PERCY
GARCÍA
CAVERO

DERECHO
PENAL
Parte General

SEGUNDA EDICIÓN

JURISTA
editores

PERCY GARCÍA CAVERO

DERECHO PENAL
Parte General

SEGUNDA EDICIÓN

JURISTA
editores

PERCY GARCÍA CAVERO

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

PERCY GARCÍA CAVERO
PROFESOR ORDINARIO PRINCIPAL
UNIVERSIDAD DE PIURA

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

SEGUNDA EDICIÓN

JURISTA editores

PERCY GARCÍA CAVERO
© DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú.
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú: N° 2012-01398
ISBN: 978-612-4066-79-5

Segunda Edición: Marzo 2012
Tiraje: 1000 ejemplares

Composición, diagramación y diseño de carátula:
Víctor Arrascue C.

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, citado por año
AP	Actualidad Penal, citada por número y año
Apdo	apartado
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
Aufl.	Auflage (edición)
BGH	Bundesgerichthof (Tribunal federal alemán)
BT	Besonderer Teil (parte especial)
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
Cfr.	Confróntese
cit.	Citado
coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal
CuCGPJ	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, citado por año
dir.	Director
Diss.	Dissertation (tesis doctoral)

ed.	Edición
espec.	Especialmente
FS	Fesgabe o Festschrift (libro homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, citada por año
HbWiStR	Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
Hrsg.	Herausgeber (editor)
HWiStR	Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter, citada por año
JR	Juristische Rundschau, citada por año
Jura	Juristische Ausbildung, citada por año
JuS	Juristische Schulung, citada por año
JW	Juristiche Wochenschrift, citada por año
JZ	Juristenzeitung, citada por año
KJ	Kritische Justiz, citada por año
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LH	Libro Homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LTV	Ley de Títulos Valores
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, citada por año
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, citada por año
n.m.	Número marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, citada por año
NK	Nomos Kommentar
N°	Número
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, citada por año
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
op. cit.	Opus citatum (obra citada)

OWiG	Gesetz für Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones)
p.	Página
passim	en toda la obra
p.e.	Por ejemplo
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial, citada por número
pp.	Páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, citada por número y año
REDUP	Revista de Derecho (Universidad de Piura), citado por año
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología, citada por número y año
RG	Reichgericht (Tribunal del Reino)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, citada por año
R.N.	Recurso de Nulidad
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales, citada por número
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, citada por número y año
RTDPE	Rivista Trimestrale di Diritto penale dell' economia, citada por número y año
s.	siguiente
SBS	Superintendencia de Bancos y Seguros
SchweizZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, citada por número y año
S/f	sin fecha
SK	Systematischer Kommentar
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StPO	Straprozeßordnung (Ordenamiento Procesal Penal)

Trad.	Traducción
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, citada por año
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por número y año
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, citada por año.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La razón que me ha animado a publicar las presentes lecciones de la Parte General del Derecho Penal, reside en la necesidad de tener que aprovechar al máximo las horas del curso de Derecho penal I que se dicta en la carrera de Derecho. A lo largo de los dieciséis años que llevo dedicados a la enseñanza universitaria he podido constatar que el tiempo del que se dispone para enseñar la Parte General del Derecho Penal es siempre insuficiente, lo que hace que se dicte el curso con una rapidez tal que difícilmente el alumno puede digerir de manera adecuada los conceptos generales que se imparten y ni qué decir de la absoluta falta de formación en la capacidad de poder hacer operativos dichos conceptos en la solución de casos concretos. Con la publicación de este libro-texto, pretendo revertir, o cuando menos paliar, estos defectos del sistema de enseñanza, pues los alumnos podrán leer las lecciones correspondientes antes entrar a las clases, dedicando las horas de dictado a absolver dudas, esclarecer puntos oscuros y discutir con base en la metodología del caso. Si no fuese por esta necesidad pedagógica, posiblemente no habría tomado aún la decisión de publicar este libro.

El presente libro está compuesto por veintitrés lecciones agrupadas en cuatro grandes partes: Fundamentos, la ley penal, la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Como puede verse, el contenido del libro intenta abordar de manera completa la dogmática de la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, el análisis dogmático en cada lección no procura alcanzar el nivel de un estudio exhaustivo, sino exponer lo esencial de cada cuestión sin mayor profundización sobre la discusión doctrinal. Esto explica que haya prescindido de notas al pie de página que pudiesen haber hecho pesada la lectura al estudiante de De-

recho. Al final de cada lección se indica una bibliografía compuesta por manuales, monografías o artículos que se estiman esenciales para abordar la lección correspondiente. Está claro que se trata de una bibliografía básica sin ningún ánimo de exhaustividad.

A todos mis alumnos de Derecho Penal I les agradezco su contribución, seguramente inconsciente, a la formación de estas lecciones. Sus preguntas, dudas e inquietudes han sido la base sobre la que se ha construido este libro, el cual seguirá perfeccionándose con el estudio crítico que espero tengan los nuevos alumnos. La idea es ir mejorando estas lecciones permanentemente, pues no hay nada peor para un profesor universitario que quedarse en la repetición año tras año del mismo texto de enseñanza. Si con este libro consigo estimular la capacidad crítica de los alumnos y entrar a desarrollar mínimamente el método del caso en el dictado de las clases, me daré por plenamente satisfecho.

Piura, 29 de julio del 2008.

PERCY GARCÍA CAVERO
Profesor de Derecho Penal

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de las Lecciones de Derecho Penal, Parte General, desbordó la expectativa que tenía sobre su alcance y repercusión. El objetivo procurado con dicha publicación, tal como se planteó en su prólogo, era ofrecer un libro-texto que sirviese para el dictado del curso de Derecho Penal I, esto es, para la enseñanza en pregrado de la Parte General del Derecho Penal. Sólo así se explica, entre otras cosas, que el libro se publicara sin las correspondientes notas bibliográficas y con una simple indicación de la bibliografía básica en cada una de las lecciones. El hecho es que este libro no sólo ha servido para el propósito originario de ayudarme a la docencia universitaria, sino también para activar de alguna forma la discusión dogmática en varios escritos especializados e informar los puntos de partida de diversas decisiones jurisprudenciales. Esta generosa utilización del texto por parte de especialistas y magistrados, me plantea la necesidad de preparar una segunda edición que se ajuste mejor a estos propósitos. Por esta razón, esta nueva edición incorpora las correspondientes notas bibliográficas a lo largo de todo el texto, así como también referencias puntuales a los pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente a los contenidos en los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República.

Preparar la segunda edición de este libro Derecho Penal. Parte General, ha sido un tanto más sacrificado en cuanto a tiempos que la primera por la mayor actividad profesional que llevo desarrollando en los últimos años. Pero no hay duda que la perspectiva de análisis se enriquece mucho cuando se es consciente de los problemas cotidianos y los procedimientos prácticos que se siguen para decidir las cuestiones penales. Definitivamente esta segunda edición tiene todavía muchas cosas que deben ser

mejoