ilícitos se califica como esencial y no accesoria o secundaria, cuando se actúa con dominio funcional del hecho en la etapa de ejecución, esto es, dando un aporte significativo cuya ausencia hubiera determinado el fracaso del plan de ejecución, consideraciones estas que permiten unificar la imputación a título de coautores".

(Ejecutoria Suprema 19/10/98. Exp. 3335-98. Huánuco. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año I. N° 01. Pág. 328. § 165).

"Teniéndose en cuenta que el delito patrimonial sub-materia fue perpetrado durante la noche y con una pluralidad de agentes, sobre la base de una distribución de funciones, habiendo aportado cada uno de los intervinientes una contribución esencial para el logro exitoso del resultado, obrando por consiguiente en codominio funcional del hecho, corresponde unificarles la imputación a título de coautores e imponerles la misma sanción".

(Ejecutoria Suprema 20/04/98. Exp. 4555-97. Cono Norte-Lima).

"Estando plenamente acreditado que sin ayuda de los acusados condenados como cómplices de homicidio, no se habría podido perpetrar ese delito, la situación jurídica de los mismos es la de coautores y no la de cómplices".

(Ejecutoria Suprema 29/09/81. Exp. 2096-81. Ayacucho. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto.

"Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Págs. 103-104).

"Que, en lo referente a la autoría del presente delito, deviene en aplicación lo dispuesto en el artículo veintitrés del Código Penal que señala que son autores los que realizan por sí o por medio de otros el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente; que, si bien los inculpados no han intervenido directamente en la comisión del ilícito penal, también es cierto que de vienen en autores mediatos al disponer, en su calidad de presidente y vice-presidente, respectivamente, de la Asociación de Vivienda Corazón de Jesús, que el agraviado sea desalojado del inmueble que venía poseyendo".

(Resolución Superior 02/06/98. Exp. N° 939-98. Lima).

"El autor mediato solo debe responder en la medida en que el hecho principal concuerda con su intención, no resultando responsable del exceso en que incurran los agentes a quienes utiliza, al no tener ya dominio ni control del hecho".

(Ejecutoria Suprema 09110197. Exp. 3840-97. Ayacucho).

"La conducta de la secretaria del implicado principal, consistente en transcribir los contratos de crédito fiscal, desarrollada en función de su condición laboral, no configura prueba fehaciente de comisión delictiva, ya que dicha procesada se sujetaba al cumplimiento de órdenes, sin que hubiera tenido en momento alguno dominio sobre el desarrollo del suceso delictual, cumpliendo pasivamente su rol de secretaria dependiente; por lo que es del caso absolverla".

(Ejecutoria Suprema 25/05/98. Sala 8. Exp. 843-98.Lima).

"La coautoría se fundamenta en dos condiciones: La decisión común y la realización común en el plan de ejecución. La decisión común determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas; la realización común constituye las distintas contribuciones de los coacusados como partes de un plan global, que dan origen al principio de imputación recíproca, esto es, todo lo que haga cada uno es imputable a los demás. Cada coautor complementa con su parte en el hecho, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos".

(Expediente 2874-94-8. 05/10/95. Lima. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág.169).

"Para los efectos de la imposición de la pena a los acusados debe tenerse en cuenta si participaron en la planificación y ejecución de los hechos, si distribuyeron el trabajo a realizar por cada uno de ellos, a fin de determinar la realización en común del delito por parte de los coprocesados, así como la relación de interdependencia funcional de los agentes, fundamentada sobre el principio de división del trabajo".

(Expediente 1713-96. 16/06/96. Lambayeque. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág.169).

"Se exige como presupuesto para su tipificación que el sujeto se valga o utilice para la comisión del delito a menores de edad o cualquier persona inimputable, esto es, que el sujeto activo comete el delito por mediación de personas que carecen de capacidad de entendimiento, autocontrol y voluntad".

(Ejecutoria Suprema 03/05/96. Exp. 272-96-8. La Libertad. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 40).

"De la uniforme y múltiple prueba testimonial se infiere que la intervención del procesado, quien dirigió su pandilla, decidió la sustracción y para facilitarla agredió brutalmente a la víctima con los demás agentes, fue decisiva para cegar la vida al agraviado; por lo tanto, habiendo tenido dominio sobre la muerte de la víctima su conducta se circunscribe a la calidad de coautor por el delito de homicidio calificado".

(Expediente 865-2000. 08/06/00. Piura. Caro Caria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág.170).

"Los acusados han actuado con el concurso de más de dos personas e incluso han utilizado armas de fuego, por lo que deben ser considerados como coautores, teniendo en cuenta que ambos han tomado parte en la división del trabajo y ejecución del delito, decidiendo juntos cometer el delito y brindando un aporte objetivo en la realización del mismo".

(Ejecutoria Suprema 25/09/97. Exp. 4165-97. Ica).

"Autor de un delito no solamente es el que realiza materialmente el ilícito penal, sino también el que coadyuva en alguna forma a su ejecución".
(Exp. 1250-93. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 173).

"Los acusados han actuado en calidad de afiliados a una banda, entendiéndose como tal a la integración de dos o más personas que concertan con la finalidad de cometer uno o más delitos, para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efectos de asegurar el éxito de su incursión criminal, señalándose roles para tal propósito, por lo que les debe corresponder similar pena, sin perjuicio de valorar sus calidades personales".
(Ejecutoria Suprema 25/06/97. Exp. 1902-97. Jaén).

"Respecto a la participación de los encausados resulta evidente que sí conocían de las actividades ilícitas que habían previsto desarrollar sus otros coencausados, siendo el caso que su presencia detectada en el inmueble, donde acondicionaban la droga, demuestra su coautoría en este accionar punible, resultando así que ello se ejecutó con la intervención de los sentenciados de mutuo acuerdo, compartiendo entre todos el dominio del hecho y repartándose las tareas que impone el tipo".

(Exp. 30/11/00. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 173).

"La conducta de los encausados reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, esto es, decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado y el tomar parte en la ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer".

(Ejecutoria Suprema 18/10/00. Exp. 3005-2000. Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 173).

"En los delitos dolosos de resultado, la coautoría requiere que quienes forman parte de la etapa de ejecución obren con dominio funcional del hecho, esto es, dando un aporte esencial cuya ausencia hubiese determinado el fracaso del plan de ejecución".

(Ejecutoria Suprema 12/10/98. Exp. 3446-98. La Libertad. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 173).

"La calidad de los agentes debe calificarse como la de coautores, mas no como la de cómplices, cuando el interés demostrado por estos y la decisión de disposición la realizan con total autonomía y sin sujeción, ni dependencia de persona alguna".

(Ejecutoria Suprema 25/03/99. Exp. 201-99. Lima).

"Es necesario mencionar que contra la tradicional concepción de la autoría mediata, que definía al ejecutante directo del delito como mero instrumento desprovisto de voluntad y en consecuencia no pasible de responsabilidad penal frente al resultado producido, está la posición doctrinal que concibe esta forma

de autoría sin excluir la posibilidad de sancionar penalmente al ejecutor directo del delito; ello se explica a través de la teoría del dominio, según la cual el 'hombre de atrás' -en términos de Roxin- es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asome a la escena del crimen; este tipo de autoría tiene lugar en el marco de estructuras organizadas, en las que el fin único de las conductas confluye en la realización del resultado típico".

(Ejecutoria Suprema 16103/00. Exp. 5049-99. San Román-Juliaca. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 174).

"Según el principio de reparto funcional de roles, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor. Glaus Roxin sostiene que, entre las formas de dominio del hecho, se desarrolla una tipología de la auditoría intregada por tres figuras fundamentales: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría, esta última se designa como 'autoría funcionar, señalando: '...en este caso varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí completan la total realización del tipo".

(Sentencia 12/01/99.2° Sala Penal. Corte Superior de Justicia de Callao. Exp. 98-0429-070701JP06. Callao).

"Se advierte que la intervención de los encausados no ha sido simplemente coadyuvante, sino que estos contribuyeron decisivamente a la ejecución del ilícito, lo que determina que su condición es la prevista en el artículo 23 del Código Penal, ello en virtud del reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor; independientemente de la entidad material de su intervención, y no como cómplices secundarios".

(Ejecutoria Suprema 28/04199. Exp. 860-99. Lima. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo ,. Pág. 287).

"En cuanto a la responsabilidad de los acusados, estos deben responder a título de coautores, toda vez que concurren los dos elementos que caracterizan la coautoría, cuales son: el dolo común o mancomunado y la ejecución común del hecho; habiéndose establecido plenamente que ambos acusados han actuado con consciencia y voluntad de causar la muerte del agraviado, y ambos también realizaron actos equivalentes con igual poder causal, pues ambos infirieron lesiones a la víctima, que a la postre le causaron la muerte".

(Ejecutoria Suprema 22/01/99. Exp. 4406-98. Lima.

Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo ,. Pág. 417).

"En cuanto a la responsabilidad de los acusados, estos deben responder a título de coautores, y no de cómplices, toda vez que todos los agentes han tenido protagonismo y dominio de los hechos".

(Ejecutoria Suprema 26/03/99. Exp. 49-99. Lambayeque. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 41).

"Hay que tener en cuenta la decisión común de los procesados como un concierto de voluntades dirigidas a llevar a cabo un hecho delictivo, lo cual

determina la función que cada uno de ellos realizaba en la perpetración del ilícito, fundamentada en el principio de división del trabajo".

(Ejecutoria Suprema 28/05/96. Exp. 949-96. Puna.

"Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 43).

"El concepto de banda importa una pluralidad de agentes activos reunidos para planificar, dirigir y efectuar una empresa de carácter delictual, lo mismo que supone la presencia de un jefe que ordena a otros que obedecen a fin de que se realicen los actos ilícitos y repartir se de acuerdo a sus responsabilidades el producto de sus acciones delictivas".

(Resolución Superior 14/06/88. 13° SPA- CSJ. Lima. Exp. 240-87).

"El delito de robo agravado sub-materia ha sido perpetrado en banda, toda vez que fue llevado a cabo mediante una pluralidad de agentes, los que previo concierto y propósito planificado han ejecutado su resolución delictiva con un dominio funcional del hecho prestando aportes esenciales, por lo que la condición jurídica que les corresponde es de coautores y no de cómplices".

(Ejecutoria Suprema 25/06/98. Exp. 1827-98. Lima).

"El encausado tiene la calidad de autor, toda vez que los agentes que reducen a la agraviada para apoderarse ilegítimamente del dinero de la empresa, actuaron sobre presupuestos de seguridad tomados a partir del plan desarrollado con intervención de este, quien por ser empleado de la empresa y conocido de la agraviada, bajo cuyas órdenes trabajaba, si bien no interviene en la ejecución, pero tan presto como materializan el robo fue ubicado en su domicilio para que recibiera parte del dinero robado; por lo tanto, su conducta al haber intervenido proporcionando información, elaboración del plan y el resultado, se circunscribe a la de autor y no a la de cómplice".

(Ejecutoria Suprema 08/03/00. Exp. 5156-99. Lima. Fidel Rojas. Págs. 509-510).

"De la revisión de lo actuado se colige que los encausados han actuado en banda, toda vez que el referido ilícito fue perpetrado previo concierto y propósito planificado, habiéndose implementado de armas de fuego reales aumentando así su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del objetivo, logrando reducir a las víctimas para despojarles luego de sus pertinencias".

(Ejecutoria Suprema 09/07/98. Exp. 1896-98. Cono Norte-Lima).

"Los tres requisitos que configuran la coautoría son: decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente y tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer".

(Ejecutoria Suprema 06/05/99. Exp. 3446-98. Cañete. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año I. N° 01. Pág. 326 N° 164).

"Es necesario indicar que si los tres procesados acordaron asaltar a los agraviados y uno de los acusados no sustrajo nada, no es motivo para absolverlo, puesto que hay que tener en cuenta la decisión común de los procesados como un concierto de voluntades dirigidas a llevar a cabo el hecho delictivo, lo cual determina la función que cada uno de ellos realizaba en la

perpetración de dicho lícito, fundamentada en el principio de la división del trabajo".

(Recurso de Nulidad 949-96. Puno. CP. "Normas Legales". Págs. 720-721).

(1) Cfr. ROXIN, Claus. "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal". Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1998. Pág. 42.

(2) Vide artículo 23 CP: "El que realiza... los que lo cometan...".

(3) Es decir, generalmente en función de un autor individual, lo cual no obsta - salvo excepciones estructurales, v.gr. realización del tipo de propia mano-- interpretar los tipos de la parte especial conforme a la regulación de la autoría mediata y de la coautoría. De otro lado, no está de más apuntarse que también en aquellas formas de participación expresamente tipificadas como delitos independientes (contribuciones de partícipe tipificadas como tipos de autoría), quien realiza la conducta típica es autor del delito; v.gr. delitos cuya conducta típica consiste en inducir (artículos 148, 148 A, 227 CP, etc.).

(4) ROXIN, Claus. Op. Cíl. Pág. 52.

(5) Consecuencia de ello es la restricción del significado de acciones típicas, a las que esta teoría identifica con acciones formalmente subsumibles en el verbo típico. Pero la afirmación de la tipicidad penal de una conducta no puede reducirse a su mera subsunción formal en el tenor literal del precepto, sino que implica además necesarias valoraciones extra gramaticales.

(6) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General", Valencia, 1996.

Pág. 450; BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Pág. 356.; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1999. Tirant lo Blanch. Págs. 741 y 744; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Comentarios al Código Penal". Ciba del Rosal (Director). Tomo 111. Madrid, 2000. Pág. 126. OLMEDO CARDENETE, Miguel, en "Comentarios al Código Penal". Tomo 111. Ciba del Rosal (Director). Madrid, 2000. Págs. 187 y 215 Y sgtes., RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Barcelona, 1972. Pág. 822; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. Pág. 302; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. Pág. 195; VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte General". San Marcos. Lima, 2001. Pág. 313; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONTARIAS TORRES, Luis. "Código Penal comentado". San Marcos. 2ª edición. Lima, 1998. Pág. 214; ampliamente vide GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966. Págs. 19 y sgtes.;

vide ampliamente ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 52 y sgtes.; con numerosas referencias, JAKOBS, Günther.

"Derecho Penal. Parte General". Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1995. Pág.

734; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genzsch. Buenos Aires, 1994. Pág. 311; STRATENWERTH. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero.

Esdersa. Madrid, 1982. Pág. 228.

(7) Cfr. ampliamente ROXIN, Claus. Op. Gil. Págs. 56 y sgtes., vide también COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 740 y sgtes.; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 451; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 360; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 127; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 824. En la doctrina nacional, PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 303; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 196; VILLA STEIN, Javier. Pág. 314; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 214.

(8) Sin diferenciar los momentos en que presta su contribución un coautor y un cómplice primario, la interpretación del artículo 25 se acerca más a la antigua teoría de la aportación causal o teoría de la necesidad, que precisamente considera autor a aquel que, por haber aportado una condición sin la que el delito no se habría producido, es quien tiene la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no. Pero basarse únicamente en una teoría de la simultaneidad, por la cual coautor es aquel que coopera simultáneamente a la ejecución del delito, no está exenta de reparos, vide a continuación.

(9) Cfr. solamente diversas opiniones en JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Págs. 590 y sgtes.; STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. Págs. 229 y sgte.; también MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 311 y sgtes.

(10) Vide STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. Pág. 231.

(11) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 450; BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 358; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 739; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 125; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 823; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 301; HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. Pág. 516; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 194; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT - ARIAS, Luis. Op. Cil. Pág. 215. Ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Págs. 42 y sgtes.; vide ampliamente ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 69 y sgtes., quien distingue las teorías del dolo, y la teoría del interés (críticamente vide págs. 598 y sgtes.); MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 301 y sgtes., quienes distinguen, a su vez, una teoría subjetiva extrema y una teoría subjetiva con introducción de elementos objetivos; STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. Pág. 230; ampliamente JAKOBS, Günther. Op. Cil. Págs. 735 y sgtes.; HIRSCH, Hans Joachim: "Derecho Penal. Obras Completas (Acerca de los límites de la Autoría Mediata)". Traducción de Sola Reche y Michele Klein. Tomo I. Buenos Aires, 1998. Pág. 196.

(12) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 593.

(13) Cfr. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 308 y sgte., como indicios objetivos de la voluntad del autor, la jurisprudencia penal alemana ha destacado la conducta del afectado, tanto durante como con posterioridad al hecho: las influencias sobre la planificación de la realización típica, el dominio del curso del acontecer, en especial la comisión por propia mano y la posesión del dominio del hecho, entre otros.

(14) Vide MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 308.

(15) Cfr. ampliamente ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 83 y sgtes., con numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales, también pág. 352, en especial, amplia y críticamente, págs. 598 y sgtes. y 662; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Págs. 314 y sgtes.; JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 740; HIRSCH, Hans Joachim. Op. Cil. Pág. 196.

(16) Vide STRATENWERTH, Günter. Op. Cil. Pág. 232. Ello, sin embargo, no ha impedido también su sustentación desde posiciones doctrinales diferentes al finalismo.

(17) El autor es el que domina el hecho, el que tiene en sus manos el curso causal, el que puede dirigir sobre el sí y el cómo, y la configuración central del acontecimiento. Cfr. ampliamente ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 127 y sgtes.; MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 316 y sgtes. Sin embargo, tal como anota ROXIN, Claus (Op. Cil. págs. 128 y sgtes. y 366: autor es la figura central del suceso), debe repararse en que el contenido del "dominio del hecho" no puede ser abarcado por una definición exacta o absolutamente precisa, sino más bien dentro de un concepto "abierto" (en el sentido de que no indica de manera exhaustiva sus elementos en todo caso imprescindibles y no va estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido), de modo que sea aplicable a los diferentes y variados grupos de casos y a los cambiantes fenómenos vitales (tomando en cuenta las descripciones específicas de los tipos penales y las circunstancias concretas del caso particular).

(18) Vide ampliamente ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 149 y sgtes.

(19) Empero, debe precisarse que la vinculación de un concepto restrictivo de autor con los criterios dimanantes de la teoría del dominio del hecho no debe ser entendida rígidamente (y a veces ni con validez general) para todos los supuestos de autoría. Así se presentan casos de coautoría donde se puede atemperar la regla de que un autor "realice" el hecho punible (conforme a un concepto restrictivo de autor) pues lo decisivo es el dominio funcional del hecho (vide infra). Otro tanto sucede, por ejemplo, en el ámbito de las organizaciones delictivas y aparatos organizados de poder (vide ROXIN, Claus. Op. Cil. Págs. 267 y sgtes.), donde v.gr. el superior o jefe no requiere siempre realizar o ejecutar el hecho punible (v.gr. estar presentes en el lugar y momento del crimen) para poder tener dominio del hecho (vide infra). Mención aparte merecen algunos casos límite de autoría mediata, v.gr. el intraneus que se vale de un extraneus que actúa dolosamente para realizar el delito especial propio (vide BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 375; ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 383: delitos de infracción de deber), y en general, los del dominio del hecho en los delitos de propia mano y omisivos, entre otros.

(20) Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 741 y sgtes.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Págs. 127 y 130; OLMEDO CARDENETE, Miguel. Op. Cil. Págs. 194 y sgtes.

Ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Págs. 122 y sgtes.

(21) Vide por todos LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 133, con referencias.

(22) Así VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Págs. 197 y sgte.: "autor es el que tiene dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene el poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es

posible encauzarlo hacia el fin determinado"; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 303, adhiriéndose, en definitiva (págs. 304 y sgtes.): "lo importante es tener el dominio sobre la realización del delito"; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 315; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Págs. 215 y sgtes.: "se

debe dominar el curso o realización del hecho", con referencias; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis: "Lecciones de la Parte General y el Código Penal concordado, sumillado y actualizado" lima, 1998, Pág. 169: quien anota:

la teoría del dominio del hecho "es la más aceptada actualmente, y, a nuestro concepto es la más completa y coherente para definir quién es autor de un delito"; haciendo una valoración positiva; HURTADO POZO, José.

Op. Cit. Págs. 518 y siguiente.

(23) Vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. Pág. 200; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cit. Pág. 303; VILLA STEIN, Javier. Op. Cit. Págs. 315 y sgtes.; BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op.

Cit. Págs. 215 y sgte; con!;, sin embargo, HURTADO POZO, José. Op. Cit. Pág. 532, sobre el dominio funcional del hecho en la coautoría.

(25) Ahora bien, el ejecutor en caso de estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4), que realiza una conducta típica pero no antijurídica, no es autor de ilícito alguno. Por su parte, el ejecutor en caso del artículo 14 párrafo segundo, 15 y 20 incisos 1, 2, 5, 7 Y 9 (y con mayor razón quien obra bajo una presión motivacional intensa pero no excluyente de culpabilidad) si es autor de un ilícito (conducta típica y antijurídica) pero cometido sin culpabilidad o reprochabilidad. En estos últimos casos, los ejecutores tienen dominio del hecho de una conducta antijurídica. Negar ello significaría, por ejemplo, que el ejecutor no podría ser asr autor de ilícito alguno; lo cual a su vez traería como consecuencia la imposibilidad de fundamentar la participación delictiva (inducción y complicidad), según el principio de accesoriedad limitada dominante.

(26) ROXIN, Claus. Op. cil. Pág. 165: "Esta no es una autoría compartida, como la que entraña la coautoría, sino una plena autoría doble (...) Así pues, ha de contestarse afirmativamente (en estos casos) la tan debatida cuestión de si existe el autor detrás del autor".

(27) Pero la posibilidad de fundar autoría mediata no se agota en los casos en que la coacción o peligro que caracterizan al estado de necesidad exculpante o al miedo insuperable provienen del hombre de atrás, sino que puede apreciarse también bien en aquellos casos en que este introduce dolosamente a otro en una situación de estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, como en los que proporciona a quien ha incurrido en tales situaciones sin proponérselo, la posibilidad de salvarse a costa de otro mediante una conducta antijurídica exculpada.

(28) Para dotar de contenido material a esta eximente únicamente cabe concebirla como eximente del cumplimiento de órdenes y mandatos ilícitos (cuya ilicitud es conocida por el ejecutor) emitidos por un superior jerárquico y cumplidos por un subordinado. Por el contrario, el cumplimiento de mandatos lícitos por parte de subordinados no constituye ilícito alguno y pertenece a la esfera del obrar por disposición de la ley o el cumplimiento de un deber. En tal sentido, la misma denominación "orden obligatoria de autoridad" resulta inadecuada, pues nunca el cumplimiento de lo ilícito es de obligatorio cumplimiento.

(29) La disyuntiva del autor directo entre obedecer la orden en cumplimiento de los deberes (específicos) de obediencia y subordinación al superior jerárquico, y no cumplirla en virtud del deber (general) de no cometer ilícitos, con el consecuente peligro de verse afectado en sus intereses personales (v.gr. hostilidad, despido, degradación, impedimento de ascenso, traslado de área laboral, etc.) o exponerse a consecuencias disciplinarias o penales.

(30) El dominio de la voluntad en estos casos se extiende a todo aquel que, ante un sujeto actuante sin dolo (o también imprudentemente, vide infra), a sabiendas de la situación, aporta conscientemente una condición del resultado, aprovechándose del error en que se haya inmerso (vide ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 200), v.gr. A, quien cree que los billetes falsos que posee B son verdaderos, se los pide prestado para hacer unas compras;

B que querra introducirlos al tráfico, se los entrega (B autor mediato en el artículo 254).

(31) Artículo 14, párrafo segundo: error de prohibición, y artículo 15: error de prohibición culturalmente condicionado.

(32) Lo mismo se puede decir de errores de subsunción o sobre la antijuridicidad formal de la conducta.

(33) De supradeterminación fundamentadora del dominio con respecto al resultado (referida al sentido concreto de la acción) habla ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 237.

(34) Ejemplo tomado de ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 240.

(35) Si el suicidio es una conducta atípica impune con mayor razón ha de serlo la simple autolesión no lesiva de la vida.

(36) En este ámbito, cabe diferenciar los casos de autoría mediata de homicidio de los de instigación al suicidio, punible según el artículo 113 Gp. Si bien la inducción al suicidio también es posible mediante engaño o error para valorarse una autoría mediata este debe ser siempre la razón determinante de la autodestrucción de la vida. En tal sentido, si en el ejemplo del médico, una enfermera, a sabiendas del propósito criminal de él, lo auxilia falseando los análisis clínicos del paciente, será cómplice en homicidio (y no simplemente autora del 113). Por otro lado, la diferenciación de la autoría mediata de lesiones con la instigación a la autolesión carece de mayor relevancia, desde que la inducción a la autolesión es atípica e impune (a menos que se pueda fundar la autoría de un delito omisivo impropio).

(37) ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 255.

(38) Los mismos criterios han de ser utilizados para determinar autoría mediata con dominio de la voluntad cuando el hombre de atrás se aprovecha de un menor de edad para inducirlo o posibilitar su suicidio o auto lesión (autoría mediata de homicidio o lesiones).

(39) No se trata en estos casos de un caso de la eximente de obrar en virtud de una orden ilícita de autoridad (artículo 20, inciso 9 CP), donde solo hay un inductor superior y un autor directo subordinado y no es posible fundar dominio de la voluntad, no planteándose, por tanto, el problema de la autoría mediata.

(40) Tal como señalan los documentos internacionales, para que pueda hablarse de "organización" por lo menos debe existir una persona que emita las órdenes y dos o más que las cumplan.

(41) El vínculo del integrante con la organización es en todo caso material y no formal, v.gr. un general en retiro pero con poder de decisión puede ser

materialmente integrante de la estructura organizacional y tener dominio de la organización.

(42) Los aparatos de poder estatal son el prototipo de criminalidad organizada. Empero la estructura organizada de poder requerida puede existir tanto al interno de un aparato estatal (involucrando generalmente a las fuerzas armadas y policiales) como al margen de él (v.gr. bandas de delincuentes comunes, organizaciones subversivas o de prácticas terroristas). Dentro de aparatos estatales dictatoriales, por ejemplo, el ejército ha llegado a funcionar como una organización criminal de exterminio al servicio del gobierno (v.gr. torturas, asesinatos, desapariciones forzadas, genocidios); incluso, la totalidad de la estructura estatal puede llegar a convertirse en una organización criminal (que busca perpetuarse en el poder). Pero -como enseña la experiencia- también aparatos estatales de origen democrático puede consentir en su interior organizaciones de desingios criminales, v.gr.

servicios de inteligencia, grupos paramilitares. Por su parte, al margen del aparato estatal se encontrarán todas aquellas manifestaciones de criminalidad organizada que no están al servicio del Estado (bandas de delincuentes comunes, mafias, cárteles de drogas, grupos terroristas), aunque sí obren con su aquiescencia.

(43) Cfr. artículo 20, inciso 9, CP.

(44) Para que los cabecillas puedan ser calificados como coautores, en cambio, será necesario al menos una actualización del dominio del hecho durante los actos ejecutivos; de lo contrario solo cabría fundar inducción.

(45) Ni siquiera es necesario que el hombre de atrás conozca al ejecutante directo o exista un acuerdo común entre ambos pues puede haber mandos intermedios que transmitan la orden.

(46) Cfr. ROXIN, Claus. Op. Ci!. Pág. 270.

(47) ROXIN, Claus. Op. Ci!. Pág. 274, con referencias.

(48) ROXIN, Claus. Op. Ci!. Pág. 309.

(49) ROXIN, Claus. Op. Ci!. Pág. 307.

(50) Vide el comentario al artículo 16 del CP en esta misma obra.

INDUCCIÓN

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

CONCORDANCIAS:

C.p.	arts.148, 148 A, 227, 302
C.e.	art. 1978
C.J.M.	arts. 15,20.5
C. DE P.P.	arts. 72, 315
LEY N° 27378 (21.12.00)	art. 3.3
C.p.p.	art. 135. 1
D.L. N° 25475 (06105192)	art.6

Comentario

Julio Mazuelos Coello

I. Concepto y fundamento de la punición de la inducción

Inducción es la determinación dolosa a otro hacia la comisión de un hecho doloso y antijurídico, no es necesario que concurra la culpabilidad(1). El agente induce a otro a realizar un hecho sobre el que no tiene el dominio, el cual le corresponde a la persona inducida. El inductor incita a un hecho ajeno del cual no quiere ser autor. La punición de la inducción exige la existencia objetiva (como mínimo en grado de tentativa) de un hecho principal doloso y antijurídico(2). De ahí que si el inductor determina a un incapaz de culpabilidad a realizar el hecho, sin conocer de dicha incapacidad, subsiste la inducción.

En el fundamento de la punición de la inducción han jugado un rol importante los trabajos orientados a la delimitación de la inducción como forma de participación frente a la autoría, constituyendo uno de los temas de mayor discusión en la doctrina penal. Un sector de la doctrina alemana ha propuesto la denominada teoría pura de la causación (reine Verursachungstheorie)(3), según la cual el injusto de la participación sería mediante el injusto del autor la causación alejada del propio injusto. Esta posición conduciría, de una parte, a la negación de la posibilidad de la participación punible en un delito especial propio, ya que el bien jurídico correspondiente no puede ser lesionado precisamente por un extraneus; o a la aceptación de la posibilidad de la participación en un suicidio ajeno, a pesar de que falta en el hecho principal de otro(4). En la doctrina mayoritaria destaca la denominada teoría de la causación orientada a la accesoriedad ("akzessorietatsorientierte" Verursachungstheorie), la cual, en el sentido de la teoría pura de la causación, observa la punición de la participación en la causación de la lesión típica al bien jurídico; sin embargo, de manera diferente coloca en un primer plano el principio de accesoriedad y deriva el injusto de la participación del injusto del hecho principal(5). Según ello, el injusto de la inducción radica en que también el inductor que suscita el dolo del hecho en el autor principal ha atacado indirectamente al bien jurídico protegido. La ventaja que presenta esta posición

se encuentra en su compatibilidad con el principio de accesoriedad; sin embargo, esta teoría se orienta de manera demasiado exclusiva al injusto de resultado del hecho principal y descuida el injusto de la conducta del partícipe(6).

Desde la teoría de la causación orientada a la accesoriedad, ROXIN(7) ha desarrollado una posición denominada teoría del ataque accesorio al bien jurídico (Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffes), la cual evita las limitaciones de las anteriores propuestas y, a diferencia de lo señalado por la teoría originaria, no deriva el injusto de la participación exclusivamente del injusto del hecho principal, sino también observa si el partícipe, en este caso el inductor, lesiona un bien jurídico protegido especialmente con relación a él(8). Desde esta perspectiva, cada participación presupone desde su accesoriedad un ataque independiente al bien jurídico por parte de cada partícipe(9). Se logra así que la teoría de la imputación objetiva también sea aplicable para la participación(10).

La accesoriedad de la inducción (y también de la complicidad) conlleva, como hemos señalado, que la inducción presupone siempre el hecho de otro. Esta unión accesoria con un hecho principal sirve a la punición de la inducción para la obtención de su contenido de legalidad frente al principio constitucional de determinación: Nullum crimen sine lege. II). La accesoriedad de la inducción (y de la complicidad) tiene vigencia no solo para la determinación de la responsabilidad penal del partícipe, sino principalmente también para la determinación de la sanción. Esta que, por otro lado, no habría participación punible alguna en los casos de creación con dolo típico de un mero estímulo delictivo, a pesar de que se ha causado en forma accesoria un hecho del autor. Los efectos de esta teoría no se justifica por el solo hecho que según el artículo 24 del CP el inductor ha de ser castigado con la misma pena que el autor, se ha de tomar en cuenta, no obstante, los denominados ablandamientos de la accesoriedad (Akzessorietatslockerungen) ligados generalmente a los elementos personales especiales.

1. Los elementos personales especiales del autor

El partícipe responde por la causación o cocausación de un injusto ajeno, sin embargo, esa co-responsabilidad puede resultar inocua desde la perspectiva de los fundamentos de la equidad penal, allí donde respecto de la persona del autor principal están dados en el injusto, la culpabilidad o la penalidad determinados elementos que caracterizan más la persona del autor (s'u injusto personal) que la lesión al bien jurídico como tal. Según la legislación (artículo 26 CP), tales elementos personales se atribuyen solo al coautor o al partícipe en la medida en que en ellos existan. A partir de ahí, surge la interrogante acerca de qué clase de elementos personales especiales deben ser aquellos que conducen a la aplicación de los ablandamientos de la accesoriedad. La respuesta a ello se ha de encontrar en la diferenciación de los elementos personales especiales entre aquellos referidos al autor y los referidos al hecho(12).

El principal ámbito de aplicación de la diferenciación de los elementos personales especiales tiene lugar en aquellos casos en que estos fundamentan la punibilidad del autor, así especialmente en el ámbito de los delitos especiales propios (delitos de infracción de deber en la moderna dogmática penal). Si falta en el inductor el elemento personal especial que fundamenta la punición, para un sector de la doctrina permanece, no obstante, la responsabilidad penal mediante la aplicación de una pena menor¹³). Dentro de las especialidades de los elementos A induce al ladrón B a realizar una sustracción, la cual efectivamente lleva a cabo, surge la pregunta si a falta del ánimo de apoderamiento de la cosa en el inductor, se le ha de atenuar la pena. La respuesta es negativa. A pesar de su incuestionable carácter subjetivo no es tal intención especial propia de los delitos patrimoniales un elemento personal referido al autor, sino referido al hecho, pues se trata de una intención que se ha de ubicar en la posición de los correspondientes elementos externos. En este sentido, vide GEPPERT. Op. cit. Pág. 301. Según el artículo 26 ep las cualidades personales que afectan la responsabilidad de algún autor no se comunican a los demás autores si los hubiera, ni a los partícipes, por lo que no se trataría de una disminución de la pena como en el caso del §28 StGB, sino, en principio, de la exclusión de responsabilidad en el caso de los coautores en los que no concurra 'el elemento especial que fundamenta el injusto; respecto de la inducción sí consideramos viable la punición del inductor en estos casos, para lo cual es suficiente que dicho inductor y no sobre el autor principal, el Supremo Tribunal en la Sentencia de la Sala Penal, R.N. N° 3840-97, Ayacucho, ha opinado que sí constituye un delito agravado por la calidad del agente el hecho de que el inductor sea la cónyuge de la víctima del homicidio perpetrado por los autores principales, aplicándosele al inductor, en consecuencia, la pena establecida en el artículo 107 CP, mientras que a los autores principales les correspondería la pena correspondiente al asesinato prevista en el artículo 108 CP, debido a la crueldad con que actuaron, la cual no se aplicó en tal caso por tratarse de menores de edad. En principio, contrariamente a lo resuelto por el Supremo Tribunal, no cabría afirmar la comisión del delito de inducción al parricidio, pues el hecho principal no se trata de un delito de parricidio, sino de un asesinato, ya que esta es la conducta llevada a cabo por los inducidos, quienes no ostentan la cualidad personal especial que fundamenta la punición del delito de parricidio¹⁵). La inducción ha de estar referida necesariamente al hecho principal que se ha realizado, como mínimo en grado de tentativa, y no al que estuvo en el plan del inductor, para que pueda ser imputado¹⁶), en este caso el delito cuya realización determina el inductor es un homicidio; no obstante, se trata de aquellos supuestos en que el inductor podría merecer una pena mayor que los autores principales. A pesar de esta categórica afirmación, para la sentencia en cuestión se ha de revisar la variante que tiene la teoría de la accesoriedad limitada cuando el partícipe sabe de la incapacidad de culpabilidad de los autores principales, lo cual ocurre en este caso con los menores de edad que realizan el hecho principal, en tales supuestos la doctrina ha optado por afirmar una autoría mediata dentro de la problemática del dominio del hecho por parte del hombre de atrás en el caso de un instrumento no culpable¹⁷). Desde esta perspectiva, el Supremo Tribunal debió sancionar a la presunta "inductora" como autora mediata del delito de parricidio, salvando, de un lado, la falta de culpabilidad de los menores que llevan a cabo la conducta y, de otro lado,

fundamentando la pena del delito de parricidio en la autoría mediata y no en una inducción al parricidio con una cualidad especial de autor que no ostentan los menores.

II. El tipo objetivo de la inducción

1. Un hecho principal doloso y antijurídico

El primer elemento exigido para la constitución de la inducción es la existencia de una realización dolosa de un hecho antijurídico realizado por otro(18). Como hecho principal es suficiente que se trate de actos preparatorios punibles(19). Es posible la inducción a un delito del cual el inductor no puede ser autor, como los delitos de infracción de deber (el elemento especial de la autoría recogido en el tipo debe ser abarcado por el dolo del inductor) y los de propia mano(20); también cabe la inducción a un delito de peligro(21). En la persona del autor deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, y debe estar ausente alguna causa de justificación(22). Con relación al grado de desarrollo del delito principal, según los fundamentos de la accesoriedad no solo es punible la inducción en los casos en que el hecho principal está consumado, sino también cuando ha sido intentado, este es el caso de la tentativa punible como hecho principal(23).

A. Diferencia entre inducción a una tentativa y la tentativa en la inducción

Uno de los temas complejos en materia de la inducción es el referido a la diferenciación entre inducción a una tentativa y la tentativa en la inducción. Se tratará de un caso de inducción a una tentativa cuando el dolo del inductor está orientado a un delito consumado doloso y el autor principal lleva a cabo solo una tentativa punible(24). La tentativa en la inducción se presenta en aquellos supuestos en los que, realizada la determinación por parte del inductor sobre el presunto autor principal, este no solo no llega a realizar un delito consumado, sino que ni siquiera da inicio a la fase de la tentativa (a falta de un hecho doloso y antijurídico desaparece para el inductor la posibilidad de una inducción consumada); igualmente, será tentativa de inducción aquella que realiza alguien sobre una persona, sin saber que está ya decidida a la realización del hecho; ambos casos se tratan solo de una inducción en grado de tentativa que será punible en la medida en que el presunto hecho principal, cuya realización fuera objeto de la inducción, constituya delito(25). Tan pronto como el hecho principal alcanza como mínimo el grado de tentativa es pertinente hablar de una inducción consumada(26). Como toda tentativa, la tentativa de la inducción presupone, en el plano del tipo, el dolo del inductor orientado a la consumación dolosa del hecho principal, así como la colocación de todo lo directamente propio de la inducción.

B. Hecho principal doloso

Solo es punible la inducción a un hecho principal doloso(27). La inducción a un hecho principal culposo queda fuera de consideración, en la medida en que si una persona actúa no dolosamente como instrumento de un hombre de atrás mal intencionado, resulta de aplicación para este la autoría mediata, siempre

que ostente la cualidad de autor que fuera exigible para el caso específico(28). El artículo 24 CP no hace alusión expresa a la exigencia de que el hecho principal sea doloso, solo menciona un hecho punible en general; sin embargo, dicho precepto se ha de interpretar, desde la propia estructura de la inducción y su diferencia con la autoría mediata, en el sentido de que solo cabe como hecho punible materia de inducción un hecho principal doloso y no uno culposo.

2. La determinación de otro

La determinación se ha de entender como originar la decisión a un hecho antijurídico concreto, ella debe convertirse, como mínimo, en una relación de causa a efecto para la realización del hecho(29). No es posible la inducción cuando la persona a determinar se encuentra ya por sí misma decidida al hecho, esto es, cuando se trata ya de un omnimodo facturus..30). La inducción debe estar orientada a un determinado autor o a un determinado círculo individualizado de autores, desde el cual uno se decide por el hecho(31). La determinación debe fundamentar la imputación al inductor del injusto de acción realizado por el autor principal(32);

como decisión al hecho puede observarse solo el dolo del autor que obra en el estadio de la realización del hecho principal, solo mediante dicho obrar doloso se tiene una conducta de injusto imputable al inductor, no es suficiente el mero desarrollo del plan del hecho en el estadio de la preparación(33). La determinación es también posible en aquellos casos en los que el autor está preparado de una manera muy general para el hecho, o cuando ya tiene el pensamiento sobre el hecho, pero todavía está dubitativo o cohibido para su realización. De ahí que como mínimo se exija al inductor la co-causación de la determinación, con la salvedad de que el autor no debe estar ya firmemente decidido al hecho concreto(34);

consecuentemente, la inducción no ha de ser necesariamente la única causa para la realización del hecho ni es necesario que el inducido sea consciente de que actúa bajo la inducción(35). En la inducción no puede extenderse la imputación del injusto a las contribuciones aisladas de otro partícipe, al igual que en la coautoría solo se imputan las contribuciones que en la común decisión del hecho han sido motivadas recíprocamente(36).

Se discute sobre la forma e intensidad de la influencia sobre el hecho requerida para apreciar la determinación en la inducción, Según la doctrina dominante, la decisión al hecho puede originarse mediante cualquier influencia intelectual, a la cual no se le exige que sea conocida por quien es influenciado, ni que el inductor lleve a cabo una comunicación directa con el inducido(37). Una concepción restrictiva exige un contacto intelectual entre el inductor y quien va a ser influenciado con el objetivo de determinar a este último hacia la decisión del hecho; por consiguiente, la mera creación de estímulos o impulsos situacionales hacia el hecho no es suficiente para apreciar una inducción(38). Por otra parte, se exige que entre el inductor y quien va a ser influido exista un acto comunicativo reconocible dirigido a la provocación de la decisión hacia el hecho, mediante un pedido, sugerencia, exhortación o el ofrecimiento o promesa de alabanza(39). ROXIN menciona para la inducción la necesidad de la concurrencia de una "intelectual comunicación colusiva" entre el inductor y el autor(40). Todavía más restringidas son las concepciones que en cuanto a la

forma de la influencia exigen un dominio del plan por parte del inductor(41), un pacto ilícito entre el inductor y el autor(42), o la solidaridad del partícipe con el injusto ajeno(43). Necesariamente ha de darse un proceso de comunicación entre el inductor y el inducido, dentro de un contexto de interacción social de ambos, de lo contrario no existiría una situación a resolver, se trataría de un autor que actúa aisladamente; dicha comunicación también se lleva a cabo en la complicidad psíquica, de ahí que sea importante determinar la característica distinta con la que se comunica el inductor<44). Luego, no se trata de cualquier influencia intelectual, sino de una orientada a que tenga lugar el hecho; de tal forma que la influencia psíquica para que sea inducción ha de ser, como mínimo, una influencia por la que el autor comprenda su decisión de manera independiente de la voluntad del inductor (45).

Crítico con estas posturas se muestra HILGENDORF, quien ubica la limitación de la punibilidad de la inducción no en las influencias verbales o situacionales, como en su opinión se mostrarían las posiciones anteriormente expuestas, sino según el correspondiente potencial de riesgo que encierra la conducta del inductor, el cual se determina de acuerdo a un examen de la causalidad a través del grado del riesgo para el bien jurídico protegido originado por el impulso hacia el hecho; este riesgo puede ser creado mediante influencias comunicativas y no comunicativas, aquí juegan un rol importante solo aquellos impulsos que superen el nivel cotidiano de impulsos hacia la comisión de hechos punibles que existe en toda sociedad, los cuales han de ser considerados como una superación del riesgo socialmente adecuado y, en consecuencia, una inducción(46). En una cercana orientación a la de HILGENDORF, pero más vinculada a la moderna teoría de la imputación objetiva, se encuentra la propuesta de WEBLAU(47), en su opinión, antes que un problema sobre el dolo o sobre la específica participación, la inducción ha de ser tratada desde la creación de un riesgo por parte del inductor, de tal forma que solo puede constituir una inducción aquella creación de un peligro normativamente relevante, lo cual tendría mayor incidencia en la relativización de la idea de "cocausación" de la determinación como límite mínimo para apreciar una inducción. Comparto la posición de WEBLAU en cuanto constituiría un correctivo de la co-causación de la determinación como único criterio de fundamentación de la inducción, a partir de entender que la inducción ha de ser apreciada desde una perspectiva ex ante como la creación de un peligro para un determinado bien jurídico que se realiza en el resultado, sin que pierda su naturaleza de acto de comunicación entre el inductor y el autor, diferenciado de la complicidad psíquica en cuanto conlleva que el autor comprenda su decisión de manera independiente de la voluntad del inductor.

Son indiferentes los medios que el inductor puede emplear para determinar a otro a la realización de un hecho punible. Resultan apropiados, por ejemplo, una concluyente exhortación, persuasión, incitación o consejo; sin embargo, no es suficiente el simple silencio frente a la posible preparación de un hecho(48). Una inducción mediante omisión es excepcionalmente posible(49). Un sector de la doctrina niega, no obstante, la posibilidad de la inducción por omisión en la medida en que en ella no puede encontrarse una intervención con contenido de sentido que fuera relevante para la determinación(50). Algunos autores aprecian excepcionalmente una inducción mediante omisión cuando en el caso

de un garante competente de la vigilancia de una persona, esta induce a un tercero a la realización del hecho(51). Una segunda posición admite la posibilidad de la inducción por omisión cuando el deber radica en la interrupción del riesgo que encierra la propia determinación hacia el hecho(52), fórmula que resultaría de aplicación respecto del artículo 24 CP en la medida en que concurra en el inductor un deber de garante respecto del bien jurídico afectado por el hecho principal, solo así podría determinarse un ataque independiente para un bien jurídico referido al inductor, en los términos del artículo 13 CP.

3. Supuestos de inducción sobre un autor ya decidido a realizar el hecho

En los supuestos en que el autor es determinado a realizar un hecho distinto del que ya tenía planeado, esto es, los denominados casos de variación del plan que ya tiene decidido el autor principal (Umstiftung), la doctrina dominante considera que se trata de una inducción ya sea en el caso que se conduzca a la realización de un hecho distinto del que el autor tenía en mente o a la comisión de una realización típica adicional. En toda variación del curso causal del hecho se ha de determinar en qué medida el riesgo creado por el inductor se ha realizado en el resultado y si la variación era determinable ex ante para el inductor(53). La inducción a una mera modificación del mismo hecho ha de ser tratada como colaboración psíquica(54). En los casos de variación del titular del bien jurídico se quiebra la identidad del hecho, por lo que habrá de considerarse una inducción(55). Respecto de la variación del objeto del hecho, se admite generalmente solo colaboración psíquica(56); no obstante, habrá inducción si la parte del daño materia de la intervención del partícipe supera a aquella considerada originalmente por el autor, pues se trata de otro hecho(57). Una variación del motivo del hecho se ha de apreciar como inducción(58). Respecto de la variación de las modalidades del hecho, por ejemplo, tiempo, lugar, etc., el partícipe ha de responder por colaboración(59). En el caso que el autor no cuente con un plan para la realización del hecho y es inducido a un hecho determinado, pero realiza un hecho completamente distinto, no estaríamos ante un supuesto de variación del plan del autor (este no existe), la doctrina(60) resuelve esta situación sugiriendo una tentativa de inducción si el hecho propuesto constituye delito; sin embargo; no comparto esta posición, en la medida en que el hecho principal debe encontrarse en grado de tentativa, lo cual no ocurre en este caso respecto del hecho inducido, y difícilmente en el terreno práctico podría diferenciarse de un simple consejo o de una complicidad psíquica(61).

Para el supuesto en que el autor ya está decidido a la realización de un delito básico, por ejemplo, un hurto, solo puede ser inducido a la modalidad agravada de dicho delito: robo, debido a que ambos hechos no son idénticos(62), o respecto del mismo hecho al empleo de una forma de realización más peligrosa que la menor planeada(63). Son los denominados casos de variación del plan ya decidido por el autor principal hacia un delito más grave (Autstiftung). La doctrina no es pacífica en este caso. Debido al elevado contenido de injusto del hecho realizado, mayoritariamente algunos autores afirman la presencia de una inducción a la forma agra-

vada(64). Otro sector de la doctrina admite para este supuesto una colaboración psíquica al tipo básico, mientras que la inducción solo es considerada adicionalmente en la medida en que esté comprendido independientemente el plus conducente a la agravación(65). HOYER(66) hace mención en este caso al dominio positivo del motivo por parte del inductor solo de una parte de la totalidad del injusto. En efecto, el autor principal ya es un omnímodo facturus respecto del tipo básico decidido a realizar, por lo que no cabe una inducción sobre dicha conducta solo sobre la agravación o la realización más peligrosa.

La variación por parte del inductor del plan ya decidido por el autor para la realización de un delito cualificado hacia el delito básico, los denominados casos de *Abstiftung*, no ha de ser tratada como inducción, entraría en consideración más bien la colaboración psíquica, ya que el autor respecto del delito básico es un omnímodo facturus(67). El dominio del motivo del inductor se limita negativamente, pues el autor no realiza el injusto cuantitativamente mayor; se trata de un dominio negativo del motivo por parte del inductor debido a que el motivo portador de responsabilidad es independiente del efecto de la inducción(68). La impunidad de la inducción procede igualmente cuando el "inductor" induce al autor ya decidido a la realización del delito, a una forma de realización menos grave en el marco del mismo delito(69).

4. Variación entre el hecho inducido y el hecho realizado por el autor

En principio, al inductor se le ha de imputar el hecho principal en la medida en que lo haya inducido, esto es, que el peligro para el bien jurídico creado por su conducta se realice en el resultado (lesión o peligro). Sin embargo, cabe la posibilidad de variaciones en la realización del hecho principal que pueden tener cierta repercusión sobre la responsabilidad del inductor. En el caso de variaciones intrascendentes, como son las circunstancias de tiempo y lugar del hecho, estas no tienen mayor repercusión(70). Para el supuesto de una variación del bien jurídico se anula la identidad del hecho independientemente de la gravedad del delito variado; si el bien jurídico atacado es objetivamente inferior al que se hubiera afectado, se ha de considerar una justificación del inductor; en caso fuera mayor el bien jurídico materia de la variación, se estará ante un supuesto de mayor desvalor de resultado a resolverse de acuerdo a si era previsible para el inductor dicho resultado, por el que podrá responder, en todo caso, a título de dolo eventual. Respecto de las variaciones trascendentes sí es pertinente precisar algunas diferenciaciones. Para el caso de un delito completamente distinto al inducido no responde el inductor; así, por ejemplo, cuando el autor asesina a la víctima en lugar de robarle, distinto es si el inductor ha deseado con algunas reservas el otro hecho(71). En los casos denominados de exceso por parte del autor principal, todo aquello que era imputable a título de inducción en la variación del plan original del autor (*Umstiftung*) y en la elevación a un delito o perjuicio mayor (*Aufstiftung*), quedan fuera de imputación por inducción debido al exceso(72), aquí el autor sobrepasa el marco que el inductor se ha representado. Solo responde el inductor por la parte del hecho que corresponde a su voluntad, no sobre la

parte excedida(73). Si el autor principal que fuera inducido a un delito básico realiza dolosamente la forma cualificada, respecto de la cual el inductor ni siquiera mínimamente ha tomado en consideración, responderá este por inducción solo respecto del delito básico(74). Por el contrario en los delitos cualificados por el resultado es suficiente que el inductor se comporte negligentemente respecto del resultado agravado por él no querido(75). En los supuestos de exceso por parte del autor principal, se ha de acudir al criterio del peligro normativamente relevante creado por el inductor para el bien jurídico a ser verificado en el caso concreto(76). En el supuesto en que un autor inducido a un robo agravado comete solo un robo simple, responderá el inductor por tentativa de inducción respecto del delito de robo agravado en unidad de acción con la inducción a un robo simple(77).

5. Convergencia de motivos en la persona del autor para la realización del hecho

Con relación a la exigencia del dolo en el estadio de la realización del hecho para la verificación de un injusto de acción imputable al inductor, suelen presentarse algunos casos complejos.

A. Con antelación al inicio de la tentativa

En el caso que alguien promete al autor una retribución económica por la realización del hecho, pero el autor rechaza la oferta precisamente antes de la iniciación de la tentativa, se elimina la punibilidad por inducción de quien promete si es que el autor por otros motivos comete el hecho planeado originalmente debido a la promesa(7B). Por el contrario, un hecho provisionalmente ya preparado por otras razones puede ser determinado al hecho mediante una adicional oferta de dinero, si es que las razones anteriores son dejadas de lado precisamente antes del inicio de la tentativa y el autor hace suya la oferta de dinero como nuevo motivo del hecho, en cuyo caso no habría mayores complicaciones para la concurrencia de la inducción(79).

B. Incremento de los motivos originales en el autor

Problemático es el caso en que a los motivos originados en el autor principal, por ejemplo, los celos, por los que aún no ha realizado el hecho, se mantienen y, luego, a partir de ellos aparecen para el autor adicionales motivos para la realización del hecho: oferta de dinero. La doctrina mayoritaria diferencia aquí según la firmeza con que el autor estuvo decidido al hecho a consecuencia del original motivo que influyera sobre él. Si el autor, en cuanto a su motivo original, está dispuesto al hecho pero todavía vacilante, se ha de considerar posible la determinación y, en consecuencia, la inducción(80). Tan pronto como el autor obtiene en su psique un claro predominio del motivo que lo estimuló al delito, la posterior inducción no podrá ser comprendida como causa de la decisión del hecho(81). Desaparece la inducción, solo permanece en consideración una posible complicidad psíquica(82). En una variante del caso anterior, si tanto el motivo de los celos del autor como la entrega de dinero por parte del partícipe se habrían presentado para el autor como motivos suficientes para la realización del hecho, no pierde la contribución al hecho del

partícipe su significado de codeterminante en el marco de la realización del hecho debido a que temporalmente ha influenciado al autor después del motivo de los celos(83).

C. La diferenciación entre disposición al hecho (Tatgeneigtheit) y decisión al hecho (Tatentschlossenheit)

La diferenciación entre disposición al hecho y decisión al hecho tiene aplicación a partir de la influencia del partícipe sobre la formación de la voluntad del autor en la fase de preparación del hecho(84). Inductor solo debe ser aquel cuya influencia conduce a que el autor, en la fase anterior a la ejecución del hecho, cruce el umbral de la simple disposición al hecho hacia la real decisión sobre el hecho. Así, aún no está decidido quién se siente entusiasmado, pero al mismo tiempo oscila sobre si debe realizar el hecho, pues puede ser objeto de la intervención de un tercero que logre incrementar en su psique la tendencia hacia la comisión del hecho. Por el contrario, quien se encuentra decidido a realizar el hecho, pero tiene todavía particulares vacilaciones, no puede ser más inducido.

En el caso de quien, en primer lugar, decide la realización del hecho, pero posteriormente decae y retrocede al estado de indeterminación, es inducido si un tercero lo anima y reproduce en él la voluntad de realización del hecho(85).

En definitiva, ante la indagación acerca de las causas por las que el autor fue motivado a la realización del hecho, si la influencia del partícipe pertenece a dichas causas se ha de considerar una inducción, aun en el caso que el autor haya cometido el hecho sin la influencia predominante del partícipe y solo debido a otras razones más fuertes que lo hayan motivado, siempre que desde una perspectiva ex ante el peligro creado por el inductor sea normativamente relevante y se haya realizado en el resultado.

III. El tipo subjetivo de la inducción

1. El dolo del inductor

El inductor ha de determinar dolosamente al autor hacia el hecho. No es punible una inducción negligente(86). El dolo del inductor debe estar referido a un hecho principal determinado, no es suficiente determinar de cualquier manera al autor, induciéndolo solo al género o al tipo penal. El inductor debe saber precisamente que determina a otro ya qué lo determina(87). El dolo debe comprender la consumación de un determinado hecho doloso y antijurídico y la provocación de la decisión hacia el hecho en el autor principal, de ahí que la doctrina haga referencia al doble dolo del inductor(88). Se exige dolo de consumación(89) aunque el hecho principal se haya realizado en grado de tentativa(90). El inductor debe representarse un hecho principal concreto aunque no en todas sus particularidades, pero sí en sus elementos esenciales y rasgos fundamentales, en el sentido de una imagen del hecho(91); es importante en los delitos de infracción de deber que el inductor conozca que el autor principal ostenta la cualidad especial de autoría exigida por el tipo penal en concreto. Para la inducción es necesario que el agente desee la

consumación del hecho, en aquellos casos en que solo se desea que el hecho sea realizado en tentativa, como es el caso del agente provocador, no concurre ninguna inducción(92). En la inducción en cadena, el dolo del primer inductor ha de estar orientado al siguiente destinatario, no al último de la cadena(93).

Junto al dolo del autor principal se encuentran elementos subjetivos del injusto que este debe cumplir, respecto de los cuales no es necesario que el inductor por sí mismo los manifieste, basta con que sepa que el autor principal los manifiesta(94). En los casos de desviación del curso causal por parte del autor principal, la diferencia entre el injusto realizado por el autor y el injusto perpetrado por el inductor se ha de encontrar en los principios sobre la esencialidad de la desviación del curso causal, de tal forma que el inductor responderá en el marco del tipo comprendido por el dolo respecto de la total dimensión para él previsible del injusto(95).

2. Las circunstancias que hacen antijurídico el hecho del autor. Diferencias entre inductor y agente provocador

Aquellas circunstancias que expresan la antijuridicidad del hecho deben ser necesariamente conocidas por el inductor. No se necesita que el inductor haya valorado el hecho principal en sí mismo como antijurídico, es suficiente que haya conocido las circunstancias por las que el ordenamiento jurídico valora el hecho principal como antijurídico(96). Así, por ejemplo, en la inducción a un delito especial el inductor debe saber que el autor posee la especial cualidad exigida para la auto ría, el inductor puede estar ajeno a ella. No habrá inducción cuando el agente desea la realización formal del tipo, pero no el resultado material del injusto(97).

Así, la provocación al hecho mediante un agente encubierto o una persona de confianza de la policía con la finalidad de perseguir penal mente al autor principal, no es ninguna inducción. Sin perjuicio de los problemas de contenido procesal penal sobre el agente provocador, que por una cuestión de economía no podrán ser tratados aquí, la diferencia entre el inductor y el agente provocador radica en que el hecho cometido por este último no es punible cuando permanece en grado de tentativa, mientras que para la inducción sí es punible, lo mismo sucede cuando el agente provocador solo desea impedir la culminación del hecho punible(98). Por el contrario, si el agente provocador se comporta con dolo eventual de consumación o bien de culminación del hecho, habrá actuado mediante inducción punible(99). A diferencia del inductor, el agente provocador no muestra la misma referencia subjetiva respecto del perjuicio al bien jurídico como exige una realización del autor, carece de un ataque propio al bien jurídico, de ahí que no pueda ser inductor(100).

3. Error en el inductor

Si el inductor parte equivocadamente de una conducta dolosa del autor principal, pero se comporta este solo negligentemente, se trataría, entonces, solamente de una inducción tentada. La autoría mediata se elimina porque el inductor no conoce el déficit de quien está adelante (autor directo) que fundamenta su dominio del hecho(101) y, por otro lado, le falta la necesaria voluntad de cometer el hecho como propio (animus auctoris)(102). Si el autor

principal actúa dolosamente, pero el inductor no lo sabe, objetivamente se habría realizado una inducción, pero el aspecto subjetivo no queda muy claro, pareciera concurrir una autoría mediata de un instrumento no doloso. ROXIN considera que en este caso se trata de una tentativa de autoría mediata en unidad de acción con una inducción consumada(103J, sin embargo, se ha de apreciar una excesiva carga hacia el hombre de atrás.

Respecto de la exigencia de un hecho principal doloso, resulta materia de discusión si esta se cumple en el caso de que el autor principal, que por sí mismo obra dolosamente, yerra sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación, esto es, bajo un error de permisión del tipo. Para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad(104) el error sobre la antijuridicidad y, consecuentemente, también el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación han de ser considerados como un error de prohibición. La doctrina dominante en la actualidad opta por la teoría limitada de la culpabilidad y parte del fundamento de que en los casos de error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación, el autor desea comportarse fiel al Derecho, pero yerra solamente en una circunstancia (de ahí error sobre una circunstancia), luego el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación lo equipara al error de tipo(105). Para la variante extrema de esta teoría se aplicaría el artículo 14 CP en todas sus consecuencias, se equipara en toda su extensión el error de permisión de tipo con el error sobre una circunstancia del hecho conducente a la exclusión del dolo. Ello significa la absoluta exclusión de un hecho doloso(106), lo cual trae como consecuencia que a falta de un hecho doloso también quede excluida la correspondiente responsabilidad del partícipe(107).

IV. Autoría y participación en la inducción

En primer lugar, se ha de advertir que el inductor no realiza el hecho sobre un instrumento dominable por él, ni le quita al autor la producción de una esencial contribución al hecho(108). El inductor debe poseer el dominio del motivo sobre el autor (Motivherrschaft) respecto de los demás intervinientes en el hecho, para poder realizar el injusto equiparable valorativamente con el del autor(109). La inducción puede verificarse colectivamente o indirectamente mediante la intervención de un tercero de buena fe (inducción mediata)(110). En los casos de inducción en cadena (Kettenanstiftung), esto es, cuando se induce a la inducción, no es necesario que el primer inductor conozca a la persona del autor, solo se exige que exista un autor principal al final de la cadena(111). Lo mismo sucede para los casos de inducción en coautoría(112). La inducción a la complicidad se ha de apreciar como ayuda mediata a un hecho principal; igualmente, en los casos de complicidad a la inducción se sanciona por complicidad al hecho principal(113J).

El injusto deducido del hecho principal ha de ser considerado en cuanto a su desvalor de resultado como también a su desvalor de acción; en la complicidad, a diferencia de la inducción, no se ha de considerar la decisión del autor principal en el desvalor de acción(114). El cómplice no ha de contribuir en la toma de decisión para la realización de la conducta desvalorada, su intervención puede ser posterior a la iniciación de la conducta principal,

mientras que la característica central del inductor es que su participación ha de ser necesariamente anterior al hecho; de ahí que al cómplice se le ha de imputar el resultado del injusto (lesión o puesta en peligro del bien jurídico), pero no la conducta injusta realizada(115). Respecto de la diferenciación entre inducción y autoría mediata, se ha de advertir que el inductor solo posee el dominio sobre la decisión adoptada por el autor principal, lo cual es insuficiente para apreciar la autoría mediata que requiere el dominio del hecho(116). En el caso que un partícipe interviene no solo como inductor sino, además, en forma de autoría en el hecho principal, se ha de precisar que la inducción como forma de participación es desplazada por una realización en autoría, mientras que la inducción desplaza a una forma de autoría omisiva(117).

V. La penalidad de la inducción

La penalidad del inductor se determina según el marco de la pena aplicable al hecho principal. Sin embargo, la medición de la pena para el inductor puede ser distinta de la del autor principal, ya sea mayor o menor(118). Se ha de tener en cuenta que las formas leves de participación respecto de las graves son subsidiarias, de ahí que la inducción a pesar de la equiparación con la autoría en el ámbito de la pena, es una forma leve de participación(119). Desde una perspectiva políticocriminal, la equiparación de penas entre autoría e inducción que presenta la actual sistemática del Código Penal ha de ser revisada, pues los límites conceptuales que distinguen la inducción frente a la mera creación de impulsos hacia el hecho en la persona del autor no están claramente definidos, mientras que, por otro lado, se hace necesario por parte de la jurisprudencia la adopción de un criterio material para la comprensión del hecho del inductor en toda su dimensión, el cual podría estar orientado desde el reconocimiento en él de un ataque independiente al bien jurídico. De lege ferenda, se recomienda la incorporación al artículo 24 CP de una facultativa disminución de la pena, a ser aplicada por el juez según el caso concreto.

DOCTRINA

ARZT/WEBER. "Strafrecht. Bundestag. Delikte gegen die Person", 3 Aufl. Bielefeld, 1988.

BAUMANN/WEBER/MITSCH. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 10 Autl. Bielefeld, 1995.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Manual de Derecho Penal. Parte General".

Lima. 2000. BRAMONT-ARIAS, Luis Alberto/BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.

"Código Penal anotado". 3~ edición. Lima, 2000. CARO JOHN, José Antonio.

"La imputación objetiva en la participación delictiva". Lima, 2003. GEPPERT.

"Die Anstiftung (§26 StGB)". En: Juristische Ausbildung 1997. HAKE.

"Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale". Berlín, 1994.

HERZBERG. "Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip". Berlín, 1972.

HERZBERG. "Tatherrschaft und Teilnahme". München, 1977.

HILGENDORF. "Was meint zur Tat bestimmen in §26 StGB". En: Juristische

Ausbildung 1996. HOYER et al. "Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil". 7 Aufl. 2003 (SK-HOYER, 2000). HRUSCHKA. "Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998. INGELFINGER. "Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit". Berlin, 1992. JAKOBS, Günter. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch". 2 Aufl. Berlin, 1991. JAKOBS, Günter. "Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation". En: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1996. KAUFMANN. "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Bonn, 1955. KINDHAUSER. "Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar". Baden-Baden. 2001. KÜHL. "Strafrecht Allgemeiner Teil". 2 Aufl. München, 1997. KÜPPER. "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung". En: Juristische Blätter 1996. LESCH. "Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?". En: Juristische Arbeitsblätter 2000. LÜDERSEN. "Zum Strafgrund der Teilnahme". Baden-Baden. 1967. MAURACH, Reinhart | ZIPF, Heinz. "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Teilband 1. 8 Aufl. Heidelberg, 1992. MAURACH/GOSSEU | ZIPF. "Strafrecht Allgemeiner Teil". Teilband 2, 7 Aufl. Heidelberg, 1989. MAURACH | SCHROEDER | MAIWALD. "Strafrecht. Bundestag". Band 1. 9 Aufl. Heidelberg, 2003. OTTO. "Anstiftung und Beihilfe". En: Juristische Schulung 1982. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". 3;1 edición. Lima, 1997. PUPPE. "Der objektive Tatbestand der Anstiftung". En: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1984. ROXIN, Claus et al. Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar. 11 Aufl. Berlin. 2003 (LK-ROXIN, 1992). ROXIN, Claus. "Zum Strafgrund der Teilnahme". Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 1993. ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre". Band 1. 3 Aufl. München, 1997. ROXIN, Claus. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat". Band 11. München, 2003. SCHONKE | SCHROEDER. "Strafgesetzbuch. Kommentar". 26 Aufl. München, 2001. SCHULZ. "Anstiftung oder Beihilfe". En: Juristische Schulung 1986. SCHUMANN. "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen". Tübingen, 1986. SIPPEL. "Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung". Marburg, 1989. STRATENWERTH, Günter. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat". 4 Aufl. Köln u.a. 2000. STREE. "Bestimmung eines Tatentschlusses zur Täterschaft". Festschrift für E. Heinitz zum 70. Geburtstag. Berlin, 1972. TRONDLE | FISCHER. "Strafgesetzbuch und Nebengesetze".

51 Aufl. München, 2003. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición. Lima, 2002. WELZEL, Hans. "Deutsches Strafrecht". 11 Aufl. Berlín, 1969. WESSELS/BEULKE. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau". 32 Aufl. Heidelberg, 2002. WEBER. "Der Exzeß des Angestifteten". En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 104. 1992.

JURISPRUDENCIA

"La instigación hecha por los acusados a los menores a fin de que dieran muerte al agraviado, se halla contemplada en el artículo 24 del Código Penal, 'por el cual se reprime como autor del hecho punible al que determine a otro a cometerlo. El acusado solo debe responder en la medida en que el hecho principal concuerde con su intención (dar muerte a la víctima), no resultando responsable por el exceso en el que han incurrido los menores (asesinato con crueldad)'".

(Resolución Superior 09/10/97. Exp. 3840-97. Ayacucho).

(1) Ello en virtud del principio de accesoriedad limitada, solo concibe la participación de manera dependiente (accesoria) del hecho principal, y precisamente es limitada debido a que no se circunscribe a la culpabilidad del autor, solo a la antijuridicidad de su comportamiento. Vide ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat". Band 11. München, 2003. §26, n.m. 5. Críticos de la teoría de la accesoriedad limitada en cuanto a la suficiencia de un hecho antijurídico como hecho principal, vide JAKOBS. "Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation". En: Goßdammer's Archiv für Strafrecht 1996. Págs. 255 y sgte.; LESCH. "Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?". En: Juristische Arbeitsblätter 2000. Págs. 75 y sgte., para quienes solo cabe la participación en un hecho culpable, ya que un comportamiento no culpable no tendría significación para el Derecho Penal, luego no puede generar responsabilidad penal de un partícipe; tal exigencia de un hecho culpable responde a su concepción de la teoría de la acción y la teoría del delito construidas sobre la base de la imputación objetiva, cuyo estudio por motivos de espacio no puede ser tratado en este trabajo.

(2) Vide KINDHAUSER. "Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar". Baden-Baden, 2001. §26, n.m. 2; ROXIN.

Op. Cit. §26, n.m. 4 y 6; TRÖNDLE Y FISCHER. "Strafgesetzbuch und Nebengesetze". 51 Aufl. München, 2003.

§26, n.m. 2 y 11. En la doctrina peruana, vide VILLAVICENCIO, Felipe. "Código Penal comentado". 3ª edición.

Lima, 2002. Pág. 148.

(3) Cfr. LÜDERSSEN. "Zum Strafgrund der Teilnahme". Baden-Baden, 1967. Págs. 119 y sgtes., para el autor en los casos de los delitos especiales, la lesión al bien jurídico a cargo del partícipe no se trata de una independencia jurídica, sino solo de una independencia fáctica (Pág. 131). En esta misma línea, SIPPEL. "Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung". Marburg, 1989. Págs. 61 y sgte., haciendo alusión al peligro para el bien jurídico que crea el inductor ya

sea mediante la comisión de un hecho antijurídico por el autor principal o bien si con su comportamiento tiende a tal hecho, esto último para los casos en que el hecho principal quede en grado de tentativa.

(4) En este sentido, GEPPERT. "Die Anstiftung (§26 Strafgesetzbuch)". En: Juristische Ausbildung 1997. Pág. 300.

Crítica también la primera posición de LÜDERSEN, INGELFINGER. "Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit".

Berlín, 1992. Pág. 116, ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 12 y 13. Debido a ello, el propio LÜDERSEN. Op. Cil. Págs.

168, 214 Y sgte., para la impunidad de la participación en un suicidio acude al ámbito de la culpabilidad, bajo la forma de una exclusión de la culpabilidad de Derecho consuetudinario. No obstante, se ha de advertir que esta negación del sistema accesorio de la participación no entra en oposición con lo establecido en la legislación penal alemana, toda vez que el §28, 1. StGB posibilita a contrario sensu la participación en un delito especial propio siempre que el hecho principal realizado se trate de un hecho típico, doloso y antijurídico; en la legislación penal peruana, al carecer de una norma específica, la adopción de esta primera excluirá la posibilidad de la participación de un delito especial propio.

(5) Vide BAUMANN, WEBER y MITSCH. "Strafrechl. Allgemeiner Teil". 10 Aufl. Bielefeld, 1995. Pág. 639;

INGELFINGER. Op. Cil. Pág. 124; KINDHAUSER. Op. Cil. Vor §25, n.m. 16;

KÜHL. "Strafrecht Allgemeiner Teil". 2 Aufl. München, 1997. Pág. 718;

MAURACH, GOSSEL Y ZIPF. "Strafrecht Allgemeiner Teil". Teilband 2, 7 Aufl. Heidelberg, 1989. Pág. 325; TRONDLE Y FISCHER. Op. Cil. §26, n.m. 10. En

la doctrina peruana, vide BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Lima, 2000. Pág. 328, BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Código Penal anotado". 3ª edición. Lima, 2000. Pág. 221;

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General". 3ª edición.

Lima, 1997. Págs. 351 y sgte.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. 145.

(6) Críticamente, GEPPERT. Op. Cil. Pág. 300; también ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 27: se deja fuera de consideración a aquella participación sin una causación accesorio del resultado típico consumado o de tentativa, mientras sobre este punto se ven, además, en la asimilación de la conducta del agente provocador con la tentativa de la inducción, a pesar de que este no haya deseado la consumación material del injusto.

(7) Cfr. ROXIN. "Zum Strafgrund der Teilnahme". Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70.

Geburtstag. Heidelberg, 1993. Pág. 370; ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen des Straftats". §26, n.m. 8 a 11; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". 11 Aufl. Berlín.

2003 (LK-ROXIN, 1992). Vor §26, n.m. 7. En la misma orientación, GEPPERT. Op. Cil. Pág. 360; HOYER, en "Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil". 7 Aufl. 2003 (SK-HOYER, 2000). Vor §26, n.m. 17 y §26, n.m. 2; JAKOBS. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch".

2 Aufl. Berlín, 1991. Pág. 660; OTTO. "Anstiftung und Beihilfe". En: Juristische Schulung 1982. Pág. 558;

STRATENWERTH. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat". 4 Aufl. K61n u.a. 2000. Págs. 336 y sgtes.; WESSELS y BEULKE. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau". 32 Aufl. Heidelberg, 2002. Pág. 180.

(8) ROXIN admite que a diferencia de los otros presupuestos de la accesoriedad, el ataque independiente al bien jurídico exigido al partícipe no tiene un reflejo en la legislación penal, este presupuesto se deriva de los fundamentos generales de la imputación, según los cuales un resultado solo puede ser imputado cuando se fundamenta en la creación de un riesgo no permitido. ROXIN. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat". §26, n.m. 9. Los efectos prácticos que presenta esta teoría conllevan a una mejor delimitación entre el inductor y el agente provocador, cuando no se produce la consumación material del hecho.

(9) Vide ROXIN. Op. Cit. §26, n.m. 11: La concepción de la participación como ataque accesorio al bien jurídico se presenta como una teoría mixta que fundamenta el injusto de la participación, por un lado, desde el injusto del autor (accesoria) y, por otro, desde elementos independientes (ataque al bien jurídico).

(10) ROXIN explica ello con dos ejemplos: la víctima sobreviviente de un homicidio a petición intentado no es punible de ello por inducción, debido a que el bien jurídico vida atacado en atención a la impunidad del suicidio respecto del peticionario no está jurídicamente protegido. Por la misma razón no existe ninguna inducción punible en el caso que alguien convenza a otro, eventualmente para su cuidado o para su transporte, a sustraer una cosa que le pertenece al propio inductor; nadie puede atacar su propio patrimonio de una forma jurídicamente relevante. Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". Vor §26, n.m. 2.

(11) Es conveniente precisar, en la línea de análisis expuesta por GEPPERT, que el examen de punibilidad siempre ha de iniciarse respecto de la persona más cercana al hecho, en este caso el autor, sería un "pecado mortal" cuestionar la punibilidad del inductor sin haber determinado previamente la existencia de un hecho principal. Cfr. GEPPERT. Op. Cit. Pág. 300.

(12) Se comprende como elementos referidos al autor aquellas cualidades, condiciones y circunstancias que, en gran parte, atañen a la persona y la personalidad del autor, a su especial posición de deber (Pflichtenstellung) y sus motivos y móviles; mientras que los elementos referidos al hecho sirven a su caracterización y a las modalidades de su ejecución, en definitiva están más referidos al bien jurídico. La discusión sobre este punto sigue en debate en la doctrina alemana, sobre todo atendiendo a la posibilidad de aplicación del §28 StGB que prevé la reducción de la pena para el inductor o cómplice en que no concurra los elementos especiales referidos al autor; véase al respecto: GEPPERT. Op. Cit. Pág. 301.

(13) Así, por ejemplo, en el caso que A, demandante en un proceso civil, solicita al juez X que su demanda sea nuevamente admitida pero a través de una resolución más favorable para él, lo cual X atiende y realiza con ello el tipo penal de prevaricato, la penalidad del inductor A ha de ser menor, ya que la cualidad de juez fundamenta el injusto; se trata, en consecuencia, de un elemento que fundamenta la punición referido al autor y al deber que este tiene. En el caso que

personales por las que la pena se agrava, atenúa o excluye se encuentran los delitos básicos que tienen vigencia para cualquiera (los denominados delitos especiales impropios) que permiten afirmar la responsabilidad penal del partícipe (extraneus). Por ejemplo, la cualidad de funcionario público del autor presenta una circunstancia referida a la agravación de la pena, la cual no existe respecto del inductor, el ablandamiento de la accesoriedad previsto en el §28, 2 StGB (referido a la incomunicabilidad de los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la pena) resulta de aplicación para él(14). En mi opinión, al no existir en la legislación peruana una norma específica que excluya o disminuya la punición del partícipe expresamente para aquellos casos en que el autor ostenta elementos especiales que fundamentan el injusto, se ha de tener en cuenta que conforme al artículo 24 CP la realización del hecho punible (principal) corresponde a otro (al autor) en el que sí deben darse todos los elementos especiales que el tipo penal exige para la autoría. En el caso del inductor basta que tales elementos sean abarcados por el dolo, por lo que sí es posible la inducción a un delito especial propio, sin embargo, se ha de considerar la disminución de la pena del inductor en atención a que en él no concurre la cualidad especial exigida en el tipo, luego no procede la equiparación de la pena con el autor, resultando de aplicación lo establecido en el artículo 26 CP, a partir de entender que en este precepto también se contemplan la incomunicabilidad de los elementos personales especiales que fundamentan el injusto. De tal forma que en el ámbito discrecional que concede el artículo 46 CP al juez para la determinación de la pena, se ha de considerar que los elementos constitutivos del hecho punible (elementos personales especiales) no concurren en la persona del inductor, por lo que deviene en aplicación el inciso 3, pues no ostenta el inductor los deberes infringidos por el autor.

Un tema importante y que ha sido tratado por la jurisprudencia es el caso en que el elemento personal especial que fundamenta la punición recae sobre el elemento personal especial recaiga en el autor y sea abarcado por el dolo del inductor, ya que el hecho punible exigido por el artículo 24 como hecho principal no es realizado por él; ello puede extenderse a la participación (abarcado por el dolo del partícipe), sin embargo sr habría ciertas limitaciones para la coautorra como para la autoría mediata.

(14) Cfr. GEPPERT. Op. eil. Pág. 301. Asr, por ejemplo, el caso de A que induce al policía P para que dé una fuerte paliza a B que le es antipático, con ocasión de una manifestación, lo que luego efectivamente sucede. En este caso el autor principal P es sancionado por lesiones y lesiones causadas con ocasión de la función según lo establecido en los §223 y §340 StGB, respectivamente, determinándose la pena según el §340 StGB como un delito de funcionario impropio por su preeminencia en el concurso de leyes sobre las lesiones, por lo que resulta de aplicación una pena superior a la afectación de la integridad corporal la cual no sería de aplicación para el inductor. La solución de la doctrina sobre este punto se encuentra, sin embargo, dividida. La doctrina mayoritaria considera que el empleo del §28, 2 StGB conduce a un desplazamiento propio del tipo (*echte Tatbestandsverschiebung*) (vide KÜHL. Op. eil. Pág. 726; eRAMER y HEINE en SeHÓNKE y SeHRÓDER. „Strafgesetzbuch. Kommentar“. 26. Auf. München, 2001. §28, n.m. 28; WESSELS Y BEULKE. Op. eil. Pág.

181), lo cual significa que el inductor puede ser sancionado solo debido a la inducción a las lesiones corporales.

Un sector doctrinal minoritario opta, a partir de comprender el §28, 2 StGB como una regla de determinación de la pena, por un desplazamiento del marco de la pena (Strafrahmenverschiebung), según el cual el partícipe es sancionado mediante la misma norma penal que el autor. Por todos, ROXIN. Op. eil. §28, n.m. 4.

(15) Desde esta perspectiva, habría que interpretarse también los alcances del artículo 26 CP en un sentido negativo e inverso, no solo como la imposibilidad de comunicar el elemento personal especial que ostente el autor al partícipe que no lo tiene, sino como la imposibilidad de comunicar desde el partícipe el elemento especial que ostenta y que no tiene el autor, lo contrario significaría desnaturalizar todo hecho punible en virtud de los elementos especiales que cada partícipe pueda tener, lo cual es inconsistente. Categóricamente en este sentido, HAKE. "Beieiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale". BerHn, 1994. Págs. 175 y sgte., al ocuparse de la problemática de los elementos personales especiales y las formas de participación. A favor de la aplicación del tipo básico cuando no concurre los elementos especiales en la persona del partícipe, vide ARZT y WEBER. "Strafrechl. Bundestag. Delikte gegen die Person", 3 Aufl. Bielefeld, 1988. Pág. 41; TRÖNDLE Y FISCHER. Op. C~. §21, n.m. 40. En contra, vide MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD. "Strafrechl. Bundestag".

Band 1. 9 Aufl. Heidelberg, 2003. Pág. 53: siendo suficiente el dolo del inductor para estos casos. El elemento que jugaría a favor de la punición del inductor por el delito de parricidio sería, principalmente, el hecho que la aplicación de la pena del homicidio simple podría favorecer el aprovechamiento de esta situación para obtener una pena menor a la que le correspondería, así expresamente ESER en SCHÖNKE y SCHRÖDER.

"Strafgesetzbuch. Kommentar". 26 Auf. München, 2001. §251, n.m. 52 y 53.

(16) La inducción no es independiente, de ahí que para el juicio de antijuridicidad sobre el hecho del inductor y sobre su punibilidad sea necesario el cumplimiento del tipo por parte del autor, sin el hecho de otro no cabe conceptualmente inducción alguna. Vide HRUSCHKA. "Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen".

En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998. Pág. 592. Sobre una orientación objetiva en la valoración de la participación en la doctrina peruana, desde una perspectiva normativista funcionalista: CARO JOHN, José Antonio. "La imputación objetiva en la participación delictiva". Lima, 2003. Pág. 60: la relevancia jurídico-penal de un comportamiento se determina en el contexto objetivo de la acción, la relación delictiva de sentido no es una cuestión de lo subjetivo, sino de lo objetivo del hecho.

(17) Vide ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §25, n.m. 47 y 48, quien ha adoptado el principio de responsabilidad, seguido mayoritariamente por la doctrina alemana, para aquellos supuestos en que el autor principal queda liberado de responsabilidad penal debido a la intervención del partícipe. Sin embargo, aquí se demuestra una de las insuficiencias de la teoría de la accesoriedad limitada, pues una conducta de inducción es denominada autoría mediata, siempre que se trate de menores de edad como presuntos autores principales. Una solución muy próxima, pero de distante fundamentación, se daría en este caso desde la

posición de JAKOBS (muy cercano de la teoría de la accesoriedad extrema), quien exige un comportamiento principal culpable para poder afirmar la participación, vide JAKOBS. "Akzessorietat Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation". En: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1996. Págs. 257 y sgte.

A partir de su concepto jurídico penal de acción y de la única relevancia que reconoce este autor a los comportamientos en sentido jurídico penal solo cuando son llevados a cabo por sujetos imputables; al no poderse afirmar la culpabilidad del hecho principal, este caso se trataría de una autoría mediata por parte de la esposa de la víctima, en la cual los menores actuarían como instrumentos. De otra parte, aunque JAKOBS hace referencia en su manual a la exigencia de un hecho principal típico, antijurídico y doloso, cuyo dolo ha de ser determinado precisamente por el inductor (JAKOBS. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch". 1991. Págs. 661 y sgte.), a partir de su trabajo sobre la accesoriedad (1996) surge la pregunta: si para este autor la determinación propia de la inducción ha de abarcar, entonces, también la culpabilidad del autor principal. La respuesta pareciera ser afirmativa. Por cuestiones de espacio no es posible revisar aquí esta posición, sin embargo, sin perjuicio de la coherencia sistémica mostrada por JAKOBS, considero que su punto de vista ha de ser matizado, pues si bien los menores no ostentan culpabilidad en sentido jurídico-penal, su comportamiento sí tendría significación jurídico-penal en cuanto permite atribuir responsabilidad penal al inductor en calidad de tal y no como autor mediato, pues no es lo mismo determinar a otro a cometer el hecho que utilizar a otro como instrumento de su realización, desde la posición de JAKOBS esta distinción ya no tendría sentido, ya que en ambos casos se trataría del empleo de un mero instrumento (no culpable) por parte del hombre de atrás, quien siempre podría responder como autor mediato.

(18) Vide ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 90. Sobre la exigencia de la antijuridicidad del hecho principal, vide TRÖNDLE y FISCHER. Op. Gil. §26, n.m. 11. En la doctrina peruana, vide BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Gil. Págs. 122 y sgte.; PEÑA GABRERA, Raúl. Op. Gil. Pág. 352.

(19) Vide TRÖNDLE y FISCHER. Op. Gil. §26, n.m. 3. En el mismo sentido ROXIN, cuando la inducción se dirige al propio acto preparatorio como tal; pero advierte, no obstante, que la inducción a la realización de actos punibles independizados típicamente quedará fuera de sanción si es que el inductor se dirige al tipo penal al cual hace referencia el acto preparatorio, pero no desea que se produzca la consumación; pues siendo coherente con la impunidad de quien ha acogido en su dolo la tentativa del autor, pero no la consumación del hecho, se ha de sostener la impunidad de aquel cuyo dolo no se dirige a la preparación de la lesión al bien jurídico mediante el autor; lo cual sería extensivo a los delitos de emprendimiento. Vide ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 158 y 160.

(20) Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 101; ROXIN. "Strafrechl.

Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 168, extendiendo esta posibilidad también a los delitos de deber; TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cil. §26, n.m. 12. En la doctrina peruana, vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 143.

(21) En los delitos de peligro abstracto se ha de negar la punibilidad, en la medida en que el autor se haya preocupado que los peligros que el tipo penal desea prevenir no puedan sobrevenir absolutamente, lo cual debe ser válido también para el inductor a tales delitos. Vide ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 157, con mayores referencias respecto de la implicación de esta solución en el caso de los delitos de estupefacientes.

(22) Se ha de advertir, Como expresamente señala GEPPERT, que junto al dolo del autor principal y solo respecto de él, deben concurrir los especiales elementos subjetivos del injusto, como es el caso del ánimo de apoderamiento en el hurto o el ánimo de lucro en el delito de estafa, vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 301.

(23) Vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 358; ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 2; HOYER. Op. Cil. §26, 28. En la doctrina peruana, vide BRAMONT -ARIAS, Luis. Op. Cil. Pág. 330, para quien el comienzo de la ejecución del delito opera como condición objetiva de punibilidad respecto del inductor; BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. C~. Pág. 122, como mínimo exige una tentativa conminada con pena respecto del hecho principal; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 353, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 148.

(24) Por ejemplo, A pide a B que mate al sujeto C, lo cual acepta B, pero lo hace de una manera errada que falla en el disparo. B lleva a cabo solo una tentativa del homicidio cualificado que fuera inducido por A, no existe ningún inconveniente para apreciar ello a pesar de que el dolo de A se haya orientado a un asesinato consumado, pues el dolo de A orientado a la consumación del hecho principal cubre también la menor tipicidad del hecho principal que en grado de tentativa quedó cortado. En este sentido, GEPPERT. Op. Cil. Pág. 302.

(25) Así, por ejemplo, reformulando el caso anterior, A solicita nuevamente a B que mate a C, este rechaza indignadamente la exhortación hacia el hecho realizada por A. Vide GEPPERT. Op. Cil. Págs. 302 y 359: de la misma opinión también para los supuestos en que el autor principal realiza un tipo completamente diferente, desaparecerá el dolo del presunto inductor, solo habrá tentativa en la medida en que el hecho inducido y no realizado sea un delito; la opinión, no obstante, es discutible, pues como mínimo tiene que haberse dado inicio a la tentativa del hecho principal para que pueda hablarse de una inducción, lo cual no ocurre en el presente caso. En el mismo sentido, ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 65, desde una interpretación del §30 I StGB (sanciona la tentativa de la inducción), dejando abierta la posibilidad de una colaboración psíquica. Considera, igualmente, la tentativa para este caso, pero sin fundamentar mayormente su posición: HOYER. Op. Cil. §26, 27. De opinión diferente:

TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cil. §26, n.m. 10, para quienes ya el autor principal constituye un alias facturus. En la doctrina peruana, contrarios a la punición de la inducción tentada, vide PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág.

353; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 148. En mi opinión, no habrá tentativa en aquellos casos en que el autor principal realiza un delito completamente distinto al inducido, los casos de tentativa se darían en el supuesto que el inductor persiga la consumación del hecho principal, pero este no llega a la consumación.

(26) Vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 302. A diferencia de la inducción que tiene para los casos de tentativa una aplicación directa el §30, 1 StGB, la simple intentada complicidad no es punible. No habrá tentativa de inducción en los casos en que el agente se representa equivocadamente un menor injusto que aquel materialmente realizada, esto es, un delito básico en lugar del agravado; tampoco para el caso contrario en que se trate de la representación equivocada de un mayor injusto que el efectivamente llevado a cabo. Vide HOYER. Op. Cil. §26,27.

(27) Cuando el artículo 24 del CP hace referencia a la determinación de un hecho punible que necesariamente ha de ser doloso, se ha entender que quedan comprendidas todas las formas de dolo, inclusive el dolo eventual. Sobre la misma interpretación respecto del §26 StGB, ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 130.

(28) Cfr. GEPPERT. Op. Cil. Pág. 302, nota 23. En la doctrina peruana, expresamente contrario a la admisión de un hecho principal culposo en la inducción, BRAMONT ARIAS, Luis Y BRAMONT-ARIAS, Luis. Op. Cil. Pág. 122:

por tratarse de un concepto eminentemente normativo. Conciben también el artículo 24 CP referido solo a un . hecho principal doloso, PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 353; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op.Cil. Pág. 143.

(29) El hecho principal debe ser realizado por el inducido dolosamente y a consecuencia de la inducción. Así, TRONDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 9. Subsiste la inducción a pesar de la producción de un cambio del autor, así en el caso que el hombre de atrás logra la realización de un acto terrorista no por parte del sujeto originalmente previsto, sino por una persona distinta, siempre que el plan del hecho permanezca invariable. Vide ROXIN. Op.

Gil. §26, n.m. 92. De la misma opinión JAKOBS. Op. Gil. Pág. 669, haciendo alusión a la falta de necesidad de que el inductor conozca a la persona inducida.

(30) Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 667; ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 65. En el mismo sentido, en la doctrina peruana, vide BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Git. Pág. 330; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis.

Op.cit. Pág. 122; PEÑA GABRERA, Raúl. Op. Gil. Pág. 354; VILLAVIGENGIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 147.

(31) En este sentido, GEPPERT. Op. Gil. Pág. 359; KINDHAUSER. Op. Gil. §26, n.m. 22; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 55; ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftaf. §26, n.m. 148; GRAMER y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 18; TRONDLE y FISGHER.Op. Gil. §26, n.m. 3. Se ha de advertir que cuando la exhortación para la realización de un hecho punible está orientada a un círculo indeterminado de personas no se considera inducción por la falta de un destinatario concreto; así, mediante el empleo de radio, televisión, libros, revistas, etc., no cabe una inducción. Vide ROXIN.Op. Gil. §26, n.m. 148.

(32) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 3; HILGENDORF. "Was meint zur Tat bestimmen in §26 StGB". En: Juristische Ausbildung 1996. Pág. 10. Ahí radica precisamente la diferencia entre la inducción y la complicidad.

(33) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 5.

(34) Vide GEPPELT. Op. Cit. Pág. 303; ROXIN. Op. Cit. §26, n.m. 65; HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 5. Con referencias a la jurisprudencia alemana: TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cit. n.m. 3. En su opinión, de no cumplirse con esta exigencia se estaría ante un supuesto impune o bien de tentativa de inducción punible o colaboración psíquica.

Así, también KINDHAUSER. Op. Cit. §26, n.m. 11. A favor de la co-inducción como una modalidad de realización de la inducción, en la doctrina peruana, vide VILLAVIGENIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. Pág. 148.

(35) Vide HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 5 y TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 10.

(36) Vide HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 20. De otro lado, una acción individual de inducción puede estar referida a varios hechos todavía no firmemente resueltos en sus detalles, en cuyo caso se apreciará la realización de una inducción en unidad de acción para cada uno de los delitos independientes, ya sea en el caso de la inducción de un solo autor a varios hechos, como también de varios autores a varios hechos. Vide ROXIN. Op. Cit. §26, n.m.

172: En el caso de varias acciones de influencia sobre el autor para determinarlo al hecho, se fundamenta una sola inducción. Asimismo, vide TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 3 y 13.

(37) Se ha de tener en consideración también una influencia mediante la creación de circunstancias provocadoras como el caso de dejar listo un instrumento para la realización del hecho. Vide HERZBERG. "Mitschuld und Teilnahme". München, 1977. Pág. 146. En la doctrina peruana, vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op.

Cit. Pág. 147, hace mención a la necesidad de un influjo psíquico o psicológico, lo cual presenta dificultades para diferenciar la inducción de la complicidad psíquica. Son muy elocuentes los casos dados por ROXIN que ponen en evidencia la inconsistencia de esta posición; por ejemplo, sería inductor quien deja abierta una ventana en la expectativa de que un ladrón pueda decidirse a tomar de la habitación las cosas ajenas que se encuentran allí. En opinión de este autor, esta teoría comprendería situaciones que cotidianamente el hombre recibe en calidad de estímulos y que pudieran inducirlo a llevar a cabo un hecho punible, pero que sin embargo no tienen relevancia alguna respecto del riesgo para el bien jurídico; desde la posición de ROXIN, no son suficientes para constituir un ataque independiente al bien jurídico. Vide ROXIN. Op. Cit. §26, n.m. 75 y s.. Critica también una concepción subjetivista de la determinación, PUPPE. "Der objektive Tatbestand der Anstiftung". En: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1984. Pág. 106 y sgte.

(38) En este sentido, KINDHAUSER. Op. Cit. §26, n.m. 8; KÜHL. Op. Cit. Pág. 735; CRAMER y HEINE. Op. Cit. §26, n.m. 4; HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 12; TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 3; WESSELS y BEULKE. Op. Cit. Pág. 185. En la doctrina peruana se aproxima a esta posición, haciendo alusión a una relación personal entre el inductor y el autor que puede ser intelectual o física, BRAMONT. ARIAS TORRES, Luis. Op. Cit. Págs. 329 y sgte.

(39) Vide KINDHAUSER. Op. Cit. §26, n.m. 9; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar".

§26, n.m. 3; OTTO. Op. Cit. Pág. 560; ROXIN. "Zum Strafgrund der Teilnahme". Págs. 376 y sgtes.; HOYER.

Op. Cit. §26, n.m. 10; TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 3.

(40) Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 3. Críticamente HOYER, observa que tal exigencia recuerda a la resoluci3n com3n al hecho en el caso de la coautoría, para ella, sin embargo, seg3n la interpretaci3n predominante, no es suficiente la decisi3n unilateral de ajuste del hecho por parte de un interviniente a pesar de que haya producido una esencial contribuci3n al hecho que brinde, a su vez, a otro la oportunidad de su contribuci3n al hecho. En el caso de la inducci3n, no es suficiente que se facilite unilateralmente a otro una oportunidad para el hecho, sin haber iniciado por s3 mismo ni una parte del hecho.

Vide HOYER. Op.eil. §26, n.m. 12.

(41) Vide SeHULZ. "Anstiftung oder Beihilfe". En: Juristische Schulung 1986. Pág. 938, sostiene el autor que el criterio diferenciador de la inducci3n respecto de la complicidad y que, precisamente, fundamenta la punici3n de la primera, se encuentra en el hecho de que el inductor posee el dominio del plan a ser realizado por el autor principal, el cual mantiene hasta el momento de su aceptaci3n por el autor, luego de ello le corresponde a este el dominio sobre el suceso.

(42) Así, PUPPE. Op. eil. Págs. 112 y sgte., quien sostiene que dicho pacto une a los coautores, ya sea antes o en la realizaci3n del hecho, y los obliga fácticamente entre ellos; lo cual sucede tambi3n respecto de la contribuci3n a la realizaci3n del hecho por parte del partícipe, con ella cumple el partícipe su parte del pacto de injusto. Del mismo modo, el inductor debe cerrar un pacto con el autor, ya sea mediante una promesa o un compromiso por el hecho, que si bien no es jurídico, sí es fácticamente celebrado entre ellos y se da como una forma de comunicaci3n.

(43) Vide SeHUMANN. "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen".

Tübingen, 1986. Págs. 49 y sgtes., a partir de admitir que el fundamento de la punibilidad tanto del cómplice como del inductor se encuentra en el desvalor de acto, el cual, en su opini3n, se expresa en la solidarizaci3n con el injusto ajeno contenida en la contribuci3n dolosa con un injusto doloso ajeno. Sin embargo, la posici3n de SeHUMANN no permite una clara diferenciaci3n entre inducci3n y complicidad, pues ambas se justifican bajo el mismo presupuesto, lo cual tampoco sirve para explicar por qué el cómplice, en algunos casos, es sancionado con una menor pena que el inductor.

(44) Vide JAKOBS. Op. eil. Pág. 666.

(45) Vide JAKOBS. Op. eil. Pág. 667: solo si la decisi3n hacia el hecho se comprende como una independiente y firme, la influencia psíquica es mayor a un esUmulo, ayuda o buen consejo, solo así se ha colocado el énfasis de la inducci3n junto a la complicidad.

(46) Así, desde un marcado subjetivismo, HILGENDORF. Op. Gil. Págs. 9 y sgte. Críticamente, ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 79: se trata de un criterio indeterminado, toda invitaci3n a la realizaci3n de un hecho punible supera el riesgo permitido, carece de una fundamentaci3n jurídica para su admisi3n.

(47) Vide WEBLAU. "Der ExzeB des Angestifteten. En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 104. 1992.

Págs. 125 y sgtes.

(48) Vide TRÖNDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 4. Sin embargo, advierte que la simple exhortación a un delito es excepcionalmente punible, vide §26, n.m. 9.

(49) Vide TRÖNDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 3. La excepcionalidad de la admisión de una inducción por omisión se funda en que presentaría problemas para su equiparación con la conducta llevada a cabo por el autor en cumplimiento de la fórmula comprendida en el artículo 24 del GP, y, de otro lado, en la omisión no se daría un comportamiento positivo portador de un efecto psíquico-comunicativo; sin embargo, ello se ve superado en aquellos casos en que en el inductor concurre un deber de garante específico vinculado a la evitación de la propia determinación a otro hacia la comisión de un delito.

(50) Vide KAUFMANN, Armin. "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte". Bonn, 1955. Pág. 292; OTTO. Op. Gil. Pág.

560; GRAMER Y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 5; SIPPEL. Op. Gil. Págs. 101 y sgte.; WESSELS Y BEULKE. Op.

Gil. Pág. 185. En contra de la admisión de una inducción a un delito de omisión, WELZEL. "Deutsches Strafrecht".

11 Aufl. Berlín, 1969. Pág. 206, para quien los casos que bajo la rúbrica de inducción a una omisión se caracterizan, son en realidad situaciones de disminución del cumplimiento del mandato, que son acciones. Contrario a admitir una inducción por omisión en la doctrina peruana, vide BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Gil. Pág. 329, aunque no lo hace expresamente, se desprende su negativa atendiendo a los medios que reconoce el autor para llevar a cabo la inducción: medios positivos, BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Gil. Pág. 122, para quienes en estos casos no se trata de una omisión, sino una conciencia del hecho que no conlleva una dirección del hecho principal, VILLAVIGENGIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 147.

(51) Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". 26, n.m. 63; GEPPERT. Op. Gil. Pág.

365; ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 87 y 170. Así en el caso en que alguien exhorta a un padre omitir la salvación de su hijo amenazado de muerte por el fuego de un incendio, el padre responderá por delito de homicidio por omisión y el tercero por la inducción a ello; se trataría en todo caso de una omisión del autor principal que resulta imputada a un comportamiento positivo del inductor (exhortar).

(52) Vide JAKOBS. Op. Cil. Pág. 847; en la misma orientación HERZBERG. "Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip". Berlín, 1972. i.º ágs. 119 y sgtes.

(53) Vide WEBLAU. Op. Gil. Pág. 126. Es pertinente para la punibilidad de la inducción precisar si a consecuencia de la variación existe ya otro hecho determinado por el inductor, o si se trata del mismo hecho al que ya está resuelto el autor, aunque realizado con modificaciones, respecto de las cuales el inductor solo habría proporcionado una colaboración psíquica.

(54) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 305; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 3; ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 91; HOYER.

Op. Gil. §26, n.m. 21; GRAMER Y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 8; TRÖNDLE Y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 3. Se ha de considerar, sin embargo, la

posibilidad de una responsabilidad penal por colaboración psíquica cuando el agente propone o aconseja al autor la oportunidad ventajosa para la realización del hecho. Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 14.

(55) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 22.

(56) Así, en un hurto de una botella de vino blanco se sugiere que sea vino rojo, siempre del mismo propietario. Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 22.

(57) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 23. A favor de la inducción para este supuesto JAKOBS, siempre que el dolo del autor sea comprendido independientemente de la voluntad de quien lo hace cambiar de parecer, sino solo habrá una colaboración psíquica. Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 668.

(58) Así para el caso de un anarquista resuelto a la realización de un atentado para la internacionalización de la revolución y es variado por la unidad de la nación. Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 669. De una opinión distinta ROXIN, para quien solo existe una colaboración psíquica, debido a que no es capaz de fundamentar otro hecho.

Vide ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 99; HOYER.

Op. Gil. 26, n.m. 23.

(59) Vide ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 100; HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 24: admite la posibilidad de que la modificación de las modalidades del hecho puedan traducirse en un adicional resultado de injusto, lo que conduce a afirmar respecto de ellas una inducción. De otra opinión JAKOBS. Op. Gil. Pág. 668, para quien esta modificación de las modalidades del hecho varían ya su identidad, por lo que ha de tratarse siempre de una inducción.

(60) Vide GEPPERT. Op. Gil. Págs. 358 y sgte.; HOYER. Op. Gil. §26, 27.

(61) Por otro lado, no cabe aplicar esta solución en la legislación peruana al carecer nuestro texto sustantivo de una norma que expresamente sancione la tentativa de la inducción como sucede en la legislación alemana con el §30 StGB. Vide TRÖNDLE Y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 10, niegan para este supuesto la punición de la inducción en grado de tentativa, debido al alias taturus del autor principal.

(62) Así, TRÖNDLE Y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 3.

(63) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 18.

(64) Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch- Leipziger Kommentar". §26, n.m. 39 y sgtes.; ROXIN. "Strafrechl.

Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 102; OTTO, 1982. Págs. 557 y 561;

TRÖNDLE Y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 3. La fundamentación de esta posición con mayor claridad en STREE.

"Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatiinderung". Festschrift für E. Heinitz zum 70. Geburtstag. Berlfn, 1972. Págs. 277 y sgtes.: La cualificación significarfa, desde esta perspectiva, no solo un plus en el injusto respecto del delito básico, sino la variación del injusto también cualitativamente, de ahr que, consecuentemente, se agrupa la cualificación con el delito básico en una nueva unidad, cuyo complejo injusto serfa mayor a la suma del contenido de injusto del delito básico y del tipo cualificado, y en la que no se puede simplemente separar partes individuales de injusto.

(65) La apreciación solo de una colaboración psíquica al hecho principal se basa en que no resultarfa legitimo imputar al inductor una inducción al delito básico, que comprende pero que no ha cocausado. Vide GEPPERT.

Op. Gil. Pág. 305. Se inclinan por una colaboración psíquica al delito ya resuelto por el autor e inducción al delito adicional: JAKOBS. Op. Cit. Pág. 668; KÜPPER. "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung". En: Juristische Blätter 1996. Pág. 24; GRAMER Y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 8; HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 12; WELZEL. Op. Gil.

Pág. 116.

(66) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 12 y 19. Según el principio analítico de separación puede el inductor ser imputado solo de la parte correspondiente del injusto realizado por el autor principal, de ahí se ha de tener en cuenta que la afirmación de la punibilidad de la inducción depende de la independización típica de la parte imputable del injusto.

(67) Vide KINDHÄUSER. Op. Gil. §26, n.m. 17; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar".

§26, n.m. 36; GRAMER Y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 8; HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 17.

(68) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 12. En opinión de GEPPERT. Op. Gil. Págs. 304 y sgte., son dos los motivos por los que el agente no puede ser sancionado por inducción: primero, respecto del delito menor el autor principal es omnimodo facturus y, segundo, desde la perspectiva del principio de disminución del riesgo no le puede ser imputado al partícipe el resultado menos grave, en otras palabras, no se le puede prohibir al "inductor" la realización de aquello que no empeora el estado del bien jurídico, sino que lo mejora. Permanece, sin embargo, la imputación al "inductor" por colaboración psíquica respecto del delito menos grave, cuando el hombre de atrás no se limita solamente a evitar el riesgo para la víctima, sino que aconseja directamente al autor principal a la realización del delito, aunque en un menor desvalor de injusto. En caso de que la proposición del hombre de atrás sea el único medio y el motivo conducente a la evitación de la comisión del delito más grave, resulta de aplicación el estado de necesidad justificante.

(69) Vide ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 33, respecto de la sugerencia a no hurtar SI. 1000. sino solo S/.1 OO. Recientemente, ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 69, sostiene que para estos supuestos no cabe tampoco la colaboración, como lo ha reconocido la jurisprudencia alemana, debido a que frente a la imputación del resultado se opone la disminución del riesgo; en el mismo sentido en:

ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre". Band 1. 3 Aufl. München, 1997. §11, n.m. 43.

(70) Vide INGELFINGER. Op. Gil. Págs. 200 y sgte.

(71) Vide TRÖNDLE y FISGHER. Op. Gil. 26, n.m. 16.

(72) Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 669; ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 109.

(73) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 358; KINDHAUSER. Op. Cil. 26, n.m. 25; TRÖNDLE Y FISCHER. Op. Cil. §26, n.m. 16. Así también la jurisprudencia penal peruana: Sala Penal. R.N. NO 3840-97. Ayacucho.

(74) Vide TRÖNDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 16.

(75) Vide GEPPERT. Op. Cit. Pág. 365; ROXIN. Op. Cil. §26, n.m. 167; TRÖNDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 16.

En la doctrina peruana, BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 330: exige como mínimo dolo eventual.

(76) Vide WEBLAU. Op. Gil. Págs. 128 y sgte.

(77) Vide TRONDLE y FISGHER. Op. Cil. §26, n.m. 10 Y 16; aquí precisamente el autor determina coherentemente la diferencia con su posición respecto de la no punición de la tentativa en aquellos supuestos en que no se ha dado inicio a la realización del hecho.

(78) Solo vendría a consideración la punición de quien promete según el §30 1, 1 StGB (prevé expresamente la tentativa de la inducción), cuando el hecho principal se trate de un delito y no se haya esforzado para impedirlo.

En este sentido JAKOBS. Op. Gil. Pág. 666. De otra opinión: ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 12.

(79) Vide Op. Cil. §26, n.m.19.

(80) Vide Op. Gil. §26, n.m. 17.

(81) Vide Op. Gil. §26, n.m. 18, PUPPE. Op. Gil. Pág. 118, nota 56.

(82) En este sentido, HOYER. Op. Gil. 26, n.m. 7. Sin embargo, si el autor está ya decidido "inquebrantable e irrefutablemente" (vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 18) a la comisión del hecho al momento en que recibe el motivo adicional, este motivo adicional no puede ser considerado como complicidad psíquica.

(83) Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 673, con la precisión de que no es suficiente la sola solidaridad con el hecho que no es causal con el resultado.

(84) Vide PUPPE. Op. Gil. Págs. 117 y sgte. Solo con el inicio de la tentativa realiza el autor el injusto de la conducta y entra en consideración la imputación a un partícipe. Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 8.

(85) En este sentido, ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m.

68. Distinto es el caso del partícipe que a un autor dispuesto al hecho le facilita los medios, la oportunidad y el know how para su realización, se convierte así en cocausal de que pueda producirse una conducta dolosa del autor en el estadio de la ejecución del hecho; sin embargo, dicho partícipe no lo determinaría respecto de la resolución del hecho, sino que lo conduciría solamente en tentativa mediante un acuerdo de una situación provocadora del hecho; de otro lado, si el autor declina la tentativa no se le puede imputar al partícipe y debido a ello tampoco se justifica ninguna pena para el inductor equiparable al autor, vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 5.

(86) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 358, nota 2. En la doctrina peruana: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Gil.

Pág. 330; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. Op. Gil. Pág. 122. Admite, sin embargo, una posible autoría accesoria por negligencia, ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 65.

(87) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 359.

(88) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 358; KINDHAUSER. Op. Gil. §26, n.m. 23; ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 64; HOYER.

Op. Gil. §26, n.m. 30: el inductor debe haber sabido que su propia voluntad podría co-motivar al autor a realizar dolosamente el hecho. También ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat".

§26, n.m. 28, 132 Y 150, exigencia para el dolo que la deriva de su concepción sobre el ataque independiente al bien jurídico como configuración de la inducción. En la doctrina peruana hace mención al doble dolo del inductor: vide VILLAVIGENGIOTERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 147.

(89) La posición doctrinal mayoritaria sostiene el momento formal de la consumación como criterio para la punición de la inducción, se niega el dolo de

'la inducción en la medida en que el inductor solo desea que se realice el hecho principal en grado de tentativa. Vide KÜHL. Op. Gil. Pág. 746; en WELZEL. Op. Gil. Pág. 117. Esta posición, cuya raíz se encuentra en la teoría accesoria de la causación, a pesar de su coherencia, presenta inconvenientes para diferenciar al inductor del agente provocador, este último sería de todos modos considerado inductor, a pesar de que no desee la producción del resultado típico. De ahí que sea preferible la teoría del límite material de la consumación, originada en la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, por la cual se niega el dolo del inductor cuando el dolo comprende la formal consumación del hecho principal, pero no su material conclusión, o en todo caso no se orienta a una irreparable lesión del bien jurídico. En caso contrario, solo quedaría impune la conducta del inductor, si mediara una causa de justificación ajena a su participación, como, por ejemplo, un estado de necesidad. En esta posición, con algunas matizaciones, vide GEPPERT. Op.

Gil. Pág. 358; JAKOBS. Op. Gil. Pág. 684; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar".

§26, n.m. 79 y sgtes.; STRATENWERTH. Op. Gil. Pág. 344.

(90) El dolo de consumación comprende la tentativa del hecho principal. Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 358, nota 5:

no altera la exigencia en el inductor de un dolo de consumación si es que el hecho principal permanece solo en el estadio de la tentativa. Coincidiendo con GEPPERT, si el hombre de atrás (inductor) solo desea la realización del hecho principal en grado de tentativa, su dolo de inducción no estará orientado a la realización del tipo, falta en él un independiente ataque al bien jurídico exigido para el injusto de la participación (Pág. 360). En el mismo sentido: HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 4 y 28: si el deseo por parte del inductor tiene por objeto solo la realización de una tentativa, desaparece la inducción. Lo cual resulta jurídicamente lógico y equitativo frente al artículo 24 del GP que equipara la pena del inductor con la del autor, sobre todo en aquellos supuestos en que el partícipe no aspira a una lesión del bien jurídico, mientras que la voluntad del autor de la tentativa sí está orientada a la lesión del bien jurídico, por lo que no cabe equiparación alguna. Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 360.

(91) Vide KINDHAUSER. Op. Gil. §26, n.m. 24; ROXIN, "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Strattaf". §26, n.m. 135 y 136; TRONDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 6. En ello pueden faltar algunos particulares elementos individualizadores. Vide GRAMER y HEINE. Op. Gil. §26, n.m. 17. Siguiendo la opinión de JAKOBS, se debe tener en cuenta que al carecer el inductor del dominio del hecho, en los términos del autor:

dominio de la configuración, la concretización de las modalidades que deciden la mejor proximidad al hecho han de ser dejadas al inducido; el inductor para comportarse como tal ha de conocer el ámbito y los lineamientos propios para la concretización, la víctima, medios, lugar y tiempo del hecho solo dentro de ese ámbito general.

Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 669.

(92) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 361; KINDHAUSER. Op. Gil. §26, n.m. 27; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 67 y 70; OTTO. Op. Gil. Págs. 561 y sgte.; GRAMER y HEINE. Op. Gil. §26 n.m. 20; HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 30; TRONDLE y FISGHER. Op. Gil. §26, n.m. 8. La doctrina se inclina por la no punición del agente provocador en aquellos

casos en que este, mediante una intervención oportuna, desea evitar la culminación o la producción de una lesión al bien jurídico.

(93) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 365.

(94) Vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 358, nota 3: los elementos subjetivos del injusto no deben necesariamente concurrir en la persona del inductor, pero sí deben ser comprendidos por su dolo; ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre". §26, n.m. 150: hace referencia a aquellas determinadas intenciones o motivos necesarios para la realización del tipo, cuya presencia en la psique del autor debe ser comprendida por el dolo del inductor. De distinta opinión HOYER. Op. Gil. §26, 26, para quien si el elemento subjetivo se refiere a un perjuicio para el bien jurídico protegido por el tipo, debe de realizarse personalmente tanto en el autor como en el inductor.

(95) Vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 88. En la doctrina peruana, vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 148.

(96) Vide HOYER. Op. Cil. §26, n.m. 25.

(97) Vide TRÖNDLE y FISCHER. Op. Cil. §26, n.m. 8.

(98) En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 147: el agente provocador será inductor si no adopta medidas precautorias para evitar el resultado.

(99) Vide KINDHÄUSER. Op. Cil. §26, n.m. 27.

(100) Vide HOYER. Op. Cil. §26, 28.

(101) Cfr. KINDHÄUSER. Op. Cil. §26 n.m. 4.

(102) Vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 363.

(103) Vide ROXIN. Op. Cil. §25, n.m. 146 y sgte. Se inclina por apreciar solo una tentativa de inducción: JAKOBS.

Op. Cil. Pág. 667.

(104) Originalmente, WELZEL. Op. Cil. Págs. 164 y 167 Y sgtes.

(105) No se trata del error sobre la existencia o sobre los límites legales de una causa de justificación que es tratado como error de prohibición, vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 302.

(106) Cfr. GIPPERT. Op. Cil. Pág. 303; KÜHL. Op. Cil. Pág. 460; ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre". §14, n.m. 62 CRAMER y STERNBERG-LIEBE, en SCHÖNCKE y SCHRÖDER. "Strafgesetzbuch. Kommentar". 26 Auf. München, 2001. §16, n.m. 18; LENCKNER, en SCHÖNCKE y SCHRÖDER. "Strafgesetzbuch. Kommentar". 26 Auf. München, 2000. Vorbem §13 11., n.m. 18.

Al mismo resultado llegan actualmente los aislados defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo que ven en las causas de justificación los elementos negativos del tipo, y los seguidores de la modificada teoría rigurosa del dolo, quienes todos los elementos que pertenecen a la tipicidad y a la antijuridicidad los sujetan al ámbito de aplicación del §16 StGB (exclusión del dolo por error de tipo).

(107) A pesar de ello ROXIN (vide ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". Vor §26, n.m.

26 y sgtes.; ROXIN. "Strafrechl. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre". §14, n.m.

75.), sin perjuicio de ser partidario de la variante rigurosa de la teoría limitada de la culpabilidad, sostiene respecto de la participación jurídica un hecho doloso también cuando fuera dada la existencia de un error de permisión de

tipo. Desde esta posición de diferenciación (críticamente GEPPERT. Op. Cil. Pág. 303, la califica de inconsecuente) no existiría en estos casos ningún impedimento para sancionar al hombre de atrás por inducción a un hecho principal doloso. Un sector de la doctrina representado por MAURAGH y ZIPF. .Strafrechl.

Allgemeiner Teil". Teilband 1. 8 Aufl. Heidelberg, 1992. Págs. 531 y WESSEL, S y BEULKE. Op. Gil. Pág. 154, aporta una solución para el caso concreto que parte de una analogía de las consecuencias jurídicas, denominada "variante remitida a las consecuencias jurídicas" de la teoría limitada de la culpabilidad. Se deja en el ámbito de la tipicidad el hecho doloso ya afirmado, se recomienda una analogía de las consecuencias jurídicas en el sentido de que el hecho doloso sea tratado como un hecho culposo, esto es, que solamente resulte de aplicación el marco de pena del correspondiente hecho culposo. De esta manera se logra sancionar al hombre de atrás por inducción a un hecho principal invariablemente doloso. Críticamente, GEPPERT sostiene que esta teoría aparece como un 'truco de magia' que solo sirve para cubrir un manifiesto vacío de punibilidad, y aboga por un tratamiento igualitario; en su opinión, si se desea en estos casos liberar al autor principal de la carga del injusto doloso y aplicar respecto de él el §16 StGB (exclusión del dolo por error de tipo), se ha de ser consecuente y beneficiar también al hombre de atrás. Vide GEPPERT. Op. Cil. Pág. 303. En el mismo sentido sostiene HERZBERG, convincentemente, que los fundamentos materiales que instan en la teoría del error al tratamiento igualitario del error de tipo y el error de permisión de tipo, a los cuales la teoría limitada de la culpabilidad agradece su capacidad de convencimiento, prohíben también cuando se trata del castigo del partícipe una valoración diferenciada para cada clase de error. Vide HERZBERG. "Tilterschait und Teilnahme".

München, 1977. Pág. 111.

(108) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 12.

(109) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 13: El inductor debe exigir la realización del hecho como una prestación producida para él (posiblemente bajo la promesa de una contraprestación) y el autor debe realizar el hecho porque desea producir para el inductor la prestación exigida (posiblemente para lograr la contraprestación).

Vide JAKOBS. Op. Gil. Pág. 667; PUPPE. Op. Gil. Págs. 110 Y 113; de otra opinión ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 11 y sgtes.

(110) En este sentido, vide GEPPERT. Op. Gil. Pág. 365; KINDHAUSER. Op. Gil. §26, n.m. 2; KOPPER. Op. Gil.

Pág. 25; ROXIN, .Strafrechl. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat. §26, n.m. 173 y 175. Habrá inducción en coautoría cuando varias personas, según un acuerdo previo, tratan conjuntamente de persuadir al autor y desde una distribución de roles lo determinan a la realización del hecho; en caso de que no medie un "plan de inducción" y diferentes personas independientemente inducen a un autor a la resolución de un hecho, bajo los presupuestos de la coautoría, para cada una existirá una inducción en autoría accesoria.

Una opinión contraria a la admisión de la coautoría en la inducción expresa GÖSSEL, a partir reconocer que no siendo el inductor un autor, no cabe la coautoría (vide MAURAGH, GÖSSEL y ZIPF. Op. Gil. Pág. 339); sin embargo,

se ha de advertir, coincidiendo con ROXIN, que la inducción es un hecho punible y es posible su realización en coautoría como cualquier hecho punible en general. De otro lado, existirá inducción en autoría mediata cuando alguien obliga a otro, bajo los presupuestos del artículo 23 GP, a la inducción de un tercero o cuando a través de un intermediario en el hecho da lugar a la resolución hacia el hecho en el autor. Se ha de advertir que la conducta de inducción llevada a cabo por el "hombre de adelante" por sí misma no puede ser considerada como un hecho principal con capacidad de admitir la participación; en este sentido, vide HOYER.

Op. Gil. §26, 32. En la doctrina peruana, admite tanto la coautoría como la inducción mediata, vide VILLAVIGENIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 148.

(111) Vide JAKOBS. Op. Cit. Pág. 670; KÜPPER. Op. Cit. Pág. 25; GEPPERT. Op. Cit. Pág. 364; TRONDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 3: es posible que uno de los miembros de la inducción en cadena actúe de buena fe, por lo que se constituiría en instrumento del sujeto anterior. ROXIN advierte, además, que es posible una inducción en cadena mediante una co-determinación hacia el hecho, en la medida en que cada miembro de la cadena a través de su contribución determine al autor hacia el hecho. Vide ROXIN. Op. Cit. §26, n.m. 176.

Contrario a la apreciación de una inducción en estos casos: SIPPEL. Op. Cit. Págs. 83 y sgtes., en su opinión se trata de una autoría mediata en atención a que el primer inductor no realiza una determinación del autor en el sentido del §26 StGB (determina a otro), sino que por el contrario cumple con las exigencias de la autoría mediata del §25 StGB (comete el hecho punible a través de otro), sin embargo, me adhiero en este aspecto a la doctrina mayoritaria de apreciar la inducción en cadena como una inducción en sí misma a partir del carácter de la co-determinación. En la doctrina peruana, a favor de la admisión de una inducción en cadena, vide BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op.

Cit. Pág. 330; en contra, vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. Pág. 148.

(112) Se ha de verificar una decisión común sobre el hecho que deriva en una división del trabajo orientada a determinar al autor principal. Vide TRONDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 3; ROXIN. Op. Cit. §26, n.m. 173; HOYER. Op. Cit. §26, 31.

(113) Vide GEPPERT. Op. Cit. Pág. 365; HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 32; JAKOBS. Op. Cit. Pág. 670; ROXIN, comentarios en "Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar". §26, n.m. 110; ROXIN. "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen de Straftat". §26, n.m. 178. En el caso de la inducción a la complicidad. debido a que la conducta del cómplice no constituye por sí misma un hecho principal que admita la intervención de un partícipe, solo queda la imputación de una ayuda mediata al hecho principal, por la regla general de subsidiariedad en la participación, la compleja forma de la complicidad suplanta a la simple inducción a la complicidad (subsidiariedad). De una opinión diferente TRONDLE y FISCHER. Op. Cit. §26, n.m. 9, para quienes existe complicidad al hecho principal.

(114) Vide HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 2.

(115) Vide HOYER. Op. Cit. §26, n.m. 3. El cómplice, a diferencia del inductor, no se representa todas las circunstancias que han de cumplirse por el autor

principal para la realización del hecho; desde esta perspectiva, sigue existiendo una inducción consumada cuando la circunstancia representada por el partícipe se desvía de la concreta realización del hecho principal. Vide HOYER. Op. Cit. §26, 29.

(116) Situación que no queda muy clara en la Ejecutoria Suprema Sala Penal R.N. N° 3840-97, Ayacucho, cuando al inductor se le denomina autor mediano con la finalidad de no imputarle los excesos cometidos por los autores principales en la realización del hecho, cuando, como se ha apreciado anteriormente, no cabe la imputación del exceso al inductor en la medida en que no haya sido abarcado por el dolo, o, en los casos de los delitos cualificados por el resultado, si no hubiera obrado negligentemente.

(117) Vide HOYER. Op. Gil. §26, n.m. 33, por otro lado, una colaboración al mismo hecho principal es subsidiaria frente a la inducción.

(118) En el mismo sentido, VILLAVIGENGIO TERREROS, Felipe. Op. Gil. Pág. 148.

(119) Vide ROXIN. Op. Gil. §26, n.m. 180.

COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

CONCORDANCIAS:

C.c.	arto 1978
C.J.M.	arts. 17, 45
C.P.	arts. 184,225,322
C. DE P.P.	arto 72
LEY N927378 (21.12.00)	arto 3.3
C.P.P.	arto 135. 1

Comentario

Robinson Gonzales Campos

1. Generalidades

BRAMONT-ARIAS(1), citando a Quintero Olivares, sostiene que la complicidad "puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor"(2). Para otros, desde otra óptica, la "complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla. Es actuar doloso en un hecho doloso"(3), "una aportación consciente a la tarea que se sabe y quiere común"(4).

En este sentido, es suficiente con un auxilio que facilite o haga más expedita la ejecución del hecho, sin ser esta ayuda necesariamente material, pudiendo ser intelectual o moral.

Para FONTÁN BALESTRA, "el cómplice debe poner una condición del resultado, de otro modo, no habría de su parte aporte causal al hecho, requisito exigido para la concurrencia objetiva de todos los partícipes"(5). De otra opinión es CURY URZÚA, para quien "en estos casos no es necesaria una intervención causal"(6).

1. Diferencias entre la complicidad y otras figuras "Ante todo, la complicidad es participación; por tanto, acción típicamente antijurídica y culpable"(7). Pero para algunos el cómplice no realiza la acción que se subsume al tipo de la parte especial, lo cual lo distinguiría del autor, siendo que esta diferenciación sería esencial "con respecto a la exigencia de las condiciones de autor en los delitos especiales, las que no sería preciso requerir en el cómplice"(B),

En la complicidad se distingue a quienes se valen de otro para ejecutar la acción, es decir se la diferencia de los autores mediatos y de los instigadores y también se diferencia de los coautores pues en este supuesto, siguiendo la teoría del dominio del hecho, lo que lo da es, como señala Roxin. que cada uno puede desbaratar el plan total. retirando su contribución al hecho(9). En este sentido, con respecto a la expresión de "participación necesaria", no es completamente exacta debido a que por un lado, puede tratarse de una coautoría y, por otro, porque la colaboración no tiene por qué alcanzar la categoría de participación(10J.

2. Criterios de diferenciación entre complicidad primaria y secundaria

Algunos Códigos consideran autor al cómplice necesario, otros, utilizando mayor técnica legislativa, solo hacen la equiparación quod penam, como el Código Penal peruano que equipara al primero a efectos de pena con la genuina autoría; y al segundo, lo califica de complicidad. Delimitar estas dos clases de cooperaciones ofrece grandes dificultades. Los criterios considerados para esta delimitación son:

A. Según la cantidad y la naturaleza del aporte individual al hecho(11)

En opinión de MUÑOZ CONDE, esta delimitación plantea problemas casi insolubles en la práctica, ya que es imposible precisar con nitidez cuando la contributos ficticios consistentes en la posible participación de personas ajenas totalmente a los hechos.

Siguiendo el criterio de la sustituibilidad, si se sostiene una postura completamente abstracta de la situación específica, ninguno de los partícipes podrá calificarse de cooperador necesario, pues es plausible de todas las formas que los actos por él cometidos podrían haberlo sido realizados por cualquier sujeto ajeno al grupo delincencial, así, el que facilita el arma con la que será cometido el asesinato o el que se pone de acuerdo con otro para estudiar los movimientos habituales de un banco con el propósito de planificar el asalto son absolutamente reemplazables tomando el hecho en abstracto, en tanto en el primer caso la muerte pudo haberse causado con otra arma y en el segundo, en tanto que el partícipe es sustituible por cualquier otra persona. La medicación obtenida con la que se obtuvo el arsénico utilizado para causar la muerte hubiera podido ser expedida por un galeno diferente del que participó en los hechos.

Ahora, si por el contrario, se hace una radical concreción entonces se llegaría a la conclusión de que ninguno de los que intervinieron hubiera podido ser reemplazado por nadie, ni de fuera ni de dentro del grupo, porque en tal supuesto los hechos no hubieran ocurrido exactamente como sucedieron. Todos, absolutamente todos, serían cooperadores necesarios.

Pero al margen de esto, ambas concepciones, como ya se dijo, pecan uno por exceso y otro por defecto, pues con la consideración abstracta se reducen notoriamente los supuestos de complicidad necesaria, en tanto que con la del concreto se amplían con peligro de cometer desaciertos(16). En opinión de MIR

PUIG(17) la solución del problema debe combinar aspectos acertados existentes en las dos posiciones pues la primera acierta al situar al punto de mira ex ante, porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación mientras que la segunda tiene razón al distinguir entre el "sí" y el "cómo" del hecho (mejor que entre el resultado y las modalidades de acción). FONTÁN BALESTRA(18) opina en este sentido que "lo determinante es la acción y no la persona del cómplice, aclarando que si se exigiera esto último, el número de los cómplices necesarios se reduciría, pues el posible reemplazo hipotético de persona, con los mismos resultados, haría aparecer la complicidad como no necesaria"(19), en otras palabras, que si el hecho en concreto no hubiera podido cometerse sin la acción determinada su autor es cómplice primario, siendo que si naturalmente el auxilio o cooperación solo podía prestarlo un determinado interviniente en los hechos, ese individuo, obedeciendo a sus especiales condiciones y capacidades, la calificación del cómplice como necesario será aún más contundente.

Para otra posición de la doctrina, determinando a los intervinientes efectivos en la comisión del delito no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables entre sí. Así, en el caso del campana en un robo, la complicidad necesaria se determina atendiendo a la situación específica. Entonces, si son únicamente dos intervinientes, ejecutando el primero el hecho, mientras el otro vigila, su cooperación será de índole necesaria; si son una multiplicidad y sus funciones en orden a la comisión del robo son permutables, sería un mero cómplice; si intervienen varios, pero debido a la especialidad del rol que tienen atribuido no pueden sustituir al que vigila, este habrá de ser considerado cooperador necesario. De esta forma, en cuanto a este último caso, el especialista en desactivar los mecanismos de seguridad o el experto corredor de autos que espera se concluya el atraco para recoger a quienes lo han llevado a cabo con una velocidad solo conseguida por él, es por lo general cooperador necesario en cuanto que es insustituible a causa de su particular habilidad. En el caso del galeno que extiende la medicación para conseguir el arsénico que se conoce ha de usarse para matar, su acción no puede ser reemplazada por la de los otros intervinientes del grupo, y ha de tomarse como imprescindible; el ir por la medicación a la farmacia pudo hacerla cualquiera de ellos, por lo que habrá de ser dado como cómplice el que lo recoja. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO sostiene que esta explicación puede ser insuficiente por aplicar el criterio de la sustitución solamente en las personas que han intervenido en los hechos, pues la importancia de esta fórmula depende de que se admita que se puede decidir la cuestión en la posibilidad de acudir a otras personas que sustituyan a uno de los partícipes.

II. Cómplices primarios o necesarios

Según el primer párrafo del artículo 25, "el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor". Por tanto, una característica inherente a esta complicidad es que el delito no puede cometerse sin la intervención de varios individuos, siendo que consiste en la aportación de actos

sin los cuales el delito no se habría realizado, pudiendo ser estas aportaciones tanto por acción como por omisión(20).

Como lo destaca LUZÓN CUESTA, esta cooperación del cómplice ha de consistir en la realización de hechos cuya omisión no impida la verificación del delito, o el éxito del mismo, aunque sí que lo faciliten(21). En tanto que MUÑOZ CONDE es de la opinión que toda cooperación necesaria convierte al cooperador en poseedor del dominio del hecho y, por tanto, en autor(22'. mientras que en opinión de Reinhart MAURACH, la participación -y por ende la complicidad necesaria como especie de la misma- es solo colaboración configurativa del hecho en un delito ajeno, siendo que el partícipe carecería del dominio del hecho, aunque no excluyendo esto que le apoye en la realización concreta de este(23).

Para un sector doctrinario la ley emplea en lo concerniente a la complicidad necesaria la fórmula de la *conditio sine qua non*, por lo que indiscutiblemente esta cooperación se ha de verificar con una contribución causal a la comisión del delito, sin que llegue a tener la entidad de acto de ejecución, porque entonces habría de ser considerado como coautor, dejando de lado las explicaciones desde la óptica de la teoría del dominio del hecho, siendo que para este sector la actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesario o imprescindible cuando ninguno de los que en él interviene hubiera podido sustituirle(24).

1. Casos de no punibilidad para el cómplice primario

Si el hecho principal quedara en grado de tentativa, la pena que corresponde al cómplice primario es la fijada por la tentativa siendo la única exigencia que el partícipe haya verificado los hechos y si esta fuera desistida voluntariamente, todos los partícipes quedan exentos de pena. En todo caso, en opinión de JESHECK(25), existe coincidencia en lo referente a que el interviniente necesario siempre será impune cuando:

- . La disposición penal persigue precisamente su protección, como sucede con el alumno que permite que el maestro le realice tocamientos indebidos.

- . Se trata del beneficiado en disposiciones penales que prohíben el apoyo al autor del delito, debido a que la situación motivacional que caracteriza al hecho hace comprensible una colaboración que excede de la que le corresponde.

La iniciativa del hecho suele proceder típicamente de él, como el favorecimiento de la prostitución por personas que se prostituyen, siendo que aquí resultaría decisiva la idea de la inutilidad político-criminal de prohibiciones semejantes.

2. La persona jurídica como partícipe necesario

Dificultades especiales surgen si el partícipe necesario está constituido por una persona jurídica, como en la estafa cometida en perjuicio de una compañía de seguros, en la cual esta última es objeto de un engaño y cancela al beneficiario

una suma que no le corresponde en virtud de la póliza. Si, por lo general, el partícipe necesario debe reunir ciertos elementos subjetivos, las que, sin embargo, solamente pueden ser objeto de un error reservado a personas naturales, lo decisivo en estos casos es encontrar a las personas naturales cuyos elementos subjetivos, la asociación supraindividual, se deben atribuir para presentar el carácter de partícipe necesario(26).

3. Delimitación de la complicidad necesaria con la coautoría

Si la ayuda prestada es de tal magnitud que se puede decir que el que la presta también domina el hecho, este será coautor aunque no ejecute el hecho, solo pudiéndose considerar coautoría si, aparte del acuerdo, constituye una ayuda determinada en la concreta realización del delito (dominio funcional del hecho)(27).

III. Cómplices secundarios o no necesarios

El segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal establece que "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia, se les disminuirá prudencialmente la pena".

Para un sector de la doctrina, si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás que interviene, su cooperación habría de clasificarse en la categoría de simple complicidad.

1. Momentos de actuar del cómplice secundario

A. Complicidad anterior o paralela a la ejecución: "La palabra cooperar significa aportes acordados anteriores o simultáneos a la ejecución del delito"(28).

El carácter convenido de esta ayuda la diferencia del mero auxilio que es un simple socorro o amparo.

B. Complicidad por actos posteriores al hecho: "Se trata de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento"(29). "Esta ayuda posterior a la ejecución del hecho comprende a los cooperadores necesarios y no necesarios"(30).

El acuerdo puede tener lugar con cualquiera de los que intervienen en el delito, autor o partícipe. La complicidad exige una acción, la promesa por sí sola, carece de entidad penal, sería tentativa de participación, es decir, impune.

2. La culpabilidad en el cómplice

Lo decisivo para determinar la culpabilidad del cómplice se deriva de la existencia de la comunicación o no de las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad y de la limitación correctora que puede resultar de la aplicación individual de los principios de culpabilidad, quedando excluida la complicidad por auxilio, en la que no media acuerdo ni promesa(31). La culpabilidad del cómplice se reduce al ánimo de contribuir a que el autor produzca el hecho del que ha de resultar lo reprochable(32).

"Además se debe tomar en cuenta que la pena que corresponde a los cómplices de primer grado es la establecida para el delito y no para el autor o autores, por lo que la pena se limita a la fijada para el hecho abarcado por la culpabilidad"(33) .

3. La complicidad por omisión

La complicidad por omisión impropia es generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Es decir, es concebible una cooperación omisiva, pero solo si el cómplice estaba jurídicamente obligado a actuar para evitar la consumación{34J.

4. La complicidad en los delitos de convergencia y en los delitos de encuentro
La participación necesaria no ofrece dificultades cuando la ley dispone expresamente la punición de todos los partícipes. Cuando esto no es así, se está en la duda de si nos encontramos ante un delito plurisubjetivo o, por el contrario, solo se castiga uno de los intervinientes. En este sentido, Freudenthal, para designar los delitos en los cuales el tipo requiere la intervención de varias personas, se refirió a delitos de encuentro y delitos de convergencia.

A. Delitos de convergencia

Se caracterizan por la actuación conjunta o accesoria de varias personas dirigida a una meta común, como por ejemplo el grave allanamiento de morada, la perturbación de la paz o las lesiones corporales causadas en común, los cuales no presentan peligro debido a la punibilidad de todos los colaboradores convergentes en la participación necesaria, es decir, estos son punibles solo como autores y no como partícipes(35). Se trata de una serie de actividades que convergen en una misma dirección.

B. Delitos de encuentro

Presupone una pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo, siendo que si bien las actividades de los intervinientes, ciertamente, se dirigen al mismo objetivo, sin embargo lo hacen desde lados distintos, de modo que las acciones, en cierto modo, acaban encontrándose(36). Aquí la participación necesaria no presentan dificultades cuando la ley determina la punibilidad de todos los colaboradores en forma expresa. En estos delitos la ley contiene frecuentemente una conminación punitiva solo para uno de los colaboradores necesarios, sin mencionar al otro, como sucede en la estafa, con el engañado que incurre en una acción estando en error(37), siendo que en este sentido la ley castiga a través de concretas disposiciones penales solo a determinados intervinientes, quedando de este modo los demás impunes, como sucede en el abuso sexual de personas sujetas al cuidado o custodia del autor(38). En otras palabras, la acción resulta del encuentro de diversas manifestaciones de voluntad al modo de un contrato,

como sucede en el cohecho, que consiste en la recepción de dádivas por el funcionario.

Según Günther JAKOBS(39) en estos delitos de encuentro hay que distinguir varias formas según los siguientes criterios:

a. Cuando los partícipes son de diferente rango o trascendencia social o cuando la intervención de la víctima en situación de inferioridad cumple los requisitos de la complicidad: Será impune, ya que no puede contribuir en nada al injusto de una lesión a otro, como en la mayor parte de las infracciones penales contra la libertad sexual, siendo que la víctima protegida puede mediar en las aportaciones de otras personas por su propia situación de inferioridad, constituyendo las actuaciones de estos terceros sobre ella, complicidad a favor del autor y por tanto complicidad punible de estos.

b. Cuando los participantes son del mismo rango, se pueden dar varias modalidades, siendo las principales:

Cuando un tercero lesiona a la víctima contando con la colaboración de esta, ya que la víctima que interviene no puede contribuir en esta lesión, quedando impune, pues el lesionado ya perdió su posición de inferioridad, dejó su rol de víctima.

Cuando el motivo que excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; sin embargo, sí hay que responder por los delitos que eventualmente concurren.

IV. Punibilidad en la complicidad

"La equiparación en cuanto a la pena no debe ser necesariamente considerada la del autor, sino la del delito, con las diferencias que resultan del contenido de la culpabilidad de cada uno y de la comunicación de las circunstancias o condiciones personales que tienen por efecto modificar la penalidad"(40).

Es necesaria una mayor restricción de la punibilidad conforme a los principios generales, los que sin embargo hasta ahora no han obtenido reconocimiento en este aspecto(41), siendo solo posible desarrollar principios generales acerca de la punibilidad del partícipe necesario, sobre un fundamento teórico-normativo(42).

Es necesario verificar si el sujeto protegido por el tipo o incluso otros intervinientes necesarios impunes pueden ser sancionados, además, en razón de un hecho punible autónomo, siendo discutible la impunidad del partícipe~necesario protegido, cuando el tipo aplicable no solo tiene por objeto su propia protección, sino también la de otros bienes(43).

DOCTRINA

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Lecciones de la Parte General y el Código Penal".

San Marcos. Lima, 1997. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal". Tirant lo Blanch. 5~ edición. Valencia, 1999. CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

FERREIRA DELGADO, Francisco. "Teoría General del Delito". Temis. Bogotá, 1988.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal". Actualizado por Guillermo Ledesma. 16~ edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y cómplice en el Derecho Penal". Madrid, 1966. JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenete. Comares. 5~ edición. Granada, 2002. LUZÓN CUESTA, José María. "Compendio de Derecho Penal". 11~ edición. Dykinson. Madrid, 2000. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y ROMA VALDÉS, Antonio. "Derecho Penal. Parte General". Bosh. Barcelona, 1999.

MAURACH, GÓSSEL y ZIPF. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. 7~ edición. Traducción de Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires, 1995. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 3~ edición. PPU. Barcelona, 1990. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". 2~ edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.

JURISPRUDENCIA

"El cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado".

(Ejecutoria Suprema 02/10/97. Exp. 4354-97. Callao).

"La conducta del procesado permite establecer su intervención en el hecho delictivo, contribuyendo dolosamente para la realización del hecho punible, por lo que tiene la calidad de cómplice primario".

(Ejecutoria Suprema 02/09/97. Exp. 3723-97. Lima).

"El colegiado al expedir sentencia ha incurrido en una contradicción conceptual en cuanto condena al acusado como autor de delito en su condición de 'cómplice secundario', desconociendo técnicamente que es autor quien actúa con el dominio del hecho, y cómplice quien colabora con el autor en un nivel accesorio o secundario".

(Ejecutoria Suprema 19/03/98. Exp. 1658-97. Ancash).

"El hecho de que el acusado haya estado cerca de la escena del evento, y el haber usado su casaca uno de los autores, no prueba ni el haber formado parte del plan de ejecución ni su participación en calidad de cómplice secundario".

(Ejecutoria Suprema 26/11/02. Exp. 264-2002. Lima).

Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"La complicidad se encuentra en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores; la participación del encausado ha consistido en facilitar su vivienda para guardar las especies apoderadas y luego ayudar para su comercialización, circunscribiéndose por ello su participación como cómplice secundario".

(Ejecutoria Suprema 20/11/02. Exp. 3122-2002. Ayacucho. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"Que, si bien no se ha logrado acreditar que la mercancía sea de propiedad de los procesados, su participación resulta ser la de cómplices primarios, toda vez que su intervención fue imprescindible para la comisión del delito de contrabando, al ser quienes transportaron la mercadería oculta por los controles aduaneros".

(Ejecutoria Suprema 09/09/02. Exp. 3120-2001. Lambayeque. Centro de Investigaciones del Poder Judicial).

"En el caso de autos se encuentra acreditado que el acusado prestó su colaboración en la realización del evento delictivo en calidad de cómplice primario. La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por un autor o coautores".

(Ejecutoria Suprema 27/01/99. Exp. 5163-98. San Martín).

"Que la condición de cómplice solo la puede tener el sujeto que dolosamente haya prestado asistencia de cualquier modo para la realización del hecho punible, ya sea en la fase previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la ejecución del mismo, pero de ninguna manera puede calificarse como cómplice al sujeto que haya intervenido después de la consumación del ilícito".

(Ejecutoria Suprema 23/08/99. Exp. 2345-99. Lima Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 306).

"El cómplice secundario es aquel que otorga un aporte no indispensable para la realización del delito, cuya actividad se encuentra en dependencia con relación a la del autor, por lo que es indiferente la etapa de participación, pero siempre antes de la consumación".

(Ejecutoria Suprema 13/01/99. Exp. 3312-98. Lima Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 308).

"El acto de complicidad no puede darse después de la consumación del hecho delictivo, sino tan solo en la etapa de preparación y ejecución, mas no así cuando los bienes sustraídos estaban ya en la esfera de dominio de los asaltantes; en el presente caso, la intervención del acusado se produce una vez que se había consumado el robo".

(Ejecutoria Suprema 07/07/99. Exp. 1934-99. Ucayali "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Pág. 44).

"No se puede condenar como autor en calidad de cómplice secundario, ya que un agente puede ser autor, coautor, cómplice primario o secundario, pero no

acumular más de uno de los grados mencionados. En el caso de autos, la conducta delictiva del encausado se circunscribe a su participación como cómplice secundario, ya que no existen pruebas que acrediten que haya tenido participación en el dominio, planificación o ejecución del ilícito en contra del agraviado".

(Ejecutoria Suprema 10/07/00. Exp. 1250-2000. Cono Norte-Lima. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 105).

"Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) La intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo".

(Ejecutoria Suprema 06110/99. Exp. 3086-99. Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 105).

"Debe considerarse como cómplice primario del delito de robo agravado al inculcado que, a pesar de contar con un arma de fuego, no tuvo dominio de la sustracción patrimonial. Por su parte, debe considerarse cómplice secundario al inculcado que tuvo la labor de vigilancia y de favorecer la fuga de sus coinculcados".

(Sentencia 05/08/99. SP-CSJ. Huaura. Exp.98-174.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 105).

"La conducta delictiva del acusado es la de cómplice primario del delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia, por haber posibilitado con su actitud el hecho delictivo, al hacer ingerir a la menor agraviada un somnífero a fin de que se duerma y sea violada por sus coacusados".

(Ejecutoria Suprema 03/03/98. Exp. 590-98. Lima).

"La responsabilidad penal del acusado es a título de complicidad secundaria en el delito de robo, al no haber participado directamente en los hechos y consistir su aporte en la provisión de informes y datos, así como en haber proporcionado el vehículo para facilitar la fuga".

(Sentencia 29/12/99. 2° SP-CSJ Cono Norte-Lima.

Exp. 99-080. Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto. "Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada". Pág. 106).

"Al haber intervenido el procesado interceptando a la víctima y acompañando al agente, asegurando de ese modo la superioridad ofensiva sobre la misma, dicha conducta se encuentra en un nivel accesorio o secundario en relación con la acción principal del autor, quien golpeó al agraviado hasta causarle la muerte, por lo que la imputación objetiva al procesado es solo a título de cómplice secundario".

(Ejecutoria Suprema 18106198. Exp. 1384-98. Arequipa)

"El hecho de haber proporcionado a quienes ya tenían decidido a cometer el hecho punible la información de todo el movimiento económico y los lugares donde se encontraban las especies a sustraer, permite colegir que la calidad jurídica de los procesados no es la de cómplices primarios sino de cómplices secundarios".

(Ejecutoria Suprema 10/11/98. Exp. 4188-98. Callao).

"La participación del procesado se limitó a una simple complicidad secundaria, toda vez que su comportamiento fue el de llevar víveres a la choza donde se encontraba la persona secuestrada, sin haber tomado parte de manera esencial en el ilícito".

(Ejecutoria Suprema 19/11/97. Exp. 4614-97. Lima).

"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o coautores".

(Ejecutoria Suprema 22103/99. Exp. 64-99. La Libertad. "Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal").

"La responsabilidad del acusado es a título de complicidad secundaria en el delito de robo al no haber participado directamente en los hechos y consistir sus aportes en la provisión de informes y datos, así como al haber proporcionado el vehículo para facilitar la fuga".

(Exp. 99-080. 29/12/99. Cono Norte-Lima. Caro Coria, Dino Carlos. "Código Penal". Pág. 176).

"Al no haberse acreditado que el acusado haya ingresado al inmueble, más aún si se tiene en cuenta las declaraciones de sus coacusados de haber actuado de campana a la espera, su nivel de participación en el delito es a título de complicidad secundaria".

(Exp. 1237-98. 17/07/98. Lima. Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Pág. 176).

"El hecho de haber proporcionado, a quienes ya tenían decidido cometer el hecho punible, la información de todo el movimiento económico y los lugares donde se encontraban las especies que iban a sustraer, permite colegir que la calidad jurídica de los procesados no es la de cómplices primarios sino la de cómplices secundarios".

(Ejecutoria Suprema 10/11/98. Exp. 4188-98. Callao).

"Si los acusados han colaborado directamente con los cabecillas de las organizaciones que han sido intervenidas por la DINANDRO, en el mejor de los casos serían cómplices primarios, consecuentemente les corresponde la pena

de los autores, y no la de cómplices secundarios como lo ha dispuesto la Sala Penal Superior".

(Ejecutoria Suprema 14/08/00. Exp. 519-97. Lima.
Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Pág. 177).

"Tal como se aprecia de autos, la participación del acusado resulta ser la de cómplice secundario, toda vez que su intervención no era imprescindible para que sus coencausados lleven a cabo su cometido, por lo que para el acusado resulta aplicable el último párrafo del artículo 25 del Código Penal".
(Exp. 3418-2000. 27/02/01. Amazonas. Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Pág. 177).

"El cómplice secundario es aquel que otorga un aporte no indispensable para la realización del delito, cuya actividad se encuentra en dependencia en relación con la del autor, por lo que es indiferente la etapa de su participación, pero siempre antes de su consumación".
(Exp. 4010-2000. 09/01/01. Huánuco-Pasco. Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Págs. 177-178).

"La complicidad primaria como forma de ampliación del tipo exige una colaboración dolosa por parte del agente, la que además está presente en la etapa de preparación del delito, constituyendo un aporte necesario al hecho".
(Ejecutoria Suprema 19/08/99. Exp. 2441-99. Lima.
Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Pág. 178).

"La actividad desplegada por el procesado antes del asesinato de la víctima, movilizándolo a quienes debían ubicar a los sicarios, a pocas horas después del luctuoso hecho, contactándose con su coencausada y trasladándose luego a encontrarse con los sicarios, evidencia que también tuvo activa participación en el plan desarrollado para ultimar a la víctima, cumpliendo la función que le había sido encomendada, por lo que le alcanza responsabilidad penal en calidad de cómplice primario, en atención a lo preceptuado en el artículo 25 del Código Penal".

(Ejecutoria Suprema 30/03/00. Exp. 4612-99. Lima.
Caro Coria, Oino Carlos. "Código Penal". Pág. 178).

"En cuanto al encausado, por su grado de participación y entendiéndose que si bien participó en el plan previo, no lo hizo en la ejecución, no siendo por tanto coautor sino cómplice, ya que a la luz de su aporte, que no fue esencial e insustituible para la perpetración del delito, deviene en cómplice secundario".

(Sentencia 17/03/99. SPC-CSJ. Lima. Exp. 04-99.
Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 347).

"El cómplice valorativamente se encuentra ubicado en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores, y no

pueda ser merecedor de una sanción de manera independiente como incorrectamente lo ha realizado la Sala Penal Superior".
(Ejecutoria Suprema 25/06/98. Exp. 1827-98. Lima).

"La participación en la comisión del delito supone una conducta accesoria de parte del agente, dependiente de la existencia de un hecho principal; sin embargo, dicha accesoriedad puede significar que los tipos de participación distinguibles puedan expresarse a través de un aporte esencial para la realización del hecho punible o a través de un simple acto de colaboración; en el primero de los supuestos estamos ante una participación a título de complicidad primaria, mientras que en el segundo de ellos, la calificación corresponde a la de complicidad secundaria".

(Ejecutoria Suprema 04/11/99. Exp. 2924-99. Lima. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 523).

"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores".

(Ejecutoria Suprema 06/05/99. Exp. 3446-98. Cañete. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año I. N° 01. Pág. 326 N° 164).

"Si el encausado participó prestando su casa para realizar los actos preparatorios del delito, se tiene que su calidad es la de cómplice secundario y no la de coautor, dado que el cómplice secundario es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, resultando indiferente la etapa en que interviene, siempre y cuando se produzca antes de la consumación del delito".

(Exp. 5361-99. Piura. CP. "Normas Legales". Pág. 714).

(1) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Lecciones de la Parte General y el Código Penal". San Marcos. Lima, 1997.
Pág. 174.

(2) Al respecto, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Formas de Aparición del Delito". 5ª edición.
Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 752, son de la opinión que la coautoría irá, normalmente, "precedida del acuerdo ejecutivo previo (conspiración). Pero el acuerdo puede producirse durante la ejecución o, incluso, después de la consumación con tal de que esta no haya terminado (coautoría sucesiva) es en tanto no suceda asr, el hecho continúa ejecutándose".

(3) FONT ÁN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal: Introducción y Parte General". Actualizada por Guillermo Ledesma.
16ª edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 430.

(4) CURY URZÚA, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
Pág. 255.

(5) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. Pág. 430.

(6) CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit. 255.

- (7) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 430.
- (8) Ibid.
- (9) LUZÓN CUESTA, José Marra. "Compendio de Derecho Penal". 11ª edición. Dykinson. Madrid, 2000. Pág. 215
- (10) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas y otro. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenele. 5ª edición renovada y ampliada. Comares. Granada, 2002. Pág. 751.
- (11) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 430.
- (16) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Pág. 139 y sgte.
- (17) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 3ª edición. Barcelona, 1990. Pág. 437.
- (18) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 432.
- (19) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 431.
- (20) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y ROMA VALDÉS, Antonio. "Derecho Penal. Parte General". Bosh. Barcelona, 1999. Pág. 134.
- (21) LUZÓN CUESTA, José Marra. Op. Cil. Pág. 215.
- (22) MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 163.
- (23) MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 11. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires, 1995. Págs. 406 y sgte.
- (24) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas y otro. Op. Cil. Pág. 751, en donde también se sostiene el criterio de la imprescindibilidad para la participación necesaria.
- (25) Ibid.
- (26) MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 406.
- (27) MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cil. Pág. 158.
- (28) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 434.
- (29) Op. Cit, p. 435.
- (30) Ibid.
- (31) Op. Cil. Pág. 436.
- (32) FERREIRA DELGADO, Francisco. "Teoría General del Delito". Temis. Bogotá, 1988. Pág. 175.
- (33) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Pág. 433.
- (34) CURY URZÚA, Enrique. Op. Cil. Pág. 255.
- (35) MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz ; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cil. Págs. 401 y sgte., para quien la participación es la colaboración arbitraria y dolosa de un hecho ajeno que representa una suerte de subcategoría de la intervención.
- (36) JESCHECK, Hans-Heinrich y otro. Op. Cil. Pág. 751.
- (37) MAURACH, Reinhart et al. Op. Cil. Pág. 402.
- (38) JESCHECK, Hans-Heinrich y otro. Op. Cil. Pág. 751.
- (39) JAKOBS, Gönther. "Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1997. Págs. 840 y sgtes.
- (40) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cil. Págs. 430 y sgte.
- (41) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas. Op. Cil. Págs. 569 y sgte.

- (42) MAURACH, Reinhart, GOSEEL, Karl Heinz t ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 402 y sgte.
- (43) Op. Cil. Pág. 405

INCOMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES QUE AFECTAN LA RESPONSABILIDAD DE AUTORES Y PARTICIPES

Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

CONCORDANCIAS:

C.P. arts. 23, 24, 26, 208

Comentario

Percy Enrique Revilla Llaza

I. Nociones preliminares

1. El artículo 23 CP alude expresamente a las tres formas en que una persona puede, según él, intervenir en un hecho delictivo (realizarlo) en la calidad de autor:

la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

Conforme a su tenor, básicamente se puede decir que es autor directo aquel interviniente en el hecho delictivo que realiza por sí mismo los elementos del tipo del hecho punible (así, es autor directo aquel que ejecuta la acción típica personalmente(1)). Por su parte, que es autor mediato la persona que comete el hecho punible por medio de otra (de la que se sirve como instrumento); mientras que la coautoría se constituye cuando varias personas en común colaboran conjuntamente como autores en la comisión del hecho punible (aporte relevante en la ejecución, acuerdo previo y división de funciones)(2).

2. A continuación de las formas de autoría, el CP regula la participación delictiva en sus artículos 24 y 25, a través de los cuales se amplía la punibilidad a los inductores y a los cómplices, respectivamente(3). Del propio texto penal se puede extraer la idea de que es inductor la persona que ha determinado dolosamente a otra a realizar su hecho antijurídico realizado dolosamente (voluntad dolosa de inducir a cometer un delito); y es cómplice la persona que dolosamente ha prestado ayuda a otra en su hecho antijurídico realizado dolosamente (voluntad dolosa de auxiliar o asistir)(4). A su vez, dentro de la complicidad, el CP peruano distingue explícitamente entre lo que doctrinalmente se ha denominado complicidad primaria (artículo 25 párrafo primero) y complicidad secundaria(5) (artículo 25 párrafo segundo)(6).

3. Con relación al marco referencial de las sanciones penales establecidas para los autores, inductores y cómplices, se debe señalar que el CP peruano reprime al inductor y al cómplice primario con la pena correspondiente al autor, y expresamente solo prevé la posibilidad de una atenuación de la pena en los

casos en que se haya intervenido en el hecho punible en calidad de cómplice secundario.

Frente a ello cabe decir que si tomamos como punto de partida que una intervención en calidad de autor con dominio del hecho representa, por regla general, mayor injusto y mayor reprochabilidad en la actitud interna que una intervención en calidad de partícipe (cuyo injusto depende precisamente de un hecho principal del autor), así sea este un inductor o cómplice primario, deberíamos llegar a la conclusión de que hechos diferentes (más y menos graves) han de ser sancionados de modo diverso, con mayor y menor severidad, con penas de desigual coste(7).

En tal sentido, podría sostenerse que la equiparación del marco penal entre inductor y autor menoscaba el principio de proporcionalidad de las penas (artículo VIII TP CP), ya que quien instiga a otro a cometer un delito no puede merecer como regla la misma pena que quien lo ejecuta materialmente, sino solo una pena (facultativamente) atenuada(8). La misma crítica puede extenderse a la equiparación del marco penal entre autor y cómplice primario (pues el CP únicamente prevé una atenuación de la pena en caso de complicidad secundaria) (9).

11. Sistema diferenciador y dominio del hecho

Con respecto a la autoría, el DP peruano acoge un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos(10), según el cual, como punto de partida, es autor quien, atendiendo a la redacción de los tipos particulares, realiza dolosamente y con dominio del hecho el delito. Así un concepto restrictivo de autor se puede vincular con la referencia típica a la persona indeterminada que según los preceptos de la Parte Especial realiza la conducta típica del precepto respectivo (los tipos de la Parte Especial solo describen comportamientos en función del autor)(11J. Conforme a ello, los tipos de participación son "causas de extensión de la pena", ya que si no estuvieran previstos y regulados por la ley (en la Parte General) no serían punibles(12) por ningún delito (no podrían serlo porque no realizan conducta típica alguna).

Por esa razón, la simple contribución en el hecho punible (propia de la participación) mediante acciones distintas a las típicas no puede fundar ninguna autoría (más claro: strictu sensu, el inductor y el cómplice no realizan o cometen el delito en el sentido de los tipos penales), por lo que su punición obedece a la decisión del legislador de ampliar la punibilidad a acciones situadas fuera del tipo (o extratípicas que valoradas por sí mismas resultarían impunes(13J), a través de los específicos preceptos que regulan la inducción y la complicidad delictivas, dependientes de la autoría (esta sí, por sí misma punible)(14). Mediante los artículos 24 y 25 CP la punibilidad prevista en los tipos penales exclusivamente para el autor de las acciones típicas es extendida a aquellos colaboradores no autores que caen bajo la definición de partícipes(15).

De este modo, a partir del mismo contenido de los preceptos reguladores de la autoría y participación en el CP peruano, la doctrina y jurisprudencia concluyen

en una concepción diferenciadora, mediante la cual cabe distinguir varias formas de intervención en el hecho delictivo doloso, según la importancia material de las contribuciones al hecho; así los actos de ejecución o de dominio (del hecho) de los autores de los actos de determinación o colaboración de los partícipes. En virtud del tratamiento jurídico diferenciado a las formas de intervención criminal en los delitos dolosos, el DP peruano considera que la autoría y la participación no se encuentran en un mismo plano valorativo ni son de la misma jerarquía: mientras el autor directo, el mediato y los coautores realizan el hecho punible doloso en un estatus de actores principales indispensables (figuras centrales con dominio del evento), el inductor y el cómplice solo favorecen o cooperan en un delito principal ajeno, por lo que su existencia (derivada) presupone y depende siempre de la autoría principal de otra persona. Esta relación de dependencia que existe entre la participación delictiva con respecto a la autoría es la que doctrinalmente se denomina principio de accesoriedad.

III. Principio de accesoriedad de la participación⁽¹⁶⁾ (en especial, la accesoriedad cualitativa)

1. Que se deba considerar autor únicamente a quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento obedece a que solo el autor realiza el hecho principal y cumple el tipo autónomo, mientras que el partícipe interviene en un hecho ajeno (que pertenece al autor) del que depende para fundar la ilicitud y punibilidad de su intervención; el partícipe se halla así solo en una posición secundaria o accesorio respecto del autor⁽¹⁷⁾. La participación en sí misma no es sino un concepto de referencia que supone la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido⁽¹⁸⁾.

Tal como anota MAURACH: la participación representa "un concepto de relación no autónomo, con cuya ayuda es posible someter en una cierta y restringida extensión al efecto punitivo a aquellos intervinientes en un delito del que, a falta de dominio del hecho, no son autores"⁽¹⁹⁾.

El concepto de partícipe se caracteriza, de este modo, negativamente: por no realizar el tipo principal sino un tipo dependiente del que realiza el autor, y por no ejecutar la acción delictiva con dominio del hecho⁽²⁰⁾; de otra manera el partícipe sería autor (además el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo⁽²¹⁾). De ahí que, a diferencia de quien realiza el tipo como autor, que es punible autónomamente como tal, el partícipe se halle sometido al principio de accesoriedad de la participación respecto del hecho principal del autor, por el que solo puede ser castigado si existe un hecho antijurídico principal por parte del autor. Tal como anotan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁽²²⁾: "El injusto típico no puede imputarse al partícipe si no se imputa previamente al autor (oo.) no hay cómplice sin reo principal"⁽²³⁾.

2. En efecto, establecer cuál es el fundamento de la punibilidad de la participación nos remite directamente a la idea de la accesoriedad de la participación⁽²⁴⁾.

De entre todas sus variantes (hiper accesoriedad, accesoriedad máxima o accesoriedad mínima}(25), la doctrina mayoritaria acoge la fórmula de la accesoriedad limitada de la participación(26). Como se sabe, según ella, basta para poder afirmar la participación que el hecho principal realizado por el autor sea un hecho típico y antijurídico(27) (aunque este no sea culpable)(28). Es decir, la participación depende del hecho principal del autor (limitadamente) hasta cierto punto: depende de que el hecho principal sea contrario a Derecho, sin que sea necesario, en cambio, que sea personalmente imputable a su autor(29).

Por tanto, si acaso el autor cometió el hecho culpablemente (con culpabilidad o reprochabilidad), y si concurrieron causales de exclusión o supresión de la pena, excusas absolutorias o no, es una cuestión irrelevante para la posibilidad de participación. Más claro: para afirmar la participación basta la tipicidad (objetiva y subjetiva) y la antijuridicidad de la conducta (ilicitud de la conducta, ausencia de causas de justificación), sin que sea necesaria ni la culpabilidad de su autor (con independencia de si concurre alguna causal de exclusión de la culpabilidad o de exculpación) pues la culpabilidad de cada partícipe es siempre individual e independiente(30), ni la punibilidad de la conducta.

IV. Accesoriedad cuantitativa (autoría y participación en los delitos en fase de tentativa)

La accesoriedad referida a los estadios de la realización del delito puede darse en dos supuestos: a) cuando el hecho principal se realiza totalmente (en este caso el partícipe responde por la participación en el delito consumado), o b) cuando el hecho principal se realiza en parte, se ejecuta sin consumarlo (en este caso el partícipe responde por la participación en una tentativa delictiva). Pero si la acción principal ni siquiera constituye tentativa, la responsabilidad del partícipe carece de objeto real de referencia.

Conforme a ello, el DP peruano admite la participación punible (inducción, complicidad primaria y complicidad secundaria) en un hecho intentado, fundante de tentativa delictiva(31). Ello porque un tipo de autoría puede ser tanto si está consumado como si el autor solo ha dado comienzo a la ejecución del delito sin consumarlo (artículo 16 CP)(32). De este modo, se consideran punibles dichas modalidades de participación dolosas, ya no solo cuando el hecho principal ha sido consumado, sino también cuando ha quedado en grado de tentativa (tipo de imperfecta realización). En tal sentido, LÓPEZ PEREGRÍN(33) anota que la intervención del partícipe no es punible hasta que el autor llega en su propia actuación a una fase de ejecución que se considera ya injusto, es decir, da comienzo a la tentativa. "En consecuencia, en tanto en cuanto el autor no haya traspasado el límite de los actos preparatorios impunes para dar comienzo a la tentativa y entra en el ámbito de lo que es penalmente relevante, tampoco el partícipe debe ser castigado"(34).

La punibilidad del partícipe depende así cuantitativamente de que el hecho principal haya alcanzado un determinado grado de realización (precisamente aquel con el que da comienzo lo ilícito jurídico-penalmente relevante), o de que

el autor llegue en su propia actuación a una fase de ejecución que se considere ya injusto:

es decir, dé comienzo a la tentativa (conducta antijurídica); por tanto, la posibilidad de participación está fuera de duda tanto cuando el hecho principal ha sido consumado como cuando ha quedado en fase de tentativa(35).

v. Reélas de incomunicabilidad 1. Contenido del artículo 26 del CP

El problema medular para establecer el radio operativo y contenido del artículo 26 CP ha de empezar por determinar qué ha de entenderse por la (desmesuradamente) amplia y poco precisa referencia normativa a las "circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad...".

A. En principio, debe destacarse que el precepto transcrito alude genéricamente a "circunstancias y cualidades" sin calificarlas de ningún modo (v.gr. como personales o impersonales, como referidas al autor o al hecho, etc.) ni circunscribirlas a determinados supuestos (en el ámbito de lo injusto, culpabilidad, punibilidad, etc.), y ni siquiera dar una pista manifiesta de su sentido (en comparación, por ejemplo, con los GP español o alemán), exigiendo como requisito único que, afectando la responsabilidad de un autor o partícipe, no modifiquen la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible(36).

Esta última exigencia, sin embargo, ha de ser el punto de partida para establecer un necesario criterio de delimitación de la poco específica regla del artículo 26 GP, pues si se trata de circunstancias y cualidades (que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes) que no modifican la de los otros autores o partícipes, ha de inferirse que se trata de circunstancias y cualidades de naturaleza personal, pues solo circunstancias o cualidades de esta índole tienen la virtud, no obstante el principio de accesoriedad limitada, de no ser comunicables entre los autores y partícipes de un delito, a diferencia de las impersonales que sí son comunicables (cuando el interviniente tiene conocimiento de ellas)(37).

Resulta fundamental, entonces, identificar, en primer lugar, cuáles son las circunstancias y cualidades personales incomunicables entre autores y partícipes presentes en nuestro GP; y en segundo lugar, determinar si todas ellas o solo algunas han de incluirse dentro de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad penal a que se refiere el artículo 26.

Sin entrar aún en la precisión del contenido esencial del artículo 26 GP, a grandes rasgos, puede sostenerse que constituyen elementos personales incomunicables en nuestro ordenamiento jurídico-penal los siguientes: las cualidades y circunstancias que afectan el injusto y la culpabilidad (personales), los presupuestos de punibilidad y los criterios para la determinación e individualización judicial de la pena(38). Sin embargo, precisar la inclusión o exclusión de estos elementos dentro de la regla de incomunicabilidad del artículo 26 solo puede ser posible tras un análisis específico de los diferentes grupos de casos (vide infra).

B. En segundo lugar, debe ser esclarecido el problema, estrechamente vinculado al anterior, que incumbe a la interpretación del término "responsabilidad" a la que hace referencia el artículo 26 CP ("...que afecten la responsabilidad..."), pues de las posibles respuestas que se den a esta interrogante va a depender cualquier disquisición convincente sobre el probable contexto funcional de la regla de incommunicabilidad del artículo 26 CP(39). A mi parecer, sin entrar aún al auténtico contenido del artículo 26 CP, preliminarmente, creo que la palabra "responsabilidad" a la que hace alusión dicho precepto, debe entenderse en un sentido lato o amplio, como la "responsabilidad penal" que puede ser afectada de diversa manera tanto dentro de los distintos niveles de la estructura delictual (v.gr. como en las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal del artículo 20 CP y sgtes.) como fuera de ella (v.gr. como la responsabilidad penal que se agrava o atenúa según los artículos 45,46 Y 46 A CP). A diferencia de otras concepciones restrictivas(40), esta amplia interpretación provisional posibilita sin problemas identificar y estudiar los diferentes grupos de casos en que una circunstancia o cualidad personal, sea cual fuere su origen y esfera de aplicación, es incommunicable de unos a otros intervinientes en el hecho punible, como paso previo para la delimitación específica de su contenido, lo cual incluye los ya mencionados supuestos de incommunicabilidad de criterios personales de determinación e individualización judicial de la pena, de los presupuestos personales de punibilidad, y de las circunstancias personales que afectan la culpabilidad y el injusto (a mi parecer, piedra de toque de esta problemática; vide infra).

C. Debe ser esclarecido, en tercer lugar, el problema -vinculado íntimamente a los dos anteriores- que incumbe a la interpretación del verbo "afectar" a que alude el artículo 26 CP ("...que afecten la responsabilidad [penal]..."). Con la doctrina penal, se debe dejar sentado que las únicas tres maneras en que se puede "afectar" (en el probable sentido del artículo 26 CP) la responsabilidad penal de una persona son: agravándola (aumentando la entidad de su sanción penal), atenuándola (disminuyendo la entidad de su sanción penal) y excluyéndola (eximiéndola de toda responsabilidad penal). Ello precisamente determina la existencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal de diversas circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan y excluyen la responsabilidad penal.

Dentro de la Parte General y Especial de nuestro CP encontramos numerosas de estas circunstancias y cualidades personales que pueden afectar la responsabilidad penal de un interviniente, sea que desplieguen su efecto dentro de la estructura delictiva, influyendo sobre los elementos del delito (v.gr. afectando el injusto o la culpabilidad), o fuera de ella (v.gr. influyendo la sancionabilidad de la conducta o la determinación e individualización judicial de la pena). Así, por ejemplo, los criterios para la determinación e individualización judicial de la pena despliegan un efecto agravatorio o atenuante, los presupuestos de la punibilidad un efecto excluyente, y las circunstancias que afectan la culpabilidad y el injusto un efecto agravante, atenuante y excluyente.

No debe perderse de vista que el artículo 26 CP predica de estas circunstancias que afectan la responsabilidad (de algunos autores o partícipes

del hecho punible) el no modificar en modo alguno la responsabilidad de los otros autores y partícipes. Es decir, señala como regla que (solo) las circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad (penal) no son comunicables entre los autores y partícipes del hecho punible. Ello resulta elemental sobre todo para diferenciar las circunstancias que afectan (agravan, atenúan y excluyen) la responsabilidad penal (y sus efectos), que no son comunicables en modo alguno, de aquellas circunstancias que fundamentan la responsabilidad penal que, siendo de naturaleza personal, sí son comunicables del autor al partícipe, como consecuencia de la aceptación del principio de accesoriedad limitada.

D. Hasta este punto, resumiendo, ha de señalarse que la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores y partícipes a que alude el artículo 26, debe ser entendida como la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal de los autores y partícipes. Queda, empero, por resolver el problema esencial para determinar el correcto radio operativo del artículo 26 CP: ¿A qué ámbito jurídico-penal pertenecen las circunstancias y cualidades personales que, según el artículo 26 CP, son incomunicables entre autores y partícipes?, o brevemente: ¿cuáles son las circunstancias y cualidades personales que deben incluirse dentro del contenido del artículo 26?; ello en el bien entendido de que, como se ha señalado, en nuestro ordenamiento jurídico-penal es posible identificar numerosos supuestos en que las circunstancias y cualidades personales concurrentes en un autor o partícipe no son comunicables a los otros autores o partícipes en quienes no se presentan, por lo que no afectan de modo alguno su particular responsabilidad penal. La incomunicabilidad de circunstancias personales así se presenta y despliega sus efectos en diversos ámbitos jurídico-penales, como se ha advertido, tanto dentro de la estructura delictiva como fuera de ella; empero no necesariamente todas estas constelaciones han de alcanzar acogida dentro de una necesaria interpretación teleológico-sistemática restrictiva de la regla de incomunicabilidad del artículo 26 CP.

2. El contenido primario: La incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades personales que afectan lo injusto

A. Como se ha visto, el partícipe no realiza el injusto típico principal sino un injusto típico dependiente del que realiza el autor; y el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo⁽⁴¹⁾ (las conductas de participación valoradas por sí solas equivalen a meros actos preparatorios irrelevantes). Por ello, una regulación rígida e inflexible del principio de accesoriedad obligaría, a efectos de determinar el delito cometido, a comunicar del autor al partícipe en el ámbito de injusto todo el contenido de lo ilícito de su conducta, todas las circunstancias o cualidades personales que afecten la tipicidad y la antijuridicidad de su conducta; lo cual traería como consecuencia el no-rompimiento en ningún caso del título de la imputación.

Es decir, a ese efecto, autores y partícipes responderían siempre por el mismo contenido de lo injusto penal, sin tomar en consideración las circunstancias o

cualidades personales presentes en cada cual que les influyan; y ello originaría la comunicabilidad de todas las circunstancias personales, fundamentadoras, modificatorias y excluyentes⁽⁴²⁾ (regulación rígida y absoluta que se acerca peligrosamente, en sus consecuencias, a un sistema unitario de autor). Dicha dependencia rígida o absoluta, como se aprecia, vulnera el principio de culpabilidad, no resulta político-criminalmente deseable y echa de menos resultados justos, pues un interviniente en quien concurre una circunstancia o cualidad personal (que afecta el injusto) no puede ser tratado jurídico-penalmente de la misma manera que otro que no la posee, y viceversa.

B. A mi parecer, debe acogerse una interpretación teleológico-sistemática restrictiva del precepto que repare además en razones de justicia material y políticocriminalmente preventivas adecuadas, es decir, como que el DP peruano relaja o flexibiliza en el artículo 26 CP el principio de accesoriedad limitada, respecto a las circunstancias o cualidades personales que afectan (agravan, atenúan o excluyen) el injusto de uno de los autores o partícipes, disponiendo su incommunicabilidad. De acuerdo a ello, se puede afirmar que en una adecuada valoración jurídica del ilícito que le corresponde a cada interviniente del delito no debe tomar en consideración circunstancias o cualidades personales modificantes o excluyentes de la conducta típica y antijurídica que le son ajenas al sujeto enjuiciado.

Es decir, no se debe considerar para determinar el ilícito cometido (y la responsabilidad penal) del sujeto enjuiciado un elemento personal que, si bien modifica o excluye el injusto típico a algún interviniente que lo posee, en él no se presenta (las circunstancias personales que modifican o excluyen el injusto típico son incommunicables a los otros autores o partícipes del hecho delictivo). Así como un autor o partícipe en quien concurre una circunstancia o cualidad personal (que afecta su injusto) no puede ser tratado jurídico-penalmente como si no la poseyera, así mismo un autor o partícipe en quien ella no concurre no puede ser tratado jurídico-penalmente como si la tuviera.

C. De lo anotado, podemos llegar a una conclusión básica derivada del artículo 26 CP: (solo) son incommunicables entre autores y partícipes las circunstancias o cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen el injusto penal, cuando estas se presentan o concurren únicamente en alguno de ellos. Precisamente este es, a mi parecer, el enunciado primario o auténtico contenido de la regla de incommunicabilidad establecida en el artículo 26 CP: Una circunstancia o cualidad personal, modificante (agravante o atenuante) o excluyente del injusto, que posee un autor o un partícipe no beneficia ni perjudica a otros autores o partícipes en los que ella no concurre⁽⁴³⁾.

Más delicado, en cambio, resulta extraer del artículo 26 CP una segunda regla, en sentido contrario a la anotada: que aquellas circunstancias o cualidades personales que no afectan (agravan, atenúan o excluyen) el injusto sí son comunicables entre autores y partícipes; ello en el bien entendido de que si una circunstancia o cualidad personal no tiene la virtud de agravar, atenuar o excluir el injusto, ello es porque constituye una circunstancia personal fundamentadora del injusto (vide matización infra). Sin embargo, a pesar del texto deficitario en claridad de la ley, debe acogerse la posibilidad de extraer, vía interpretación,

legítimamente la regla de que todas las circunstancias o cualidades personales que fundamentan el injusto y que concurren en un autor han de ser apreciadas también en el partícipe. Más claro: del que el artículo 26 CP imponga que las circunstancias que afectan el injusto no sean nunca comunicables, debe inferirse (aunque ciertamente no sin reparos a nivel de tenor literal) que las que fundamentan (no afectan) el injusto son comunicables.

Empero, si bien es cierto que apelando a una interpretación del precepto desde el principio de culpabilidad, que informa el principio de accesoriedad limitada de la participación, podríamos arribar a la conclusión de que las circunstancias o cualidades personales que fundamentan el injusto son comunicables del autor al partícipe, pues sin un injusto de autor no es posible afirmar un injusto de partícipe, ello puede ponerse legítimamente en duda en algunos casos donde tales circunstancias consisten en elementos especiales referidos al autor pertenecientes al tipo objetivo (que fundamentan la punibilidad del autor cualificado). Por ello, de la aceptación o rechazo defendibles de una consecuencia como la anotada va a depender exclusivamente la apreciación de vacíos normativos y lagunas de punibilidad al nivel, por ejemplo, de la fundamentación de la responsabilidad penal y la determinación de la entidad de la pena del partícipe extraneus en un delito especial propio(44).

D. En este nivel resulta relevante identificar y diferenciar aquellas circunstancias o cualidades que fundamentan el injusto y aquellas circunstancias o cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen el injusto y la responsabilidad penal.

a. Una circunstancia o cualidad personal que fundamenta el injusto es aquella circunstancia imprescindible exigida por la ley en la creación de una conducta típica y antijurídica, mas no en su agravación o atenuación. Como ya se anotó antes, comprobar si una circunstancia o cualidad fundamenta el injusto dependerá exclusivamente de si determinado comportamiento sigue o no siendo punible (por ilícito) en caso de faltar tal circunstancia. Si sigue siendo punible no será fundamentadora del injusto, si deja de ser punible sí será fundamentadora del injusto.

Cabe destacar esencialmente como circunstancias y cualidades personales que fundamentan el injusto los elementos subjetivos altamente personales que forman parte y fundamentan el tipo del injusto como las calificaciones personales de la autoría en los delitos especiales propios, los elementos tipificados referidos al dolo y a determinadas intenciones, las especiales tendencias (como la tendencia interna, v.gr. el ánimo de enriquecimiento en el hurto, o el ánimo de facilitar u ocultar otro delito en el asesinato), etc.(45).

b.3.1. En primer lugar, debe matizarse la afirmación de que no se deben incluir dentro del artículo 26 CP aquellas circunstancias y cualidades personales que excluyen el injusto y la responsabilidad penal, basada en el argumento de que si una circunstancia o cualidad personal que excluye el injusto no tiene el efecto de agravarlo o atenuarlo, ello es precisamente porque lo fundamenta(47). Ciertamente, el principio de accesoriedad limitada impide sustentar un injusto de partícipe sin un injusto de autor, lo cual abona a la idea

de considerar que aquellas circunstancias personales que fundamentan el injusto en un autor sean comunicables al partícipe, o lo que es lo mismo, que aquellas circunstancias personales que excluyen el injusto en un autor sean comunicables al partícipe. Pero, si bien la comunicabilidad de las circunstancias personales que excluyen el injusto, en virtud del principio de accesoriedad limitada, resulta admisible y necesaria de un autor a un partícipe, no sucede lo mismo en las demás relaciones entre los intervinientes del delito.

Más claro: las circunstancias y cualidades personales que excluyen el injusto han de ser, en virtud del principio de accesoriedad limitada, comunicables del autor principal a los partícipes (la exclusión del injusto del autor determina siempre la exclusión del injusto del partícipe); pero no son comunicables ni del partícipe al autor, ni entre coautores, ni entre partícipes, presuponiendo la existencia de un autor principal (la exclusión del injusto de un partícipe no tiene por qué afectar al injusto de otro partícipe o del autor, y la exclusión del injusto de un coautor no tiene por qué afectar el injusto del otro coautor). Con esta matización en virtud de las relaciones se puede sin problemas sostener también la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades personales que excluyen el injusto como supuesto contenido en el artículo 26 CP(48).

b.3.2. Dentro de las circunstancias o cualidades personales incomunicables (de partícipes a autores, entre partícipes o entre coautores) que excluyen el injusto de la conducta y la responsabilidad penal, y que se encuentran reguladas en nuestro CP, tenemos: el actuar incurso en error de tipo (artículo 14, primer párrafo), el cual cuando es invencible excluye la tipicidad de la conducta y la responsabilidad penal, y cuando es vencible excluye la tipicidad dolosa de la conducta; la realización de un intento delictivo cuya consumación es ex ante imposible ("tentativa" absolutamente in idónea, artículo 17)(49); el actuar en legítima defensa (artículo 20, inciso 3), en estado de necesidad justificante (artículo 20, inciso 4), por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, inciso 8), y con el consentimiento del titular del bien jurídico (artículo 20, inciso 10)(50).

De este modo, partiendo de que las circunstancias y cualidades que afectan el injusto son de carácter personal e incomunicable y tienen un efecto tanto agravante, atenuante como excluyente, la regla de incomunicabilidad contenida en el artículo 26 CP debe entenderse esencialmente así: las circunstancias y cualidades que agravan, atenúan o excluyen el injusto de algunos de los autores y partícipes no modifican el injusto de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. El artículo 26 CP contiene así una regla de relajación y flexibilización del principio de accesoriedad limitada de la participación, que dispone la incomunicabilidad entre autores y partícipes de las circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan y excluyen su injusto y, con él, su responsabilidad penal, pudiendo originar la ruptura del título de imputación(51).

3. El contenido secundario

Subsidiariamente a la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan el injusto típico, debido sobre todo a la imprecisión terminológica del precepto en comentario, y en una interpretación amplia, podrían incluirse

también dentro del artículo 26 CP las circunstancias y cualidades que afectan la culpabilidad y la punibilidad, e incluso los criterios de determinación e individualización judicial de la pena.

A. Podría sustentarse, en primer lugar, la inclusión dentro de la regla del artículo 26 CP de la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades que afectan la culpabilidad. Pues cabe decir que, en virtud del principio de culpabilidad, cada sujeto interviniente en un hecho delictivo debe ser sancionado con independencia de la culpabilidad del otro, es decir, sobre la base de su propia e individual culpabilidad. Por ello, todas aquellas circunstancias y cualidades que afectan o repercuten en la culpabilidad de un autor o un partícipe son exclusivamente personales (se valoran personalmente en cada individuo), y nunca son comunicables a los otros autores y partícipes⁽⁵²⁾.

a. Entre estas circunstancias, dentro de la Parte General de nuestro CP, tenemos: el actuar incurso en error de prohibición (artículo 14, segundo párrafo, y 15), el actuar incurso en error sobre las causas de justificación (error de tipo permisivo, v.gr. legítima defensa putativa) y sobre las causas de exculpación (a resolverse según el artículo 21); la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o de la percepción del artículo 20, inciso 1, la minoría de edad del artículo 20, inciso 2, y la imputabilidad restringida del artículo 22; el actuar en estado de necesidad exculpante del artículo 20, inciso 5; el actuar compelido por miedo insuperable del artículo 20, inciso 7, el actuar por una orden ilícita de autoridad del artículo 20, inciso 9; y en general, cualquier causa de exclusión de la culpabilidad o exculpación incompletas (a resolverse según el artículo 21)⁽⁵³⁾.

De otro lado, también tenemos en la Parte Especial de nuestro CP circunstancias y cualidades personales incomunicables entre autores y partícipes que afectan individualmente la culpabilidad de cada interviniente. Principalmente han de mencionarse los elementos pertenecientes al tipo de culpabilidad (elementos tipificados de la culpabilidad dentro de la descripción típica) en la regulación de los preceptos específicos, los cuales son también de carácter altamente personal⁽⁵⁴⁾ e incomunicables, como las actitudes internas y los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad (v.gr. el imperio de una emoción violenta en el artículo 109, el estado puerperal en el delito de infanticidio, el móvil egoísta en el párrafo segundo del artículo 113 y el móvil de honor en el artículo 146; el actuar maliciosamente en el artículo 149; también puede ser la ferocidad en el asesinato, etc.)⁽⁵⁵⁾.

b. Sin embargo, la inclusión de las circunstancias y cualidades que afectan la culpabilidad dentro del contenido primario del artículo 26 CP no estaría exenta de objeciones: a) Si bien son de naturaleza personal e incomunicables entre autores y partícipes, ello, a mi parecer, es una consecuencia que se deriva no del artículo 26 CP, sino directamente de un principio general del OP más amplio: el principio de culpabilidad personal, que precisamente fundamenta el principio de accesoriedad limitada, en virtud del cual tales circunstancias y cualidades seguirían siendo incomunicables independientemente de la existencia del artículo 26 CP; b) Por otro lado, en nuestro ordenamiento

jurídico-penal resultaría erróneo sustentar la restricción del contenido del artículo 26 CP a las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad de un autor o un partícipe (ni restringiéndolo a ellas, ni conjuntamente con los criterios de los artículos 45, 46 Y 46 A y/o los presupuestos de punibilidad); ello significaría la absolutización del principio de accesoriadad limitada al nivel de lo injusto, y su distanciamiento de la valoración de un injusto personal a favor de la de un injusto "impersonal": todas las circunstancias y cualidades personales agravantes, atenuantes y excluyentes que afecten el injusto de un autor o partícipe serían comunicables a los otros autores o partícipes(56). Así, a efectos de determinar la calificación del delito cometido, no se tomarían en cuenta las circunstancias modificatorias específicas (v.gr. las que originan un tipo agravado o privilegiado en virtud de un mayor o menor injusto) por lo que en ningún caso sería posible la ruptura del título de la imputación entre los diversos intervinientes (posean o no posean cualidades modificantes de su injusto personal): a este nivel, entre varios intervinientes, para determinar el delito específico que uno de ellos ha cometido, se tomaría en consideración elementos que no posee personalmente, y los que sí posee personalmente se extenderían a todos los demás autores y partícipes; c) Asimismo, afirmar que el artículo 26 CP se restringe a regular la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la culpabilidad, significaría interpretar tal precepto, no como una necesaria relajación del principio de accesoriadad limitada, sino exclusivamente como una extraña plasmación positiva -innecesaria- del principio de culpabilidad en el ámbito específico de la autoría y participación.

B. Podría sustentarse, subsidiariamente, en segundo lugar, la inclusión dentro de la regla del artículo 26 CP de la incomunicabilidad de los presupuestos de punibilidad extra delictuales, ya que estos también se vinculan a circunstancias y cualidades personales que afectan (excluyen) la responsabilidad penal (como presupuestos adicionales cuya concurrencia o inconcurrencia condicionan la punibilidad o sancionabilidad de un delito). Los presupuestos de punibilidad son así circunstancias personales incomunicables que, en principio, no afectan ni el injusto ni la culpabilidad en el hecho punible (son adicionales al delito, se encuentran más allá de la culpabilidad, fuera de la estructura delictiva(57»)), que la ley en algunos casos exige forzosamente para que un injusto culpable pueda o no sancionarse penalmente, y cuya ausencia o presencia determinan la conveniencia políticocriminal de su punibilidad(58). Entre ellos tenemos, por ejemplo, las causales personales de exclusión de la punibilidad o de supresión de la punibilidad, las excusas absolutorias, las condiciones objetivas de punibilidad, etc(59).

8. De su naturaleza jurídica de presupuestos que posibilitan y condicionan la punibilidad de un delito, generalmente fundada sobre todo en criterios políticocriminales de necesidad individual de pena, se deriva su carácter altamente personal, por el cual solo han de ser valorados y apreciados específicamente en cada interviniente del delito en quien concurren (con la particularidad de que, en nuestro DP solo pueden tener un efecto excluyente de la responsabilidad penal, no agravante o atenuante(60): o concurren o no concurren). Ello es así porque los presupuestos de punibilidad reparan básicamente en la conveniencia o utilidad de punir a los individuos en quienes

están presentes o ausentes, impidiendo o haciendo decaer la necesidad personal de una sanción penal. Así, por ejemplo, si dos personas cometen un delito o una coopera con la otra, según el caso, una excusa absolutoria (como la de los artículos 208 ó 406 CP) puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal de una sola de ellas (en quien se presenten), sin que dicha modificación afecte la del otro interviniente.

b. Sin embargo, el porqué de que no se incluyan primariamente estos presupuestos de punibilidad dentro del artículo 26 CP y que solo se consideren en él subsidiariamente se desprende de diversas razones: a) Si bien son de carácter personal e incommunicable, ello, en primer lugar, no es una consecuencia instituida en la regla de incommunicabilidad del artículo 26 CP como en su misma naturaleza jurídica (fundada sobre todo, como ya se señaló, en criterios de utilidad y necesidad personal de pena); b) Debe destacarse además que la incommunicabilidad de tales elementos subsistiría incólume al margen del artículo 26 CP, pues tratándose de presupuestos extra delictuales (que en nada afectan la existencia del delito -injusto culpable- sino solo su punibilidad) no tendrían por qué ser transmisibles entre autores y partícipes, en virtud de la incuestionable aceptación de nuestro DP de una accesoriedad limitada de la participación al injusto del autor: ambas razones son las que obligan a apreciarlos individualmente en cada sujeto -interviniente por interviniente-, únicamente en quienes concurren; c) En nuestro ordenamiento jurídico-penal resultaría erróneo sustentar la restricción del contenido del artículo 26 a los presupuestos de punibilidad (ni restringiéndolo a ellos, ni conjuntamente con las circunstancias y cualidades que afectan la culpabilidad, y/o los criterios de los artículos 45, 46 Y 46 A); ello, como en el caso anterior, significaría la absolutización del principio de accesoriedad limitada al nivel del injusto, y su alejamiento a la valoración de un injusto personal: todas las circunstancias y cualidades personales que afecten el injusto de un autor o partícipe habrían de transmitirse a los otros autores o partícipes. La calificación del delito cometido no tomaría en cuenta las circunstancias modificatorias específicas, por lo que en ningún caso sería posible la ruptura del título de la imputación entre los diversos intervinientes. Como antes, entre varios intervinientes, para determinar el delito específico que uno de ellos ha cometido, se tomarían en consideración elementos que no posee personalmente, y los que posee personalmente se extenderían a todos los demás autores y partícipes⁽⁶¹⁾.

c. Podría sustentarse, subsidiariamente, en tercer lugar, la inclusión dentro de la regla del artículo 26 CP la intransmisibilidad de los criterios para la determinación e individualización judicial de la pena, establecidos en los artículos 45, 46 Y 46-A de nuestro CP, ya que estos criterios constituyen indudables circunstancias y cualidades personales incommunicables que afectan la responsabilidad penal (entendida como la pena que establece el juez al emitir una sentencia). Estas circunstancias y cualidades son pues elementos accidentales del delito (no afectan la presencia del delito ni su punibilidad, sino solo la gravedad o entidad de la pena⁽⁶²⁾), cuya concurrencia o inconcurrencia han de ser valoradas por el órgano jurisdiccional en el marco de su imposición a un condenado en proceso, y principalmente toman en consideración razones

de necesidad y merecimiento personal de la pena o vinculadas a sus fines (preventivo-generales, preventivo-especiales y retributivos).

a. De la obligatoriedad de la individualización de la pena (principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad) se infiere su naturaleza personal, en virtud de la cual únicamente pueden ser valoradas y aplicadas en cada interviniente del delito en quien concurran (con la particularidad de que solo pueden tener un efecto agravante o atenuante pero no excluyente de la responsabilidad penal). Ello es así porque la determinación e individualización de la pena debe reparar necesariamente en los fines que ha de cumplir la pena en el caso concreto (prevención general y prevención especial, justa retribución del injusto y la culpabilidad). Así, si dos personas cometen un delito o una coopera con la otra, según el caso, las circunstancias establecidas en los artículos 45, 46 Y 46-A CP pueden determinar la agravación o atenuación de la responsabilidad penal de una sola de ellas (en quien se presenten o concurran), sin que dicha modificación afecte la del otro interviniente (ello solo en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad penal)(63)(64).

b. Entre las razones por las que no se incluyen primariamente los criterios de determinación e individualización de la pena dentro del artículo 26 CP, sino solo subsidiariamente, se pueden mencionar: a) La naturaleza personal e incommunicable de estos criterios derivan originariamente del principio de culpabilidad en la medida de la pena, de su carácter de elementos accidentales del delito (que en nada afectan su existencia ni su punibilidad, pues las presuponen), y de su vinculación político-criminal a los fines de la pena; ello precisamente es lo que obliga a evaluarlos por el juez singularmente en cada individuo (autor por autor, partícipe por partícipe)(65); b) La regla de incommunicabilidad del artículo 26 CP tampoco puede restringirse a la incommunicabilidad de estos criterios (ni restringiéndose solo a ellos ni conjuntamente con los presupuestos de punibilidad y/o las circunstancias que afectan la culpabilidad); ello reproduciría todas las criticables consecuencias anotadas en los puntos anteriores: absolutización del principio de accesoriedad limitada a nivel de injusto, comunicabilidad de todas las circunstancias y cualidades personales agravantes, atenuantes y excluyentes que afecten el injusto de un autor o partícipe, no-ruptura del título de la imputación en ningún caso, etc. Aquí, a efectos de determinar la calificación del delito cometido, no se tomarían en cuenta las circunstancias modificatorias específicas por lo que en ningún caso sería posible la ruptura del título de la imputación entre los diversos intervinientes(66) (posean o no posean cualidades modificantes de su injusto personal): a este nivel, como se ha señalado antes, entre varios intervinientes, para determinar el delito específico que uno de ellos ha cometido, se tomarían en consideración elementos que no posee personalmente, y los que sí posee personalmente se extenderían a todos los demás autores y partícipes(67)(68).

VI. Excurso: Reglas de Incommunicabilidad en el Derecho comparado 1. En Alemania: §28 del StGB(69).

En principio, se debe señalar que en el DP alemán se interpreta la referencia típica a "elementos personales especiales", vinculándola a la propia definición que da el §14 StGB(70), según la cual se trataría de "especiales características, relaciones o circunstancias personales", en las cuales importa el carácter extremadamente personal del elemento. La doctrina mayoritaria distingue entre elementos personales referidos al hecho (elementos que sirven a su caracterización material o a la de la lesión al bien jurídico) y elementos personales referidos al autor (elementos que se relacionan con la persona del autor), pero considera que en el §28 únicamente se incluyen los elementos personales relativos al autor(71), mientras que los elementos relativos al hecho se someten a las reglas generales de la accesoriedad, ya que caracterizan aquel injusto del hecho principal que puede ser realizado por cualquiera. Así, por ejemplo, en el delito de asesinato un elemento personal referido al hecho sería la alevosía, y un elemento personal referido al autor serían el móvil bajo y la intención de ocultar otro delito, conforme al §211 StGB(72)(73).

A. El §28 StGB da las respuestas a dos problemas fundamentales derivados del principio de accesoriedad. De un lado (§28, párrafo primero), frente al problema del tratamiento jurídico que ha de recibir el partícipe en el que no concurren los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor, establece la regla de que dicho partícipe ha de responder por el mismo delito del autor (unidad del título de la imputación), pero no con su misma pena sino con una pena obligatoriamente atenuada. Es decir, cuando se trata de elementos personalísimos que fundamentan la pena, el StGB señala que estos sirven de base a la punibilidad del partícipe, aunque solo concurren en el autor, debiendo en tal caso atenuarse la pena al partícipe. Como se aprecia, en esta regla la ruptura de la accesoriedad se manifiesta de la siguiente manera: Si las cualidades personales fundamentan la punibilidad por hallarse indisolublemente unidas al tipo base, la ruptura de la accesoriedad solo tiene efecto sobre el marco de la pena (autor y partícipe no reciben la misma pena: la pena del partícipe en quien no concurre un elemento especial personal que fundamenta la pena del autor ha de ser determinada en función de la pena de este para su atenuación) y no de la calificación (unidad del título de la imputación: autor y partícipe lo son del mismo delito). El §28, párrafo primero, determina así que los especiales elementos personales que fundamentan la pena son limitadamente accesorios(74).

Tal solución resulta justa, por cuanto evita cualquier intento de alegar impunidad en un partícipe en el que no concurre un elemento personal especial fundamentador de la punibilidad del autor, a la vez que obliga a responder al extraneus como inductor del delito especial propio pero con una pena necesariamente atenuada(75). Así, por ejemplo, no ha de quedar impune el inductor o cómplice no cualificado que participa en un delito especial propio que únicamente puede realizar un autor cualificado.

Ahora bien, comprobar si un elemento personal especial fundamenta la punibilidad de la conducta dependerá exclusivamente de si el comportamiento penalizado sigue o no siendo punible en caso de faltar este elemento. De este modo, por ejemplo, las circunstancias que caracterizan al homicidio a petición (§216 StGB) no fundamentan su punibilidad, pues el comportamiento seguiría

siendo punible en caso de que faltaren (v.gr. como homicidio simple, §212 StGB). Así, un elemento personal especial solo tiene carácter fundante de la pena cuando, ante su ausencia, no exista una lesión típica del bien jurídico, no se da ningún comportamiento típico(76). En consecuencia, son elementos personales especiales fundantes de la pena los constitutivos de la lesión del bien jurídico en la medida en que estén comprendidos en el tipo, no así empero aquellos de naturaleza especial que pueden tener tanto un efecto fundante como modificadorio de la pena, pudiendo llegar incluso a la exclusión de esta. Los elementos personales fundantes de la pena dejan subsistente la accesoriedad, en el sentido de que también el partícipe no cualificado responde por el tipo realizado por el autor principal (cuando conozca la concurrencia de dicha cualidad en este). En todo caso, la accesoriedad no alcanza al marco punitivo, pues el §28, párrafo primero, dispone una atenuación obligatoria (v.gr. sería injusto castigar al cómplice no cualificado como autor principal, solo porque el tipo esté configurado de un modo más o menos casual como delito especial propio)(77)(78).

B. De otro lado (§28, párrafo segundo), frente al problema de si deben o no comunicarse los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal de unos autores o partícipes en quienes concurren a otros en los que están ausentes, establece la regla que estos elementos solo han de apreciarse en aquellos intervinientes (autores o partícipes) en quienes están presentes o concurren (es decir, su comunicabilidad). Aquí, cuando la ley utiliza las cualidades personales para calificar o privilegiar un tipo base (elementos que agravan, atenúan o excluyen la pena), la ruptura de la accesoriedad produce sus efectos sobre la imputación del hecho principal a la participación(79): cada sujeto interviniente (autor o partícipe) debe responder únicamente por aquellos elementos personales que solo en él concurren cuando ellos modifican o excluyen la pena. El §28, párrafo segundo, declara así que los elementos especiales personales que modifican o excluyen la pena no son accesorios(80). De este modo, el ámbito de la accesoriedad de la participación no puede ir tan lejos que se restrinja el contenido del injusto del hecho principal; en cambio, una rígida regulación de la accesoriedad, que extendiera sin más a todos los intervinientes cada uno de los elementos del injusto que calificase o privilegiase al hecho principal, resultaría injusta, porque cabe que el factor que altera la punibilidad se halle tan unido a la persona que solo pueda perjudicar o beneficiar a aquel implicado en el que realmente concurre. Por ejemplo, en un delito especial impropio, si el sujeto no cualificado induce al sujeto cualificado a realizar el delito, este responderá como autor del delito agravado o cualificado, mientras que aquel por el delito común subyacente(81).

De este modo, los elementos modificadores de la punibilidad o excluyentes de ella rigen solo para los intervinientes en quienes concurren. Ello importa además que, a diferencia de lo que ocurre con los elementos fundadores de la pena, es posible castigar aquí al partícipe cualificado conforme al tipo que presupone dicha cualificación, cuando el elemento modificadorio falta en el autor principal, puesto que, en tal supuesto, el hecho principal persiste en la forma del tipo base(82).

Asimismo, significa que el partícipe cualificado debe ser castigado de acuerdo con un tipo penal distinto al del no cualificado; a este último, le resulta aplicable el tipo penal básico que no contiene la cualificación o la privilegiación.

En ese sentido, el §28, párrafo segundo, resulta aplicable a aquellos tipos que se presentan como cualificados o privilegiados, pero en todo caso como derivaciones no autónomas de un tipo base, es decir, frente a tipos que constituyen o un plus o un minus respecto al tipo base (no resulta aplicable, por el contrario, en delitos autónomos o *delicti sui generis*..83»). De acuerdo a ello, la regla de la accesoriedad establecida en el §28, párrafo segundo, afecta a las variaciones cualificadas y privilegiadas dependientes de un tipo básico (v.gr. el homicidio con respecto al asesinato y al homicidio a petición)(84).

Como se aprecia, los límites básicos de la accesoriedad sufren una modificación en virtud del §28, en la medida en que los §26 y 27 hacen depender la responsabilidad del partícipe del hecho principal, pues esta dependencia se rompe frente a la concurrencia de cualidades personales especiales en el ámbito de lo ilícito: las cualidades personales especiales agravantes, atenuantes o excluyentes de la pena solo deben ser consideradas para aquel en el cual concurren, de modo que deben ser descartadas del contexto de la accesoriedad(85)(86).

2. En España: Artículo 65 del CP(87)

La doctrina española mayoritaria(88) entiende que la expresa alusión a las circunstancias agravantes y atenuantes (del artículo 65 del CP español) debe interpretarse restringidamente como referida únicamente a las circunstancias contenidas, dentro de la Parte General, en los artículos 21 , 22, 23 del CP español, llamadas por el CP español como "circunstancias modificativas genéricas" de la responsabilidad penal, en sentido estricto; y no en sentido amplio, como si desplegara sus efectos a las circunstancias agravantes y atenuantes específicas(89) previstas en la Parte Especial, que determinan la aparición de un tipo cualificado (circunstancias agravantes) o privilegiado (circunstancias atenuantes)<90). De este modo, excluyen su aplicación para todos los demás supuestos contenidos en los delitos de la Parte Especial, sean constitutivos, esenciales, cualificados, res, accidentales, accesorios o como se les quiera llamar(91)(92).

Por otro lado, en la interpretación del precepto, la doctrina española mayoritariamente considera estéril pretender clasificar las circunstancias establecidas en los dos numerales del artículo 65 CP español según su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta: ni se puede decir que el párrafo primero establezca circunstancias subjetivas, ni que el párrafo segundo consagre circunstancias objetivas. No cabe pues identificar automáticamente unas y otras circunstancias con una supuesta naturaleza objetiva y subjetiva(93). Por lo mismo, no cabe identificar circunstancias objetivas con circunstancias personales, ni circunstancias subjetivas con circunstancias impersonales, ni menos vincularlas a las categorías de culpabilidad y antijuridicidad. Pues, como anota GONZÁLEZ CUSSAC(94): "Ni subjetivo es equivalente a personal, ni todo lo subjetivo y personal se refiere a la culpabilidad. Como tampoco es

equivalente objetivo e impersonal, ni toda referencia objetiva e impersonal va referida a la antijuridicidad". Para determinar su alcance (si son comunicables o no) fundamentalmente ha de tomarse en cuenta si talo cual circunstancia modificativa responde a un criterio personal o impersonal.

El antecedente legislativo inmediato del transcrito artículo 65 del CP español es el artículo 60 del CP español derogado de 1944. Respecto a este último el artículo 65 reproduce casi literalmente el mencionado artículo 60, manteniendo así inamovibles las reglas previstas para la comunicabilidad e incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal(95). De este modo, la interpretación del contenido literal emanado del precepto pervive en el siguiente sentido:

A. En el primer párrafo del artículo 65 CP español, se afirma la incomunicabilidad a los partícipes de las circunstancias personales, las cuales solo podrán ser apreciadas y aplicadas en aquellos en quienes concurren. Es decir, si una circunstancia personal concurre en el autor pero no en el partícipe, se le aplicará solo al autor. Del mismo modo, si una circunstancia personal concurre en el partícipe pero no en el autor, se le aplicará solo al partícipe(96). Desmenuzando el contenido del precepto, se puede decir que el primer párrafo contiene tres clases de relación personal:

a. Las circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente: Por "disposición moral del delincuente" se entiende la disposición de ánimo nacida de criterios morales, éticos, y por tanto intelectualizados, lo que al parecer excluiría los elementos emocionales(97). Debe pues constatarse la actitud interna o "la disposición de ánimo, entendida en sentido ético "como orientación interna de la razón y modo de pensar del hombre y no como sentimiento"(98). De acuerdo a lo anotado, pueden considerarse circunstancias que consisten en la "disposición moral del delincuente" las siguientes: La atenuante de la confesión sincera (artículo 24 numeral 4), la atenuante de la reparación o disminución del daño (artículo 21 numeral 5), la agravante del precio, recompensa o promesa (artículo 22 numeral 3), y la agravante fundada en móviles discriminatorios (artículo 22 numeral 4) del CP español(99).

b. Las circunstancias que consisten en relaciones particulares del culpable con el ofendido: Estas clases de circunstancias están referidas a un nexo o vínculo de cualquier naturaleza, permanente o no, pero objetivable, entre delincuente y víctima u ofendido, en cuanto personas físicas(100). Por ofendido debe entenderse el sujeto pasivo del delito, es decir, el titular del bien jurídico lesionado(101). En este sentido, pueden considerarse circunstancias que consisten en "relaciones particulares del culpable con el ofendido" las siguientes: la agravante del abuso de confianza (artículo 22 numeral 6), la circunstancia mixta del parentesco (que funciona a veces como agravante y a veces como atenuante) o análoga relación de afectividad (artículo 23) del CP español(102).

c. Las circunstancias que consisten en "otra causal personal": Según la doctrina penal española, la utilización de la frase "u otra causa personal" inmediatamente después de haber mencionado las circunstancias (agravantes

o atenuantes) que consisten en la disposición moral del delincuente y en sus relaciones particulares con el ofendido, debe entenderse como que estas dos últimas circunstancias tienen también carácter personal; argumento que se ve reforzado en el hecho de que es admisible la modificación de la responsabilidad penal "solo en aquellos en quienes concurren" (lógicamente, dichas circunstancias personales)(103). Se trata pues de una cláusula residual, en donde han de incluirse todas las demás circunstancias fundadas en una cualidad del sujeto activo. Según ello, pueden considerarse circunstancias incluidas dentro de esta cláusula las siguientes: la atenuante de actuar a causa de grave adicción a bebidas alcohólicas o drogas (artículo 21 numeral 2), la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional (artículo 21 numeral 3), la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (artículo 22 numeral 7), la agravante de reincidencia (artículo 22 numeral 8) del CP español. Adicionalmente agrega GONZÁLEZ CUSSAC(104) que cabe incluir dentro de estas circunstancias a "los menores de edad de 18 años, pero mayores de 16, en tanto no entre en vigor la ley que estipule la responsabilidad penal del menor (Disposición Derogatoria 1Q a)", así como a las eximentes incompletas y la atenuante analógica(105).

En consecuencia, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal incluidas en el primer párrafo del artículo 65 CP español producen el efecto de atenuar o agravar la pena solo de aquellos intervinientes (autores o partícipes) en quienes efectivamente concurren. En sentido contrario, no son comunicables (no agravan ni atenúan) a aquellos intervinientes (autores o partícipes) en quienes dichas circunstancias personales no se presenten(106).

Anota también GONZÁLEZ CUSSAC que en ocasiones no solamente la circunstancia personal debe concurrir en el interviniente, sino que también en ocasiones es necesario que este la conozca, "que tenga conocimiento de la parte objetivable de la misma". Así, por ejemplo, para que se comunique la circunstancia de parentesco o abuso de confianza a un interviniente, este debe tener conocimiento de ella, pues de proceder la comunicabilidad aun en caso de su desconocimiento, "nos deslizaríamos hacia una responsabilidad objetiva"(107).

B. En el segundo párrafo del artículo 65 CP español se afirma la comunicabilidad a todos los intervinientes de las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, siempre que conocieran los hechos que las fundamentan. Es decir, dichas circunstancias solo podrán modificar la responsabilidad penal del interviniente (autor o partícipe) si este tuvo conocimiento de su concurrencia en el momento de su acción o cooperación(108). A diferencia de las circunstancias contenida en el párrafo primero del artículo 65 CP español (circunstancias personales), en este se trata de circunstancias impersonales (materiales o ejecutivas).

Sin embargo, la doctrina española mayoritaria ha reparado en que ambos supuestos de circunstancias contenidas en el párrafo en análisis (tanto las que consisten en la ejecución material del hecho como en los medios empleados para realizarla) pueden reducirse a una sola atendiendo a la modalidad ejecutiva que ambas expresan, es decir, reconducirlas un criterio común: a la

forma de realización del hecho típico. Por ello se afirma que, atendiendo a la modalidad ejecutiva, este párrafo únicamente puede estar referido a circunstancias de efecto agravante y nunca atenuante (pues atendiendo a las formas de ejecución del hecho y/o a los medios empleados en ella, la responsabilidad penal solo puede agravarse).

No puede admitirse, por ejemplo, la atenuación de la pena establecida por haber cometido el delito con un medio menos lesivo o de una forma menos reprochable;

v.gr. un homicidio no puede ser atenuado en la pena por haber sido realizado con una navaja o sin alevosía. Por lo tanto, en verdad, estas circunstancias no sirven "para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas" (como señala literalmente el precepto en comentario), sino sirven solo "para agravar -y no para atenuar- la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas".

Otro rasgo destacable de las circunstancias impersonales contenidas en el párrafo segundo del artículo 65 CP español es que, como expresamente exige el precepto, el interviniente (autor o partícipe) debe haber tenido conocimiento de ellas (de su concurrencia) al momento de la acción o de su cooperación para el delito". La doctrina penal española se plantea el problema de cómo ha de interpretarse el que la modificación de la responsabilidad penal, regulada en este párrafo, se admita únicamente en quienes "hayan tenido conocimiento" de las circunstancias (al momento de la acción o de su cooperación para el delito). Partiendo de una interpretación teleológica del precepto y sobre la base del principio de culpabilidad, la doctrina penal mayoritaria en España -y también la jurisprudencia- considera que para extender las circunstancias impersonales a otros intervinientes (autores o partícipes) no basta solo el "conocimiento" (elemento cognoscitivo) de que esta iba a emplearse, sino que es necesaria también la voluntad (elemento volitivo) de dicho interviniente (autor o partícipe) en su utilización(109). En este sentido se pronuncia, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, quien opina que el sujeto que realiza la conducta no solo debe de conocer la circunstancia y su concurrencia, sino también quererla; "se requiere voluntad de emplear ese determinado medio comisivo"(110). La misma tendencia a exigir un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo se desprende de la jurisprudencia mayoritaria española, la cual exige para extender las circunstancias impersonales a otros intervinientes "el conocimiento y la aceptación de la circunstancia"(111).

De ahí que puedan considerarse circunstancias que consisten en la "ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla" las siguientes agravantes: la agravante de alevosía (artículo 22 numeral 1), la agravante de disfraz, abuso de superioridad y aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo y auxilio de otras personas (artículo 22 numeral 2), y la agravante consistente en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima (artículo 22 numeral 5) del CP español.

En consecuencia, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal incluidas en el segundo párrafo del artículo 65 CP español producen el efecto de agravar la pena: a) A aquellos intervinientes (autores o partícipes) que efectivamente realizan (con conocimiento y voluntad) la conducta integrante de

la correspondiente circunstancia impersonal, y b) A aquellos intervinientes (autores o partícipes) que, sin haber realizado la conducta integrante de la correspondiente circunstancia impersonal, han tenido conocimiento de las mismas en el momento de su intervención (de la acción o de su cooperación). En sentido contrario, no son comunicables (no agravan la responsabilidad penal) a aquellos intervinientes que desconozcan la circunstancia impersonal y su concurrencia en el momento de su intervención(112).

DOCTRINA

BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 4ª edición.

Madrid, 1997. BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS, Luis. "Código Penal comentado". San Marcos. 2ª edición. Lima, 1998. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen 1. Madrid, 1997. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo blanch. Valencia, 1999. CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, 1994. ESER, Albin y BURKHARDT, Bjorn. "Derecho Penal". Traducción de Bacigalupo y Cancio Meliá. Colex. Madrid, 1995. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, 1996. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. JAKOBS, Günther.

"Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal.

Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, en "Comentarios al Código Penal". Cobo del Rosal (Director). Tomo 111. Madrid, 2000. LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen. "La complicidad en el delito". Valencia, 1997. MAURACH, Reinhardt y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Bofill Genzsch. Buenos Aires, 1994. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, en Comentarios al Código Penal (Director: Cobo del Rosal), Madrid, 2000. MUNOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal.

Parte General", Valencia, 1996. OLMEDO CARDENETE, Miguel, en "Comentarios al Código Penal". Tomo 111. Cobo del Rosal (Director). Madrid, 2000. PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima, 1995. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "La participación en el delito y el principio de accesoriedad". Madrid, 1990. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en "Comentarios al Nuevo Código Penal" (Director: Quintero Olivares). Navarra, 1996. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Barcelona, 1972. ROXIN, Claus. "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1998. STRATENWERTH, Günter. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. VALLE MUÑIZ, José Manuel, en Comentarios al Nuevo Código Penal (Director: Quintero Olivares). Navarra, 1996. VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal. Parte

General". San Marcos. Lima, 2001. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. VIVES ANTÓN, Tomás, en "Comentarios al Código Penal de 1995". Tirant lo blach. Valencia, 1996. WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo IV. Buenos Aires, 1982.

JURISPRUDENCIA

"Teniendo en cuenta que la acusada era esposa del agraviado su conducta configura el delito de parricidio, mientras que la conducta de su coacusado configura homicidio simple",

(Ejecutoría Suprema 0911007. Exp. ~97. Ayacucho).

"La responsabilidad y la pena deben considerarse sobre la base del principio de igualdad ante la ley, cuando los procesados han compartido el mismo protagonismo delictual, cometiendo conjuntamente el hecho punible, pero las circunstancias que afecten la responsabilidad de algunos autores y partícipes, no modifica la del otro coautor".

(Ejecutoria Suprema 14104/99. Exp. 1~99. Lima. "Revista Peruana de Jurisprudencia". Año // . N° 3. Pág. 273. §121).

(1) Vide ROXIN, Claus. "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, 1998. Pág. 585; WELZEL, Hans. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970. Pág. 145.

(2) Vide RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Barcelona, 1972. Págs. 803 y sgtes.;

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, en "Comentarios al Código Penal". Cobo del Rosal (Director). Tomo 111.

Madrid, 2000. Págs. 134 y sgtes. y 142. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y Cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966. Págs. 222 y sgtes.; OLMEDO CARDENETE, Miguel, en "Comentarios al Código Penal".

Tomo 111. Cobo del Rosal (Director). Madrid, 2000. Pág. 244. También MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal.

Parte General". Reppertor. 5ª edición. Barcelona, 1998. Págs. 375 y sgtes.; VIVES ANTÓN, Tomás, en "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, 1996. Pág. 283; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Págs. 749 y sgtes. También ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 585; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de

Bofill Genzsch. Buenos Aires, 1994. Págs. 344 y sgtes. y 367; JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid, 1995. Págs. 745 y 761,

críticamente pág. 802; STRATENWERTH, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Gladys Romero. Edersa. Madrid, 1982. Pág. 247.

(3) Cfr. HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Eddili. 2ª edición. Lima, 1987. Pág.

515: autores son "ejecutores del hecho delictuoso principal" y partícipes "ejecutores de ayuda o cooperación a la comisión del hecho principal", págs. 535 y 542.

(4) Tal como anota MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 435 y sgtes. y 452: "iflducción es la motivación dolosa de otro al hecho de cometer intencional mente un delito", y "complicidad es la cooperación dolosa en un hecho punible cometido dolosamente por otro"; STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 267.

(5) Vide HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 548; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 320; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT -ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Págs. 222 y sgte.

(6) Esta subclasificación evidencia el reconocimiento de los diversos grados de contribución que puede prestar un cómplice a un hecho principal, de su diversa valoración o relevancia jurídico-penal como aportes objetivos (con repercusiones en la pena). Vide reconociendo dos formas de complicidad, necesaria y no necesaria, en el CP español, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 758. Asimila la cooperación necesaria a la complicidad primaria, y la complicidad simple a la complicidad secundaria, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Cuzco. Lima, 1990. Pág. 234.

(7) Ello, claro está, permanece al margen v.gr. de la concurrencia de causales que afecten la culpabilidad individual de cada interviniente (v.gr. inductor imputable y autor imputable relativo) o la determinación de la pena (inductor con reprobables móviles y autor con móviles atenuantes, según el artículo 46, inciso 6).

(8) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 810; cfr., sin embargo, PEÑA CABRERA, Raúl. Pág. 319; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 233.

(9) En el CP peruano podría considerarse la posibilidad de instaurar una atenuación de la pena al menos facultativa en la complicidad primaria; para la secundaria podría mantenerse su obligatoria atenuación respecto a la pena del autor, o modificarla por una facultativa atenuación respecto a la del cómplice primario.

(10) Cfr. a favor BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal. Parte General". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Pág. 355; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 746 y sgtes.; GIMBERNAT ORDEG, Enrique. Op. Gil. Pág. 217; también RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Gil. Págs. 802 y 812; vide, sin embargo, PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Gil. Pág. 315; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 195.

(11) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 358; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 285, 293 y 310.

(12) Vide MIR PUIG, Santiago. Op. Gil. Pág. 63.

(13) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Gil. Pág. 310; HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 520;

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 191.

(14) Vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 257; JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Págs. 589 y sgte.

(15) Vide MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 293. Por el contrario, el DP peruano se aleja marcadamente de una concepción unitaria de autor (cfr. ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 487; vide RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cil. Págs. 795 y sgtes.; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 734;

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Págs. 124 y 130; ampliamente LÓPEZ PEREGRÍN, M^a Carmen. "La complicidad en el delito". Valencia, 1997. Págs. 29 y sgtes., 56; cfr. en el Perú, asumiendo una concepción diferenciadora, PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 297 Y 299; HURTADO POZO, José. Op. Cil. Págs.

514 y sgte.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 193; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 311;

BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 213, como de una concepción extensiva de autor (vide con detalle COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Págs. 735 y sgtes., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 124; cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 721, vide PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 299; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 193; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 312).

(16) Como se sabe, el concepto de accesoriedad está representado por una relación de dependencia del partícipe con respecto al autor, la cual se traduce en un conjunto de exigencias que ha de cumplir el hecho principal para que pueda derivarse responsabilidad penal para el partícipe (Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil.

Pág. 411). Se exige: a) Una accesoriedad cualitativa, respecto a los elementos del delito que debe reunir el hecho principal para convertirse en objeto de referencia idóneo para las conductas de participación: conducta típica y antijurídica; b) Una accesoriedad cuantitativa, con relación al grado de desarrollo que ha de alcanzar dentro del iter criminis el hecho principal para que sea punible la acción del partícipe: tentativa; c) Se exige que la conducta hay sido realizada con dolo, en un doble sentido: que solo se admite la participación dolosa en un hecho principal doloso; y, por último, d) Que en los delitos especiales el autor del delito sea un intraneus (cfr.

LÓPEZ PEREGRÍN, M^a Carmen. Op. Cil. Págs. 59 y sgtes.). De estas cuatro exigencias, a continuación se incidirán en las dos primeras.

(17) Vide ROXIN, Claus. Op. Cil. Pág. 568; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 400 y sgtes. Cfr.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 733: "El injusto típico no puede imputarse al partícipe si no se imputa previamente al autor"; 754 y sgtes., PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "La participación en el delito y el principio de accesoriedad". Madrid, 1990. Pág. 230: "En tanto que el partícipe solo toma parte en el delito de otro, la existencia de este es condición necesaria para la responsabilidad de aquel... donde no hay autoría no hay tampoco una participación punible", con referencias; PEÑA CABRERA. Op. Cil. Pág. 316.

(18) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 450: "La participación es accesorio, la autoría principal"; COBO DEL

ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 748: "La autoría es el concepto primario del concurso de personas en el delito, siendo la calificación de partícipe residual y subsidiaria".

(19) Vide MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 400; cfr. HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 557.

(20) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en "Comentarios al Nuevo Código Penal" (Director: Quintero Olivares).

Navarra, 1996. Pág. 302.

(21) Vide COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 578; PEÑARANDA RAMOS, Enrique.

Op. Cil. Pág. 230: "las conductas de participación por sí solas consideradas equivalen, objetiva y subjetivamente, a meros actos preparatorios y son, al igual que estos, jurídico-penalmente irrelevantes, en tanto el legislador no los convierta, excepcionalmente, en delicta sui generis", con referencias.

(22) Vide COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 733, con referencias.

(23) Vide QUINTERO OLIVARES, Enrique. Op. Cil. Pág. 303, VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 284.

(24) Cfr. ampliamente OLMEDO CARDENETE, Miguel. Op. Cil. Pág. 284.

(25) Vide BACIGALUPO, Enrique. Pág. 379; OLMEDO CARDENETE, Miguel. Op. Cil. Pág. 379; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 754; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 165; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 317.

(26) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 457; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 755; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Op. Cil. Pág. 337; LÓPEZ PEREGRÍN, M' Carmen. Op. Cil. Pág. 71. Cfr. ampliamente STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 261; en la doctrina nacional, vide BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 221; HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 560; PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 298 Y 317; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Pág. 219; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 328.

(27) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, 1996. Pág. 384.

(28) Vide ampliamente MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Págs. 482 y sgtes.; JAKOBS, Günther. Op. Cil.

Pág. 799, con referencias, ampliamente sobre el error, vide pág. 800.

(29) En terminología empleada por MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 395.

(30) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 458: "La culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito e incluso faltar en alguno de ellos";

BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 380 Y sgtes.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cil. Pág. 165.

(31) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cil. Pág. 448; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cil. Págs. 220, 232; VILLA STEIN, Javier. Op. Cil. Pág. 328; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONTARIAS TORRES, Luis. Op. Cil. Pág. 220.

(32) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Págs. 403 y 411.

(33) Vide LÓPEZ PEREGRÍN, M' del Carmen. Op. Cil. Pág. 61, con referencias.

(34) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Pág. 94; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 856.

(35) Cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 262.

(36) De la expresa alusión a la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades entre "autores y partícipes", a que hace referencia el artículo 26, cabe ya extraerse el ámbito de relaciones personales que dicho precepto comprende, que, como se ve, es más extenso que el que abarca el principio de accesoriedad (que únicamente incluye la accesoriedad de los partícipes con respecto al autor). Así, según el artículo 26, no solamente son incomunicables las circunstancias y cualidades de un autor a un partícipe y de un partícipe a un autor, sino también de un partícipe a otro (presuponiendo que exista un autor principal) como de un autor a otro (coautoría).

(37) A mi parecer, clasificar las circunstancias y cualidades a que se refiere el artículo 26 únicamente resulta viable si se toma en cuenta su naturaleza personal o impersonal. Resulta confusa y hasta equívoca, en cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la sub clasificación entre circunstancias personales referidas al autor y circunstancias personales referidas al hecho (dominante en la doctrina alemana), como aquella que repara en su carácter objetivo, subjetivo o mixto (vide STRATENWERTH, Günther. Op. Cil. Pág. 278). Para determinar si una circunstancia es comunicable o no fundamentalmente ha de tomarse en cuenta si, siendo modificativa o excluyente, responde a un criterio personal o impersonal (similar a la posición dominante en el DP español).

Para el DP peruano, y por regla general, una circunstancia personal ha de ser aquella que no puede ser transmitida de los intervinientes en que (personalmente) concurren hacia aquellos en quienes no se presente individualmente, pudiendo agravar, atenuar o excluir la responsabilidad penal (dentro de la estructura delictiva produce el rompimiento del título de la imputación), mientras que una circunstancia impersonal principalmente atiende a la forma de realización del delito, por lo que se comunica a todos los que conozcan su concurrencia en el hecho, y únicamente puede agravar la responsabilidad penal (dentro de la estructura delictiva no afectan el título de la imputación), v.gr. las calificaciones del hurto y robo agravados que se refieren al modo de ejecución del delito. Ejemplo 1: Si X (un extraño) induce al hijo para que mate a su padre, X responderá como inductor de homicidio y no de parricidio: la circunstancia personal agravante no se comunica del autor al partícipe. Ejemplo 2: Si A coopera en el robo que perpetra B portando un arma de fuego, ambos intervinientes responderán por el delito de robo agravado: la circunstancia impersonal agravante sí se comunica del autor al partícipe.

(38) Debiendo entenderse como tales "nominalmente" solo a las consideraciones específicas establecidas en los artículos 45, 46 Y 46 A (vide, en sentido estricto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hemán.

"Lecciones de Derecho Penal". Volumen 1. Madrid, 1997. Pág. 195).

(39) En la doctrina nacional, algunos autores la han interpretado como alusiva a la "penalidad" (que puede ser excluida por la ausencia o concurrencia de determinados presupuestos extra delictuales) o a la "culpabilidad" como juicio de reproche individual al autor o partícipe. Así, considera que solo han de incluirse dentro del actual artículo 26 las circunstancias personales que afectan la penalidad y la culpabilidad, PEÑA CABRERA, Raúl. Op.

Cil. Págs. 321 y sgtes., quien agrega: "Creemos que las distinciones legislativas respecto de las circunstancias y cualidades personales resultan, hoy en día, superfluas". Empero, tal restricción solo estaba justificada en el CP derogado, el cual en su artículo 104 expresamente se refería a la incomunicabilidad de las "circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad" entre autores y partícipes, referencia normativa que, por algo, ha sido eliminada convenientemente del actual artículo 26 (en esa dirección, según la regulación derogada, vide HURTADO POZO, José. Op. Cil. Pág. 561); conf., en la doctrina argentina, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo IV. Buenos Aires, 1982. Pág. 379, Y CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte General". Buenos Aires, 1994. Pág. 418: "el artículo 48 CP (argentino) solo regula las condiciones que se refieren a la culpabilidad, peligrosidad y causas personales de exclusión de la pena"). Si esto fuera así el artículo 26 únicamente serviría para recordarnos algo que en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad y de accesoriedad limitada de la participación es evidente e indiscutible: que las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y/o la penalidad de algunos autores o partícipes nunca son comunicables a otros autores o partícipes, sino que han de valorarse individualmente (por lo que v.gr. los presupuestos de punibilidad y las causas de inculpabilidad de un interviniente no tienen por qué modificar la propia penalidad y culpabilidad de otro). De ahí que, a mi parecer, ambos planteamientos resultan erróneos, pues implicarían, aparte de empobrecer o desnaturalizar la comprensión teleológica de su contenido, descartar desde un inicio la posibilidad de que el artículo 26 pueda cumplir la función de regular la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales en el ámbito del injusto, al interpretarlo no como una necesaria flexibilización del principio de accesoriedad limitada, sino como una defensa de la adhesión del DP peruano a un principio de accesoriedad limitada rígido, absoluto y sin excepciones, donde el injusto del autor en nada se diferenciaría del injusto del partícipe a efectos de determinar los títulos de imputación; o como una plasmación positiva (innecesaria) del principio de culpabilidad en la esfera específica de la autoría y participación. En efecto, la consecuencia más reprochable de estas interpretaciones es el dejar en un vacío normativo los supuestos de comunicabilidad e incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales que afectan al injusto típico, que es el ámbito de donde surgen los más complejos problemas de ruptura o mantenimiento del título de la imputación. Solo por mencionar dos ejemplos, interpretar la "responsabilidad" como culpabilidad o penalidad no puede resolver la problemática atinente a la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas en los delitos especiales impropios, y la relativa a la responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales propios. Por defecto, queriendo llenar dichas lagunas, el problema de la incomunicabilidad se suele trasladar también al ámbito de los criterios de determinación e individualización judicial de la pena, con la consecuente no ruptura del título de la imputación en ningún caso (efecto, por demás, censurable en nuestro ordenamiento jurídico-penal).

(40) Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. Op. Cil. Pág. 321.

(41) Vide COBA DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 578; PEÑARANDA RAMOS, Enrique Op. Cil. Pág. 230.

(42) Ejemplo 1: Si X coopera en el delito de interceptación telefónica realizado por un funcionario público, X habría de responder como partícipe según el artículo 162, párrafo segundo, y no según el párrafo primero. Ejemplo 2: Si X induce a un hijo para que mate a su padre, X respondería como inductor de parricidio (a pesar de no tener ningún vínculo de parentesco con la víctima) y no de homicidio. Ejemplo 3: X proporciona las armas que Y va a utilizar para matar a Z. y mata a Z con gran crueldad y realizando una conducta capaz de poner en peligro la vida de otras personas (asesinato). En este caso, según una regulación rígida del principio de accesoriedad, X respondería (por las agravantes mencionadas) como partícipe de asesinato y no de homicidio.

(43) Ciertamente, a pesar de las críticas anotadas, como se verá luego, ha de considerarse defendible también una tesis que sustente (subsidiariamente) la inclusión de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad (especialmente las circunstancias altamente personales del tipo de culpabilidad) -e incluso de los presupuestos de punibilidad- dentro del artículo 26. Ello obedece a la criticable amplitud e imprecisión terminológica con la que ha sido redactado tal precepto, a su poca especificidad. Incluso acaso resulte defendible también la inserción en el artículo 26 de los criterios de determinación e individualización de la pena de los artículos 45, 46 Y 46 A. Sin embargo, conforme al punto de partida anotado, debe repararse en un hecho incuestionable: la aceptación del principio de accesoriedad limitada de la participación (al hecho antijurídico del autor) únicamente plantea dudas sobre la comunicabilidad o no de las circunstancias y cualidades personales que afectan el injusto de un autor o partícipe, y no sobre la comunicabilidad de las que se encuentran más allá del injusto (culpabilidad, punibilidad y determinación e individualización de la pena).

(44) Para evitar inseguridad jurídica, nuestro CP necesita con urgencia regular expresamente esta constelación de supuestos, v.gr. agregando una cláusula al artículo 26 de contenido similar al del artículo 28, párrafo primero, del CP alemán (vide nota nº 86), de modo tal que; por ejemplo, el inductor o cómplice extraneus de un delito especial propio pueda ser sancionado inequívocamente como partícipe (inductor o cómplice) de ese delito, pero con una pena atenuada. Ambos efectos: la determinación de una persona no cualificada como partícipe en un delito especial propio, pero sobre todo la necesaria atenuación de su pena respecto al autor cualificado, son consecuencias que pueden o no considerarse derivaciones legítimas del tenor literal evanescente del artículo 26. En su regulación actual, se corre el peligro de que la vaguedad del precepto origine la invocación de la impunidad de estos partícipes extraneus, v.gr. el que la calidad de funcionario en numerosos delitos de nuestro CP sea una circunstancia especial de la autoría fundamentadora del injusto puede ser el hilo conductor para alegar la impunidad del partícipe que no posee el elemento especial cualificador.

(45) Ejemplo 1: La calidad de pariente en el parricidio no es una circunstancia fundamentadora del ilícito, puesto que si en determinado caso faltare ella, la conducta seguiría siendo punible como homicidio simple. Ejemplo 2: La calidad de funcionario en el prevaricato, en cambio, sí es una circunstancia fundamentadora del ilícito especial propio, puesto que si faltare ella en el autor, la conducta sería impune. Lo mismo se puede decir de la calidad de abogado o mandatario judicial en el artículo 421 .

(47) Según esta opinión, únicamente entraría dentro del artículo 26 la incommunicabilidad de las circunstancias y cualidades que agravan y atenúan el injusto, pero no la incommunicabilidad de las circunstancias y cualidades que excluyen el injusto. Ejemplo 1: X induce a B a que dispare con su arma a un arbusto, dentro del que impredeciblemente (para ambos) dormía un vagabundo. En este caso, el error de tipo invencible en que actuó B excluye la tipicidad del homicidio, exclusión que (en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación) sí se comunica a X (ambos son impunes por homicidio: no habiendo injusto de autor no hay injusto de partícipe). Entonces, tenemos que si el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo (error de tipo) es una circunstancia personal que excluye la tipicidad de la conducta; al contrario, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo es elemento que funda la tipicidad de la conducta. Por lo tanto, la circunstancia de actuar en error de tipo sí es comunicable del autor al partícipe (la ausencia de error de tipo es una circunstancia personal que fundamenta la tipicidad de la conducta). Ejemplo 2: X colabora en la legítima defensa que ejerce B contra e, quien resulta justificadamente lesionado. En este caso, la legítima defensa en que actuó B excluye la antijuridicidad de las lesiones, exclusión que (en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación) sí se comunica a X (ambos son impunes por lesiones: no habiendo injusto de autor no hay injusto de partícipe). Entonces, tenemos que si el actuar incurso en una causa de justificación (la legítima defensa) es una circunstancia personal que excluye la antijuridicidad de la conducta, al contrario, la ausencia de causas de justificación es un elemento que fundamenta la antijuridicidad de la conducta. Por lo tanto, la circunstancia de actuar incurso en una causa de justificación sí es comunicable del autor al partícipe (la ausencia de causas de justificación al actuar es una circunstancia personal que fundamenta la antijuridicidad de la conducta).

(48) Ejemplo 1: Con objeto de un incendio en la casa de Z, A coopera con B en la destrucción de la puerta de entrada. A participa en la destrucción de la puerta para ingresar a la casa y salvar a un menor que pide auxilio; B (quien es enemigo de Z) destruye la puerta a fin de que los transeúntes hurten los bienes del inmueble. En este caso, A es impune por actuar en estado de necesidad justificante, causal que excluye la antijuridicidad de su conducta; mientras que B responderá como autor del delito de daños: la causal de exclusión del injusto no es comunicable del partícipe A hacia el autor B. Ejemplo 2: Un policía encubierto colabora con X en la compra de droga. Aquí el policía es impune por actuar incurso en una causal que excluye el injusto de su conducta; mientras que X responderá como autor de T.I.D.: la causal de exclusión del injusto no es comunicable de uno a otro.

(49) En rigor, quien realiza una conducta ex ante no peligrosa no comienza a ejecutar delito alguno; tal conducta es alíptica, por lo que ni siquiera cabe denominarla tentativa delictiva.

(50) Para el artículo 20 inciso 8, vide BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. Cil. Pág.

146; para el artículo 20 inciso 10, vide BACIGALUPO, Enrique. Op. Cil. Pág. 201: El consentimiento excluye la tipicidad de la conducta (a nivel de imputación objetiva).

(51) De esta interpretación restrictiva evidentemente no debe inferirse que las circunstancias y cualidades que agravan, atenúan o excluyen la culpabilidad y

las que excluyen la punibilidad se transmitan entre autores y partícipes, pues estas, como se ha anotado, también son siempre incommunicables, pero como consecuencia directa de otros fundamentos (principio de culpabilidad, principio de accesoriedad limitada, etc.) no contenidos, a mi parecer, primariamente, sino 5010 en una interpretación extensiva del artículo 26.

(52) Incluso parte de la doctrina interpreta el término "responsabilidad", a que se refiere el artículo 26, como alusiva a la categoría de culpabilidad personal (vide nota N° 135). Pero ello era solo viable en el CP de 1924, que regulaba expresamente en su artículo 104 CP la incommunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales que afectaban la culpabilidad de los autores y partícipes.

(53) Ejemplo 1: Si el señor A induce a B (mayor de edad) y a C (menor de edad) a cometer un hurto, el único exento de responsabilidad penal es C: la circunstancia de inimputabilidad (menor de edad) únicamente ha de ser contemplada en quien concurre, la culpabilidad (inimputabilidad) es personal e incommunicable. Ejemplo 2: Si un enfermo mental coopera en el hurto que realiza el señor X, solo aquel estará exento de pena mientras este responderá como autor de hurto. Ejemplo 3 (en algunos casos de causales de exculpación no se llega siempre a resultados satisfactorios): El partícipe X del autor Y que mata a Z en estado de necesidad exculpante puede ser punible como inductor o cómplice del delito de homicidio doloso, mientras que el autor Y es impune según el artículo 20, inciso 5 (pero si en vez de participar X hubiese, él mismo, matado a Z hubiera podido resultar impune, pues la eximente se extiende a terceros estrechamente vinculados; cfr. ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 173).

(54) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 537.

(55) Ejemplo 1: Quien induce o coopera en el infanticidio que comete una madre en estado puerperal, responderá como partícipe de homicidio no de infanticidio (ni de asesinato): la circunstancia perteneciente al tipo de culpabilidad no se comunica de la madre al extraño. Ejemplo 2: Si C y D en coautoría inducen a E a que se suicide y 5010 C posee móviles egoístas (v.gr. el interés de una herencia), esta persona responderá por el delito de instigación al suicidio en su forma agravada, y aquélla en su forma simple: la circunstancia perteneciente al tipo de culpabilidad no se comunica de un autor a otro.

(56) Vide WELZEL. Op. Cit. Pág. 92: CEREZO MIR, José, notas a la traducción de "El Nuevo Sistema del Derecho Penal" de WELZEL, Barcelona, 1964. Pág. 68, nota N° 17.

(57) Cfr. MAURAGH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cit. Pág. 500; distintos, v.gr. JAKOBS, Günther. Op. Cit. Pág. 415 (respecto al desistimiento de la tentativa); MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 116 (respecto a las condiciones objetivas de punibilidad).

(58) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 115.

(59) Vide, por ejemplo, en nuestro GP, los artículos 18, 19, 178, 208, 299, 351, 406, etc.

(60) Ejemplo 1: A y B, inducidos por X, cometen un delito de hurto a G, pero como G es madre de A, la conducta de este no es reprimible al encontrarse incurso dentro de la excusa absolutoria del artículo 208; en cambio B y X responderán como autor e inductor del delito de hurto, respectivamente: la excusa absolutoria es una circunstancia personal y no se comunica de A a B ni de A a X. Ejemplo 2: Si de los diversos intervinientes que comienzan a ejecutar un delito, uno se desiste voluntaria y activamente en el sentido del artículo 19,

la tentativa de este no es punible; en cambio, si son punibles las conductas de los demás intervinientes: el desistimiento de la tentativa (como causa de supresión de la pena) es una circunstancia personal e incommunicable.

(61) Toda realización delictiva plural (autoría y participación) exige la determinación precisa del injusto típico cometido por cada interviniente; ni siquiera la concurrencia de circunstancias eximentes en otros niveles la prescinden. De ahí que no pueda rebatirse el planteamiento anotado (la incommunicabilidad de las circunstancias que afectan el injusto como contenido primario del artículo 26, frente a la subsidiariedad de la incommunicabilidad de las circunstancias que afectan la culpabilidad y de los presupuestos de punibilidad) con el ligero argumento de que si al final de cuentas (en aquellos casos en que concurre una circunstancia que afecte la culpabilidad o la punibilidad) el autor o participe resultó impune, resulta superfluo establecer el título de la imputación y la calificación del ilícito que se cometió (recuérdese que las circunstancias que afectan la culpabilidad pueden tener además de un efecto excluyente, uno agravante y atenuante de la responsabilidad penal, a determinarse).

Ejemplo 1: Un enfermo mental o un menor de edad (extraneos ambos) inducen a un padre a que mate a su hijo.

En este caso, antes de eximir de pena al enfermo mental o menor de edad como inductor del delito, es preciso determinar el delito por el que se le exime (homicidio o parricidio). Ejemplo 2: Un padre induce al funcionario a sustraer a su hijo de la persecución penal. En este caso, la declaración de exención de pena al padre (en virtud de la excusa absolutoria del artículo 406) no puede relevar la determinación del delito por el que se le exime (el del artículo 404 párrafo primero o el del párrafo tercero).

(62) También afectan su clase y forma de ejecución (cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cit. Pág. 785). Así, por ejemplo, en el artículo 46, la reparación del daño y la confesión sincera (cfr. artículo 136 del C de PP) son consideraciones externas al delito (relacionadas a los fines de la pena); los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos o la extensión del daño pueden encarecer el injusto penal, pero no impedir su existencia o excluirlo.

(63) Ejemplo 1: Las carencias sociales de un partícipe (artículo 45, inciso 1) en un delito de hurto pueden llegar a determinar cierta atenuación de su responsabilidad penal, sin que dicha circunstancia, por incommunicable, tenga por qué afectar la de los otros intervinientes en el delito. Ejemplo 2: Si una niñera y un tercero extraño lesionan corporalmente al menor de edad que la primera tenía bajo su cuidado, la importancia de los deberes infringidos (artículo 46, inciso 3: deber especial de protección y cuidado), como circunstancia personal e incommunicable, deberá determinar la agravación de la pena de la niñera, respecto a la del extraño a quien no le afecta por no concurrir en él. Ejemplo 3: Si dos personas intervienen en un delito de apropiación ilícita, y una de ellas, movida por el arrepentimiento, restituye al agraviado el valor de lo apropiado (artículo 46, inciso 9: reparación espontánea del daño) o confiesa sinceramente ante las autoridades su intervención en el delito antes de haber sido descubierta (artículo 46, inciso 10: confesión sincera), ello determinará probablemente una atenuación de la pena de quien así actuó, sin que dicha circunstancia, por incommunicable, afecte de modo alguno la responsabilidad penal del otro interviniente.

(64) Asimismo, se puede mencionar que es doctrina absolutamente dominante en España entender que las reglas de incommunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes en el DP español, establecidas en el artículo 65 (paralelo del artículo 26 del CP peruano), despliegan sus efectos únicamente respecto a las circunstancias que agravan y atenúan la responsabilidad penal (agravantes y atenuantes genéricas) contenidas en los artículos 21 y 22, entre las que se puede apreciar, por ejemplo, la confesión sincera, la reparación por el daño causado por el delito, entre otras.

(65) En ese sentido, de lege lata su incommunicabilidad se deriva también tácitamente de sus específicas regulaciones (v.gr. las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres o los deberes infringidos y los móviles solo deben ser estimados en la persona de quien concurren y no en otras; el juez debe tomar conocimiento directo del agente).

(66) Por ejemplo, el partícipe en un parricidio respondería siempre por el artículo 107, por regla general con una pena privativa de libertad no menor de 15 años, tenga o no tenga vínculo de parentesco con la víctima. Solo dentro de ese margen, el juez ha de determinar e individualizar la pena para cada caso según los artículos 45, 46 Y 46 A, siempre y cuando la circunstancia que se valore para tal fin no sea específicamente constitutiva del delito o modificatoria de la responsabilidad penal (videv.gr. excepción de la confesión sincera según el artículo 136 del C de PP: "límites inferiores al mínimo legal").

(67) Por otro lado, sustentar la inclusión de estos criterios en el artículo 26 (a manera del modelo español) tiene el inconveniente (adicional a los ya mencionados) de que el artículo 26 se encuentra entre los preceptos generales reguladores del hecho punible (Título 11: Del hecho punible, Capítulo IV: Autoría y participación) y no entre las reglas de aplicación de la pena (Título 11: De las penas, Capítulo 11: Aplicación de la pena), como sucede, por ejemplo en el CP español, por lo que de dicha ubicación sistemática se podría inferir que el artículo 26 no ha sido previsto para regular la incommunicabilidad de tales criterios, que obedece a otras razones. Por otro lado, de que primariamente se incluyan en el artículo 26 las circunstancias personales que afectan el injusto y no las preceptuadas en los artículos 45, 46 Y 46 A, no se debe deducir que estos no tomen nunca en consideración la valoración de una mayor entidad del injusto en la concreta conducta del interviniente para la individualización de su pena; ello sucede sin duda v.gr. en la valoración de los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o peligro causados, etc.

(68) Como en los casos anteriores, no puede rebatirse este planteamiento (la incommunicabilidad de las circunstancias que afectan el injusto como contenido primario del artículo 26, frente a la subsidiariedad de la incommunicabilidad de los criterios de determinación e individualización judicial de la pena) con el argumento de que si al final de cuentas la pena del autor o partícipe va a ser modificada (agravada o atenuada) por el juez según los artículos 45, 46 Y 46 A, decae en utilidad establecer el título de la imputación y la calificación del delito que se cometió. Ejemplo: Un hijo induce a un extraneus a que mate a su padre. En este caso, antes de la labor de determinación e individualización de la pena por parte del juez sobre la conducta del hijo inductor, es preciso determinar el injusto (de parricidio u homicidio) -y su marco penal- que ha realizado, que va a ser objeto de valoración respecto a la concurrencia o no de las circunstancias de los artículos 45, 46 Y 46 A.

(69) El §28 StGB, prescribe: "Elementos personales especiales. 1.- Si no concurren en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales (§14, párrafo primero) que fundamentan la punibilidad del autor, su pena ha de atenuarse conforme al §49, párrafo primero. 2.- Si la Ley determina que ciertos elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, ello tan solo rige respecto de aquel interviniente (autor o partícipe) en quien concurren". El §49, párrafo primero del StGB hace referencias a las especiales causas legales de atenuación de la pena cuando esta sea preceptiva o facultativa; vide traducción de Cancio Meliá en ESER, Albin y BURKHARDT, BjOrn. "Derecho Penal". Colex. Madrid, 1995. Págs. 406, 408.

(70) El §14 del StGB establece que son aplicables excepcionalmente las disposiciones que tomen como referencia para la fundamentación de la punibilidad elementos personales especiales (cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales), en aquellos casos en los que esos elementos no concurren en determinados sujetos, pero estos actúan como representantes o mandatarios de otros en quienes se están presentes; cfr. traducción de Cancio Meliá en ESER, Albin y BURKHARDT, BjOrn. Pág. 404; vide ampliamente sobre la interpretación de este precepto JAKOBS, Günther. Op. Cil. Págs. 724 y sgtes.

(71) Asr, MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 501; JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 599; en contra JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 823.

(72) Cfr. JESCHECK, Hans. Op. Cil. Pág. 599. En otro sentido, JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 821, distingue entre elementos plenamente accesorios, elementos limitadamente accesorios y elementos no accesorios (personalsímos), en especial vide pág. 823: "La distinción entre elementos referidos al hecho o autor es inútil para el concepto de injusto que vincula los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento y en ocasiones asimismo las posiciones especiales de deber. Asr, las distinciones de esta solución reflejan falta de claridad en el concepto de injusto, sobre todo acerca de la posición de las intenciones tipificadas, así como acerca del significado de la distinción entre elementos que por principios son internos o bien se pueden dirigir hacia fuera".

(73) Precisa MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 502, que esta distinción (no aceptación de los elementos personales referidos al hecho y aceptación de elementos personales referidos al autor) no es precisa, ya que también el dolo y los elementos objetivos del ilícito son referidos al autor, como lo es la intención de enriquecimiento (en la estafa del § 263 del StGB) (Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 827, en especial, pág. 829:

"También son personalsímos los dolos o propósitos tipificantes, como el ánimo de lucro en la estafa") y de apropiación (en el hurto del §242 StGB); los elementos pasionales (v.gr. en el asesinato por sed de sangre, según el §211 StGB) y los motivos mencionados por su aspecto impulsivo; y los elementos de constitución y de la actitud en sus aspectos subjetivos (cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 830); en tanto a la inversa, la cualidad de funcionario y el estado de embarazo (del §218 StGB) también caracterizan materialmente el hecho respectivo. Por ello no debe tomarse la distinción referida rígidamente, sino en relación con la generalidad y de acuerdo a diversos puntos de vista, así la especialidad de un elemento se puede determinar en relación con la lesión de un bien jurídico (en el delito de falso testimonio del §152 y siguientes StGB) y también con su autor (v.gr. §160 y 161 StGB) y, además con referencia a la

antijuridicidad y responsabilidad por el hecho de la lesión del bien jurídico (v.gr §162 y 163 StGB); tampoco los elementos constitutivos de la actuación por propia mano son elementos especiales personales, por ese solo hecho (cfr. JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 830).

(74) Gfr. JAKOBS, Günther. Op. Gil. Págs. 820 y sgtes. En efecto, los elementos personales que fundamentan la punibilidad deben concurrir siempre en la persona del autor para que llegue a existir el tipo de una acción punible, de lo contrario faltará un elemento de lo ilícito del tipo en el que se interviene. Pero en caso estos falten en el partícipe, el párrafo primero señala que dicha ausencia solo puede ser considerada como causa de atenuación de la pena. De este modo, tal norma introduce una atenuación penal obligatoria según el artículo 49, párrafo primero, porque el injusto y la culpabilidad del partícipe no cualificado aparecen en todos los casos como esencialmente menores que los del autor, y este desnivel demanda una atenuación de la pena.

Por ejemplo, si X determina al funcionario Y a cometer un delito especial propio, Y responderá como autor del delito especial propio, y X (quien no posee el elemento personal especial fundamentador de la punibilidad del autor Y) responderá como inductor del delito especial propio (y, lógicamente, no por un delito común inexistente) (vide JESGHEGK, Hans. Op. Gil. Pág. 598), debiéndosele atenuar la pena correspondiente a este delito. Se trata de imputar elementos no realizados en la propia persona del partícipe, convirtiendo en alcanzable para el partícipe no cualificado algo que él jurídicamente no puede alcanzar por si solo (vide JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 825).

(75) Debe tomarse en cuenta, asimismo, que esta regla permite atenuar conforme al §49 párrafo. primero StGB la pena tanto del cómplice como la del inductor; ello teniendo en cuenta que si bien el §27, párrafo segundo, atenúa la pena del cómplice, según el §26 el inductor merecía la misma pena que el autor (cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 451).

(76) Cfr. JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 832.

(77) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 508.

(78) Asr, en el StGB podrran considerarse elementos personales especiales que fundamentan la pena, principalmente los elementos objetivos referidos al autor, como la especial relación de confianza en la infidelidad (en el §266, que tipifica el delito de administración desleal de un patrimonio ajeno del que se dispone de modo ilegítimo), la calidad de organizador en el DP de juegos de azar (en los §284 y 286), la calidad de deudor en la evitación de ejecución (en el §288), la calidad de deudor en el DP concursar (en el §283, que tipifica el delito de quiebra), etc. (vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 834). También es un elemento fundamentador de la pena la conducción de un vehículo motorizado "sin consideración" del §315, letra c (delito de conducción de vehrculo con puesta en peligro concreto de las personas) (vide MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cit. Pág. 504), la calidad de soldado en los hechos militares punibles, la calidad de funcionario en los delitos propios de funcionarios (v.gr. la calidad de juez en el delito de prevaricato del §336), la calidad de sujeto especialmente obligado por el servicio público en el delito de cohecho (§331 y sgtes.), la calidad de abogado o asesor jurídico (en el delito del §352), la posición de garante en los delitos impropios de omisión, entre otros; conf, JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 833, para quien muchos tipos delictivos, dependiendo de la clase de comportamiento, pueden mostrar

elementos fundamentadores de la punibilidad o bien ser delitos comunes, comisibles por cualquiera.

(79) Tal como anota MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Cil. Pág. 499: "el hecho principal no le es imputado al partícipe de la manera efectivamente cometida por el autor, sino en una forma hipotética, es decir, como si las cualidades personales especiales mencionadas en el §28, párrafo segundo, concurrentes en el partícipe, fueran elementos del hecho principal típico, antijurídico y cometido con responsabilidad por el hecho; sobre el partícipe encuentra aplicación aquel tipo penal que se habría cometido en caso de su autoría", (80) Vide JAKOBS, Günther. Op. Cil. Pág. 821.

(81) Cfr. JESCHECK, Pág. 598.

(82) Gríticamente JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 834: "Ello supone una solución insatisfactoria sobre todo para aquellos casos en los que el no cualificado coopera precisamente con un autor cualificado, pues no queda abarcado el favorecimiento de la porción especial del delito por parte del no obligado especialmente", vide también pág. 835: "Así, pues, el §28, párrafo segundo, reporta un beneficio, en los elementos limitadamente personales, a aquel que no lo ostenta, beneficio que no es adecuado con arreglo al sistema de imputación".

(83) Gfr. JAKOBS, Günther. Op. Gil. Pág. 833.

(84) Según lo expuesto, tenemos que la situación del partícipe puede ser agravada porque los elementos personales agravatorios que concurren en él, pero no en el autor, le perjudican, mientras que las circunstancias personales de atenuación que se dan en el autor, pero no en el partícipe, no benefician a este. Del mismo modo que la situación del autor puede ser agravada porque los elementos personales agravatorios que concurren en él, pero no en el partícipe, le perjudican, mientras que las circunstancias personales de atenuación que se dan en el partícipe, pero no en el autor, no benefician a este.

(85) Vide MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Op. Git. Págs. 482 y sgte.

(86) Así, por ejemplo, según la jurisprudencia alemana, serían elementos o circunstancias personales especiales agravantes de la punibilidad en el StGB: el ánimo de obtener ganancias, la calidad de funcionario en el encubrimiento cometido en la función pública, en las lesiones cometidas en la función pública y en la defraudación de la cosa confiada de la apropiación indebida (cfr. STRATENWERF, Günther. Op. Gil. Pág. 280), la utilización de un medio homicida que provoque peligro común (en el delito de asesinato del §211) o de un instrumento peligroso (en el §233) (vide JAKOBS, Günther. Op. Cit. Pág. 835). En cambio, serían características, relaciones o circunstancias que atenúan la pena en el StGB el actuar a petición seria y expresa de aquel a quien se da muerte en el homicidio a petición (§216), el estado de embarazo (en el §218, inciso 3, primer supuesto), la calidad de ascendiente en el delito de incesto (del §173, inciso 2). Por otra parte, la edad del adolescente, la capacidad de culpabilidad disminuida (§21), el error de prohibición vencible (§17, párrafo segundo) caen en cuanto causales de atenuación de la culpabilidad bajo el §29. En ese sentido, anota JESCHKE, Hans. Op. Git. Pág. 599, que algunas circunstancias generalmente citadas en este contexto (v.gr. la capacidad disminuida de culpabilidad, y la condición de madre extramatrimonial constituyen en realidad causas de atenuación de la culpabilidad que, debido a la limitación de la accesoriedad (accesoriedad

limitada) según el §29 (culpabilidad autónoma), quedan ya al margen del enjuiciamiento de la participación (STRATENWERTH, Günther. Op. Cil.

Pág. 280, considera que la calidad de madre extramatrimonial en el infanticidio -§217 StGB- es un elemento especial atenuante de la punibilidad; con!. JESGHEGK, Hans. Op. Cil. Pág. 537).

(87) El CP español en su artículo 65 prescribe: "1.- Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo en aquellos en quienes concurren. 2. - Las que consistan en la ejecución material el hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

(88) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 398; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cil. Pág. 279; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Pág. 63; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Op. Cil. Pág. 686; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 383.

(89) Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, en "Comentarios al Código Penal" (Director: Cobo del Rosal), Madrid, 2000. Pág. 755; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 379. Esta restricción de la aplicación de las reglas de incomunicabilidad de las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad penal (excluyendo las específicas) tiene como consecuencia directa en el DP español la unidad del título de la imputación en todos los casos: todos los intervinientes en un hecho responden por el mismo delito (salvo desconocimiento de la concurrencia de la circunstancia; vide infra). La necesaria valoración de la concurrencia o no de las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad penal (que es posterior y en nada afecta a la calificación jurídica del hecho) básicamente va a determinar (dentro del marco penal previsto para el común delito imputado a autores y partícipes) una mayor o menor entidad de la sanción penal a imponerse a cada interviniente (también su clase o forma de ejecución) según los artículos 21 , 22 Y 23.

(90) Hasta antes de la entrada en vigencia del CP español de 1995, parte de la doctrina española sostenía la tesis de que las reglas de comunicabilidad e incomunicabilidad de las circunstancias personales modificativas de la responsabilidad penal eran aplicables también a las circunstancias modificativas específicas (con la consecuente ruptura del título de la imputación, v.gr. el autor podía responder por un tipo básico y el partícipe por un tipo agravado o privilegiado, y viceversa). Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 379.

(91) Vide MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 756; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 383.

(92) Son diversas las razones por las que la doctrina penal española considera que se debe sustentar la aplicación del artículo 65 únicamente a las circunstancias genéricas modificativas de responsabilidad penal (y no a las específicas que determinan la aparición de un tipo cualificado (circunstancias agravantes) o privilegiado (circunstancias atenuantes). En primer lugar, se debe mencionar que el artículo 65 se encuentra entre las reglas de aplicación o determinación de la pena (Título 111: De las penas, Capítulo 11: De la aplicación de la pena) por lo que de dicha ubicación sistemática se infiere que

solo estaría previsto para regular la comunicabilidad o incommunicabilidad de las circunstancias genéricas, ya que estas son las llamadas a cumplir la función de concreción legal de la pena, mas no de las específicas (así MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 757:

"En efecto, el legislador después de haber establecido las normas dosimétricas con relación al grado de participación y desarrollo, y antes de recoger las reglas que afectarán a las circunstancias modificativas, resuelve a quién deben ser aplicadas las reglas que posteriormente va a establecer. No es esto lo que sucede en los casos de concurrencias

de una circunstancia específica en un tipo de delito, y a estos efectos es indiferente que se trate de un tipo agravado, atenuado, cualificado o privilegiado"; vide también GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág.

382). En segundo lugar, cabe reparar en la distinta naturaleza de circunstancias genéricas y específicas. Así "mientras las circunstancias genéricas normalmente no suponen un mayor o menor injusto o una mayor o menor culpabilidad, sino simplemente una mayor o menor necesidad de pena (principio de proporcionalidad), las circunstancias especiales en muchos casos sí afectan al injusto a la culpabilidad del delito en el que se hayan descritas" (Vide GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 382; señalando que la aplicación del artículo 65 solo a las circunstancias genéricas se deriva de la interpretación del artículo 67 del CP español, el cual prescribe: "Las reglas del artículo anterior (reglas para la aplicación de la pena según haya circunstancias agravantes o atenuantes) no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse").

(93) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 381; VALLE MUÑIZ, José Manuel, en "Comentarios al Nuevo Código Penal" (Director: Quintero Olivares). Navarra, 1996. Pág. 392.

(94) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 381.

(95) Por lo que nada obsta para recoger el pensamiento doctrinal desarrollado con anterioridad a la vigencia del CP español de 1995; cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 750; VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op. Cil. Pág. 391, con referencias; GONZÁLEZ GUSSAG, José Luis. Op. Gil. Pág. 378.

(96) Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 753; MIR PUIG, Santiago. Op. Cil. Pág. 630.

(97) Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 758.

(98) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 384, con referencias.

(99) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Págs. 384 y sgte.; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil.

Pág. 759, considera que han de incluirse también dentro de este grupo a la agravante de alevosía y el ensañamiento.

(100) Vide MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 759.

(101) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 384.

(102) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 385; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 759.

(103) Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op. Gil. Pág. 392, para quien en cualquier supuesto contemplado en el artículo 65 del CP español, en virtud de

la cláusula residual "... otra causa personal... n, la referencia personal al sujeto es ineludible.

(104) Vide GONZÁLEZ GUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 385.

(105) Así también MOLINA SLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 759.

(106) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 385.

(107) Vide GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Págs. 385 y sgte.

(108) Similar MOLINA SLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 753; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 386.

(109) Cfr. MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. Cil. Pág. 754: "No es suficiente con el mero saber que la ejecución del hecho se realizará de determinada forma (elemento intelectual), sino que además es necesario, al menos, contar con que se realizará de esa forma (elemento volitivo)".

(110) Vide GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Págs. 386 y sgte.: "El conocimiento exigido para comunicar las circunstancias, sería equivalente al dolo requerido para extender el delito a los copartícipes. Y en ese caso, cuanto menos debe exigirse dolo eventual".

(111) Cuando el CP español señala que las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla (para agravar o atenuar la responsabilidad) deben ser conocidas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, está exigiendo un requisito intelectual o elemento cognoscitivo obligatorio en el interviniente: el conocimiento pleno de que el delito va a cometerse con la concurrencia de tal circunstancia. No debe tratarse pues de una simple representación mental de la simple posibilidad de concurrencia, ni de una suposición o conjetura. Anota VALLE MUÑOZ, José Manuel. Op. Cil. Pág. 392, que tampoco es suficiente la declaración genérica en el factum del previo acuerdo o pactum sceleris, si no se constatan otras circunstancias sobre la ejecución material del hecho o sobre los medios empleados para realizarla (Vide RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. Cil. Pág. 829). Por conocimiento hay que entenderse consciencia y representación de la concurrencia de la circunstancia, y por voluntad su aceptación.

(112) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Op. Cil. Pág. 387.

ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts.77, 161
C.P. arts. 105, 198,209,211
C.P.C. art.3
L.G.S. arts. 1, 162, 181
C. P.P. arto 135. 1

Comentario

Iván Meini Méndez

1. Función político-criminal. La escisión de los elementos especiales

La cláusula del artículo 27 CP pretende salvar la laguna de punibilidad que se presentaría cuando un representante de una persona jurídica realiza la conducta descrita en un delito especial, a pesar de lo cual no podría ser sancionado por impedirlo el principio de legalidad, ya que el elemento especial no lo ostenta el representante, sino la persona jurídica representada(1). La persona jurídica, ade más, no podría ser sancionada, amén del principio *societas delinquere non potest*. Y aunque ello fuera posible, quedaría todavía latente la necesidad de castigar a la persona natural que actuó.

Esta situación es conocida en dogmática como "escisión de los elementos especiales"(2), y significa, para decirlo con terminología que emplea el CP, que quien detenta el elemento que fundamenta la punibilidad no actúa, sino que la acción u omisión la lleva a cabo un representante que no cuenta con los elementos que fundamentan la punibilidad (*extraneus*). En este sentido el artículo 27 CP constituye una cláusula de extensión de la autoría(3), pues permite considerar autores a quienes en principio no lo pueden ser por adolecer de un elemento especial de autoría.

El artículo 27 CP, según la Exposición de Motivos del Código Penal, se inspira en el artículo 15 bis del hoy en día derogado Código Penal español(4) que fuera adicionado con ocasión de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, y en el artículo 31 de la Propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983(5). Estos artículos, a su vez, encontraron su antecedente inmediato en el § 14 del StGB alemán(6). Lamentablemente, el legislador no supo aprovechar esta oportunidad para abarcar en la cláusula del "actuar en lugar de otro" todos los

supuestos que ya en la legislación comparada y en doctrina se demandan. Así, por ejemplo, no se resuelve satisfactoriamente los supuestos de representación de hecho, las actuaciones en lugar de otra persona natural, las representaciones en cadena, los supuestos en que el elemento especial de autoría es uno subjetivo.

Por el contrario, se reduce el ámbito de aplicación del artículo 27 CP a las personas jurídicas, como si todas las hipótesis de actuar en lugar de otro que merecen respuesta penal fueran privativas de ellas.

Con todo, la regulación del "actuar en lugar de otro", como cláusula que se incorpora en la Parte General del Código Penal, es novedosa en nuestro medio.

Ni el Código Penal de 1924 ni ley penal especial alguna contemplaban una cláusula similar a la contenida en el artículo 27 del Código Penal. No obstante, ya en el Código Penal de 1924 se conocían algunos supuestos específicos en la Parte Especial en los que se sancionaba directamente a los representantes de las personas jurídicas⁽⁷⁾ (así, los delitos de falsedad en informes sociales del artículo 248 CP 1924 y el de quiebra impropia del artículo 254 CP 1924). y lo mismo sucede en el Código Penal vigente, como, por ejemplo, en el artículo 209 CP.

11. Alcance del precepto: Delitos especiales propios

El precepto, según su propia literalidad, está destinado a aquellos delitos en los que existan "elementos especiales que fundamentan la penalidad". Es pacífica la opinión^(B) de que ello hace clara alusión a los delitos especiales, ya que en estos, a diferencia de los comunes, el sujeto ha de detentar determinadas condiciones o cualidades para poder ser autor del delito. El círculo de potenciales autores de los delitos especiales queda acotado a quienes desde una particular posición pueden lesionar como autores el bien jurídico. Son pues estos "elementos especiales que fundamentan la penalidad" los que recaen en la persona jurídica representada y los que le faltan al sujeto que actúa para poder responder como autor directamente. Así, por ejemplo, el artículo 232 CP precisa que se tenga una posición monopólica u oligopólica en el mercado. Esta situación recaerá por lo general en una persona jurídica, pero quien abusa de ella, en un plano material, y con ello cumple el tipo del artículo 232 CP, es el representante. El elemento especial que fundamenta la penalidad es en este caso el ostentar la posición monopólica u oligopólica en el mercado.

La doctrina es también pacífica cuando entiende que para imputar responsabilidad penal al representante de una persona jurídica por un delito común no hace falta acudir al artículo 27 CP⁽⁹⁾, toda vez que en estos casos no hay elemento especial alguno que imputar desde la persona jurídica hacia el representante.

Este mismo argumento conlleva obligatoriamente a reconocer a que si bien en los casos de delitos especiales impropios no hay una laguna de punibilidad que salvar como sucede con los delitos especiales propios -pues siempre cabe la posibilidad de sancionar con base en el delito común que sirve de base al delito especial impropio- hay, sí, una laguna de agravación. Ello es así porque cuando a un representante extraneus de una persona jurídica que comete un

delito especial impropio se le impone la pena del delito común, se le beneficia sin justificación frente al representante extraneus de una persona jurídica que comete un delito especial propio, a quien, por imperio del artículo 27 CP, se le impone la pena del delito especial propio. No se trata de imponer una pena y con ello proclamar alegremente que se salva la laguna de punibilidad en los casos de escisión de elementos especiales, sino de imponer la pena que según los criterios de merecimiento y necesidad de pena se haya de imponer. Si el artículo 27 CP permite que en los casos de actuación en lugar de otro en delitos especiales propios se imponga la pena del delito especial propio, es porque se considera que ello debe ser así. Esto es claro, porque de otro modo se tendría que dejar impune la conducta del representante por atípica. El mismo principio cabría aplicar en los delitos especiales impropios: se ha de imponer la pena del delito especial impropio y no contentarse con la pena del delito común. Si la conducta del representante que comete un delito especial impropio se castiga con la pena del delito común, se renuncia a valorar cabalmente el desvalor de acción en los delitos especiales impropio. Con todo, de lege lata solo cabe interpretar que el artículo 27 CP se aplica a los delitos especiales propios(10).

III. El fundamento dogmático del artículo 27 CP

El fundamento dogmático del "actuar en lugar de otro" es controvertido en la doctrina(11). En el caso peruano ello no es así, ya que el legislador optó por una teoría que puede ser catalogada como "teoría del dominio restringida por criterios formales". Más allá del nomen, con tal denominación se deja en claro que el ar

representación autorizado de una persona jurídica o de los socios representantes autorizados de una sociedad, para luego ampliar el campo de aplicación del precepto a quienes actúen como órganos de representación autorizado de una persona jurídica o como socios representantes autorizados de una sociedad. Personalmente opto por lo que sería una teoría del dominio restringida por criterios materiales, por la simple razón de que el artículo 27 CP no establece jerarquías entre las actuaciones de quienes verdaderamente son representantes y quienes no lo son pero actúan como tales. Tanto unas como otras son igualmente recogidas por el precepto bajo comentario y, de hecho, la lógica indica que si se prevén actuaciones de quienes sin ser representantes actúan como tales, a fortiori deben preverse también las actuaciones de los verdaderos representantes, pero no necesariamente al revés.

Esto permite concluir que el artículo 27 CP contiene cuatro supuestos de hecho: (i) cuando quien actúa es un órgano de representación autorizado de una persona jurídica; (ii) cuando quien actúa es un socio representante autorizado de una sociedad; (iii) cuando quien actúa lo hace como un órgano de representación autorizado de una persona jurídica; y (iv) cuando quien actúa lo hace como un socio representante autorizado de una sociedad.

Con todo, al margen del concreto fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, lo que parece claro es que nadie tiene que ver con la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas(14). Son instituciones

jurídicopenal distintas que apuntan a remediar situaciones distintas: el actuar en lugar de otro, como se dijo, a solventar la situación de escisión de elementos que en algunos casos de delitos especiales se da; la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en caso existiera) tendría como meta superar los escasos niveles de prevención que -se dice- tiene la actuación del Derecho Penal en su lucha contra la criminalidad empresarial. De esto se deduce que aun cuando se optara por considerar penalmente responsables a las personas jurídicas habría que mantener vigente la cláusula del actuar en lugar de otro. En lo único en lo que se avanzaría si se considera penalmente responsables a las personas jurídicas, sería en que los representantes extraneus podrían ser considerados cómplices de sus representadas, pero esto en poco ayudaría a paliar la escisión de los elementos especiales.

Recientemente se ha postulado, sobre la base de la categoría de los delitos de dominio y de los delitos de infracción de un deber, que para estos últimos el artículo 27 CP implicaría solamente una relación de representación, ya que "la teoría de la representación asumida por el artículo 27 del Código Penal parece ajustarse sin problemas a los delitos institucionales, pues los deberes institucionales se transfieren normalmente mediante una relación de representación (...) solamente un representante de derecho podrá responder por deberes institucionales de su representado(15)". No obstante, para ello habría que aceptar en primer lugar la existencia misma de los delitos de infracción de un deber(16) y, sobre todo, reconocer que ello implicaría una reducción en contra del propio sentido literal del artículo 27 CP de su ya reducido campo de aplicación. Pues si la actuación en lugar de otro del artículo 27 CP será aplicable en los delitos de infracción de un deber únicamente cuando haya una relación de representación válida (pues los deberes institucionales se transfieren siempre y cuando dicha "transferencia del deber resulte posible mediante la relación de representación"(17), ello significaría negar de plano la posibilidad de que en estos delitos se den actuaciones de hecho(18). Ello es coherente con el punto de partida de esta teoría, pero no deja de ser políticocriminalmente poco deseable. Ejemplo, cuando el título de representación del representante de una empresa adolece de un vicio de nulidad, no podría ser responsable del delito contra la Hacienda Pública por no pagar los tributos de la empresa que representa, porque aquí no ha operado la transferencia del deber de pagar impuestos de la persona jurídica representada hacia el representante. Según la teoría de los delitos de infracción de un deber, el representante, al no ser tal, no tendría deber alguno que cumplir. A no ser que se reconozca que el sujeto, pese al vicio de nulidad de su título de representación, ha asumido de tacto el dominio organizacional que le obliga a cumplir con los deberes del cargo que ocupa.'

IV. óreano de representación autorizado de una persona Jurídica y socio representante autorizado de una sociedad

Según el Código Civil son personas jurídicas las asociaciones, las fundaciones y los comités. Pero el concepto de persona jurídica abarca también a las agrupaciones reguladas en la Ley General de Sociedades ("sociedades" propiamente dichas):

sociedades anónimas, sociedades colectivas, sociedades en comandita simple, sociedades en comandita por acciones, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades civiles ordinarias y sociedades civiles de responsabilidad limitada. Son pues estas las agrupaciones a que hace referencia el artículo 27 del Código Penal cuando menciona a "personas jurídicas" y "sociedades".

Los "órganos de representación autorizados" son todos aquellos que por disposición de la ley o de los estatutos tienen la función de representar y exteriorizar la voluntad del ente colectivo⁽¹⁹⁾. En el caso de la sociedad anónima son "órganos de representación autorizados", en virtud de la ley, la junta general de accionistas, el directorio y las distintas gerencias. El término "socio representante autorizado" solo puede tener cabida en aquellas sociedades en que puedan existir socios, es decir, en todas salvo en la sociedad anónima en la que existen accionistas. De esta manera, se presenta una laguna en el sentido de que un accionista representante autorizado o de hecho de una sociedad anónima, que realiza el tipo del delito especial propio sin que concurren en él los elementos cualificados del delito, pero sí en la sociedad anónima que representa, no podrá ser sancionado en atención al principio de legalidad, lo cual no resulta lógico si lo comparamos con la posibilidad de que los socios de las demás sociedades sí puedan ser sancionados al amparo del "actuar en lugar de otro". Pero lo cierto es que esto se debe a una deficiente importancia de la legislación extranjera, pues el § 14 inciso 1 numeral 2 StGB alemán -antecedente de nuestro artículo 27 CP- se incluye como un supuesto de actuación en lugar de otro el caso del socio representante autorizado de una sociedad comercial de personas, al no ser la sociedad de personas, en Derecho alemán, una persona jurídica⁽²⁰⁾. Pero para el Derecho peruano las sociedades colectivas y las en comanditas (que serían las equivalentes a las sociedad de personas en Derecho alemán) si son personas jurídicas, por lo que los supuestos en que un socio representante autorizado de una sociedad actúa en lugar de otro, son ya subsumibles en las actuaciones para una persona jurídica.

V. Las actuaciones de hecho que permite el artículo 27 CP

Se dijo supra que el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro peruano permite entender que el precepto se aplica no solo a los órganos de representación autorizados de una persona jurídica y socios representantes autorizados de una sociedad, sino también a quienes actúan como tales. Una interpretación comparativa del término "como" indica que quien ha de actuar no es siempre el representante, sino también quienes sin serlo actúan como representantes⁽²¹⁾. Ello da pie a reconocer que en nuestro sistema penal tienen cabida dos supuestos (los acabados de mencionar) de actuaciones de hecho en lugar de otro. Así, los casos en los que el título de representación tenga un vicio de nulidad o anulabilidad, no se encuentre perfeccionado, etc. pueden y deben ser incluidos también en el campo de aplicación del artículo 27 CP. Con esto se solventan las dificultades que podrían existir si el legislador se hubiera decantado por la teoría de la representación (pura), en virtud de la cual solo sería factible sancionar por actuar en lugar de otro cuando el título de representación es válido. De esta manera, por ejemplo, el gerente de una

sociedad que, a pesar de que su contrato no cumple con todas las formalidades que impone la legislación mercantil y civil, puede responder al actuar en lugar de otro. En caso se compruebe que su título de representación adolece de un vicio, siempre cabe la posibilidad de considerar que ha actuado como representante. Lo importante es pues que haya actuado con el dominio organizacional que le confiere el ejercicio de una posición de gestión en la persona jurídica, con independencia de si dicha posición viene avalada en las formas por la legislación mercantil.

La posibilidad de apreciar actuaciones de hecho en lugar de otro no permite admitir, sin embargo, que estas puedan darse fuera de las actuaciones para una persona jurídica. Una cosa es que alguien actúe como representante de una persona jurídica, y otra, muy distinta, ser representante de una organización que no es persona jurídica. Desde un punto de vista político-criminal ambas situaciones no deberían ser diferenciadas, pero de lege lata la situación es otra. El tenor del precepto del artículo 27 CP no autoriza a interpretar que las actuaciones de hecho puedan darse al margen de una actuación de una persona jurídica. Por lo que en los casos de personas jurídicas irregulares, que no se encuentran constituidas o que su constitución adolezca de un defecto habrá que resolver primero si son personas jurídicas. Así, si el defecto afecta a la constitución misma de la persona jurídica habrá que reconocer que no estamos frente a una persona jurídica. Pero en realidad esto no genera muchos inconvenientes, pues si se determina que no existe una persona jurídica, lo normal será que los elementos especiales (deudor, por ejemplo) recaigan en personas naturales.

Las actuaciones de hecho han de ser diferenciadas de aquellas hipótesis en las cuales quien no tiene relación alguna con la persona jurídica o con la sociedad, se presentan ante terceros como órganos representantes autorizados de una persona jurídica o como socios representantes autorizados de una sociedad. Aquí no cabe hablar de actuar en lugar de otro, porque quien así se comporta no actúa ni siquiera como representante de la persona jurídica; al contrario, se vale de un engaño para procurarse un beneficio ilícito. Se actúa contra la persona jurídica, y no para ella. Además, su conducta no es idéntica, desde el punto de vista del contenido del tipo especial, a la del administrador de derecho, identidad que sí se presenta entre la conducta del administrador de derecho y el administrador de hecho. La responsabilidad penal en estos casos será por delitos comunes, como la estafa y falsedad genérica.

VI. Los elementos especiales que concurren en la representada

El artículo 27 GP exige que los elementos especiales que fundamentan la penalidad y que no detenta el representante han de concurrir en la persona jurídica representada. Se trata entonces de que los elementos especiales que exige el delito especial para la autoría recaigan en la persona jurídica. Ejemplo: la condición de posición monopólica en el mercado que exige el artículo 232 GP no recae en el representante de la empresa que ostenta dicha condición, sino en la persona jurídica representada. Pero la naturaleza de las cosas impide que todos los elementos especiales de autoría que contienen los tipos especiales puedan formar parte de aquellos que en mérito del artículo 27

GP se imputan al representante. Sucede así, en primer lugar, con los elementos subjetivos de autoría que algunos tipos penales contienen, pues, por ejemplo, los ánimos (de lucro, por ejemplo) o las tendencias son solo realizables por personas naturales. De esto se sigue que cuando un delito contiene un elemento subjetivo que no realiza el representante y que no puede realizar la persona jurídica representada, no es posible aplicar el artículo 27 GP. Y lo mismo puede ocurrir cuando el elemento subjetivo es realizado por el representante pero en beneficio de la persona jurídica que representa, pues la mayoría de los elementos subjetivos presuponen que el autor que los realiza desee algo para sí mismo y no para terceros. La segunda excepción está dada por algunos elementos objetivos personalísimos de autoría que por su propia naturaleza no pueden ser trasladados al representante por parte de quien los detenta. Es el caso, por ejemplo, del cargo de servidor o funcionario público, o de algunas condiciones personales como la edad, estado civil o sexo.

Las condiciones, cualidades o relaciones que detenta la persona jurídica representante y que en mérito al artículo 27 GP se imputan al agente, tienen que darse en el momento de la comisión del delito. Esto tiene especial importancia para aquellas condiciones, cualidades o relaciones temporales o transitorias, como puede ser, por ejemplo, la condición de deudor o acreedor. Y es así porque así lo imponen ideas elementales de justicia material que obligan a entender que en el momento de la comisión del delito se han de realizar todos los elementos del tipo.

VII. Realizar el tipo leal de un delito

El legislador se ha cuidado de establecer expresamente que el que actúa en lugar de otro ha de realizar el tipo legal de un delito. Aun cuando no lo hubiera hecho, se hubiera podido exigir que el representante tuviera siempre que haber actuado y no hubiera sido dable sancionarlo por la simple asunción de un rol societario. Así lo impone la concepción del Derecho Penal de hecho, en virtud de la cual se sanciona por el comportamiento lesivo efectivamente realizado y se proscribiera cualquier tipo de responsabilidad objetiva (artículo VII TP GP, Y también el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales(22)). En todo caso, la alusión a que el agente tiene que haber realizado el tipo legal, si bien no deja dudas con respecto a la necesidad de que no basta la condición de representante para aplicar el artículo 27 CP y que, como se viene diciendo, es preciso que el sujeto haya actuado, no deja de ser una falacia. La razón consiste en que no es posible que el representante extraneus realice íntegramente el tipo legal de un delito especial. Él podrá realizar aquellos elementos del tipo legal que no requieren la cualificación especial de autoría que no detenta, pero no los elementos especiales. El artículo 27 CP parte pues de una situación irreal, cual es que el extraneus que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad en casos de delitos especiales puede realizar el tipo legal de un delito.

Otra cosa es que en mérito al artículo 27 CP se imputen los elementos especiales que recaen en la persona jurídica representada al representante, pero ello presupone que este no ha realizado el tipo del delito especial. Si el

representante puede realizar el tipo del delito especial, ¿para qué invocar el artículo 27 CP e imputarle los elementos especiales que ostenta la sociedad a la que representa, si ya ha realizado el tipo penal? Entender que el extraneus realiza el tipo legal del delito especial no puede ser el supuesto de hecho de la cláusula del actuar en lugar de otro, sino su consecuencia. Así, el representante o quien actúa como tal ha de haber realizado todos los elementos del tipo legal que como extraneus puede realizar, pero no -por la simple razón de que no puede- los elementos especiales que detenta la persona jurídica que representa y que se le imputan en mérito del artículo 27 CP.

VIII. La responsabilidad como autor

Como se ha dicho, la consecuencia del artículo 27 CP es que se imputan al sujeto los elementos especiales del delito especial que recaen en la persona jurídica representada. Ello permite, y así lo establece la propia ley, que el representante o quien actúa como tal, responda como autor.

La mención a que el extraneus responderá como autor es; en realidad, redundante. Si se tratara de un partícipe, no habría necesidad de invocar el artículo 27 CP para sancionarlo como partícipe extraneus de un delito especial. En este caso sería irrelevante que las condiciones, cualidades o relaciones especiales recaigan en la persona jurídica representada, pues tales son elementos especiales de autoría, nada trascendentes, por ende, para imputar responsabilidad penal por participación. El partícipe responde como instigador, cómplice primario o accesorio de quien actúa en lugar de otro. Aunque es verdad también que cuando el legislador especifica en el precepto que el sujeto responde como autor, despeja todo tipo de dudas sobre la conducta que se tiene que realizar para poder ser reprimido cuando se actúa en lugar de otro. Dicho con otras palabras, si bien el comportamiento de participación ni justifica ni amerita la aplicación del artículo 27 CP, el actuar en lugar de otro obliga al Juez a constatar que su conducta es de autoría.

Es decir, el representante habrá de tener el dominio del riesgo que se exige al autor de todo delito, y su comportamiento, a excepción de los elementos especiales que no ostenta, ha de ser uno de autoría.

Todo esto permite concluir que quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad, será considerado, por obra y gracia del artículo 27 CP y desde el momento en que este precepto se aplica, autor del delito. De ahí se sigue que será considerado sujeto intraneus para los exclusivos efectos del delito que se le imputa, pudiendo luego responder como coautor con aquellas otras personas a quienes también se les aplica la cláusula del actuar en lugar de otro. Esto tiene especial importancia en los supuestos en que se adoptan decisiones colegiadas ilícitas en sociedades. Por lo mismo, es posible que otras personas respondan como partícipes del representante ahora intraneus.

.DOCTRINA

BAJO/SUÁREZ. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos". 2ª edición. Madrid, 1993. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Código Penal anotado". 2ª edición. Lima, 1998. CARO JOHN.

"Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de un deber". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal. Hurtado Pozo (director)/Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003. CASTILLO ALVA, José Luis.

"El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". En: Normas Legales. W 279. Agosto 1999. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1991. CÓRDOBA RODA. "Delincuencia económica y.

responsabilidad de los representantes mercantiles en Derecho español". Estudios penales y criminológicos. 1987. DE LA GÁNGARA. "El sujeto del Derecho Penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda". En: Curso de Derecho Penal económico. Bacigalupo (director). Madrid, 1998. GARCÍA CAVERO, Percy. "El artículo 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en Derecho Penal". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal. Hurtado Pozo (director)/Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003. GARCÍA CAVERO, Percy. "Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación". Pamplona, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. "El actuar en lugar de otro en Derecho Penal". Zaragoza, 1986. GRACIA MARTÍN, Luis. "Los instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminali que actúan en nombre de las personas jurídicas. Resulta inaceptable tenerse como denunciado a una persona jurídica".

(Exp.3045-97. 19/12/97. Lima. Caro Caria, Dño Carlos. "Código Penal". Pág. 179).

"La acción civil no enerva la responsabilidad penal que pudiera alcanzar a los directores y gerentes de una sociedad. La acción penal no puede estar subordinada a ella; acuerdos previos de una junta general ordinaria o extraordinaria de accionistas, puesto que de ser así, importaría condicionar el ejercicio de la acción penal, el actuar del Ministerio Público y del Poder Judicial, a la decisión de una asamblea privada".

(Exp. 1857-96.22/08196. Lima. Caro caria, Dño Carlos. "Código Penal". Pág. 179).

"Si bien está acreditado que la encausada es ajena a los hechos instruidos, no habiendo emitido la resolución administrativa que es objeto de cuestionamiento; conforme lo establece el artículo 27 del Código Penal, resulta autor del hecho atribuido a una persona jurídica quien actúa como órgano de representación autorizado de ella y realiza el tipo penal; por lo mismo resulta adecuada la imputación de desobediencia y resistencia a la autoridad dirigida a la acusada en su condición de representante legal de la Oficina Nacional de Previsión".

(Resolución Superior 25/09/00. SPA-CSL. Lima. Exp. 2507-99. Rojas Vargas, Fidel. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Tomo I. Pág. 309).

(1) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Derecho Penal económico. Parte General". Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. 218, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y SUÁREZ GONZÁLES, Carlos, "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos", 2ª edición. Madrid, 1993. Pág.

S76, CÓRDOBA RODA, Juan. "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en Derecho español". Estudios penales y criminológicos, 1987. Págs. 13S y sgtes., OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. "Las actuaciones en nombre de otro". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

1984. Pág. S2; GRACIA MARTÍN, Luis. "El actuar en lugar de otro en Derecho Penal", Zaragoza, 1986. Págs. 20 y sgtes.; MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", Reppertor. Sª edición. Barcelona, 1998. 7/67; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General". Tomo 1. Grijley.

2ª edición. Lima, 1995. Pág. 287; MEINI MÉNDEZ, Iván, "El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano". En: Nuevo Foro Penal. W 62. 1999. Pág. 128; CASTILLO ALVA, José Luis. "El actuar en lugar de otro:

responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". En: Nonnas Legales. N° 279. Agosto 1999. Pág. A-62; GARCÍA CAVERO, Percy. "El artículo 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en Derecho Penal". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal. Hurtado Pozo (director) y Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003. Pág. 253.

(2) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cil. Pág. 127; BAJO FERNÁNDEZ et al. Op. Cil. Págs. 578 y sgte.; MARTÍNEZBUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cil. Pág. 218.

(3) GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cil. Pág. 104; TERRADILLOS BASOCO, Juan Marra. "Derecho Penal de la empresa". Madrid, 1995. Pág. 43; SILVA SÁNCHEZ. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español". En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin.

Barcelona, 1995. Pág. 376; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cil. Pág. 216; VILLAVICENCIOTERREROS, Felipe. "Código Penal Comentado". Grijley. 2ª edición. Lima, 1998. Pág. 64; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op.

Cil. Pág. 128; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cil. Pág. A-63. Próximo, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

"Comentarios al Código Penal". Rodríguez Mourullo (director). Civitas. Madrid, 1997. Pág. 176; OCTAVIO DE TOLEDO YUBIETO, Emilio. Op. Cil. Pág. 52; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General". Valencia, 1991. Pág. 280, cita 13.

(4) Artículo 15 bis del Código Penal español (derogado): "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concorra en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

(5) Artículo 31 de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983: "El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquellas condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderán con arreglo a este, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado".

(6) El § 14 del StGB (Código Penal) alemán establece: "Si alguien actúa: 1) como órgano autorizado para representar a una persona jurídica o como un miembro de dicho órgano, 2) como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista o 3) como representante legal de otro, se aplicará entonces también al representante la ley que fundamenta la punibilidad con arreglo a los atributos, relaciones o circunstancias personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el representado.

Si, por indicación del titular de una empresa o por indicación de una persona autorizada al efecto, alguien estuviese: 1) encargado de dirigir total o parcialmente el establecimiento, o 2) encargado expresamente, bajo su propia responsabilidad, de atender tareas que incumben al titular del establecimiento, y hubiese actuado con base en este encargo, se aplicará entonces también a los encargados la ley que fundamenta la punibilidad con arreglo a elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento.

Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 será también de aplicación aunque el acto jurídico que debía fundamentar la autorización para la representación o para el encargo hubiese sido inválido".

(7) Asr, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pág. 253.

(8) MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. Págs. 130 y sgte.; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. 262.

(9) MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. Pág. 131; CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit. Pág. A-64; MAZUELOS COELLO, Julio. "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro". En: *Advocatus*. Diciembre 2001. Pág. 178.

(10) En el mismo sentido. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pág. 261.

(11) En detalle, SCHÜNEMANN, en "Leipziger Kommentar". 11 Aufl. Berlín, 1993. § 14 n.m. 9 y sgtes.

(14) Asr, OGTAIVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Op. Cit. Pág. 28; DE LA GÁNGARA VALLEJO, Beatriz. "El sujeto del Derecho Penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de lege ferenda". En: *Curso de Derecho Penal económico*. Bacigalupo (director).

Madrid, 1998. Pág. 50; MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. Pág. 139.

(15) GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pág. 266.

(16) En la doctrina nacional, a favor, recientemente, CARO JOHN, José Antonio. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de un deber". En: *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Derecho Penal*. Hurtado Pozo (director) y Meini Méndez (coordinador). Lima, 2003. *Pássim*.

(17) GARCÍA CAVERO, Percy. Pág. 266.

(18) Asr lo reconoce GARCÍA CAVERO ("Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación". Pamplona, 1999), cuando sostiene que "si el deber extrapenal se transfiere de la persona

jurrdica al órgano de administración mediante un nombramiento formal, la consecuencia lógica es que el administrador de hecho sea penalmente irresponsable como autor del delito de defraudación tributaria". Otra cosa es que la transferencia de los deberes no opere siempre con criterios formales (sobre esto, en detalle, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cil. Pág. 198), pero cuando sea asr, ello marcará un límite a los delitos de infracción de un deber.

(19) En el mismo sentido, BRAMONT -ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "Código Penal anotado". 2ª edición. Lima, 1998. Pág. 223.

(20) Así, GARCÍA CAVERO, Percy. "El artículo 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en Derecho Penal".

Pág. 260.

(21) En detalle, MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cil. Pág. 145.

(22) Cuando requiere, como requisito para decretar el mandato de detención, que existan "suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de Derecho privado".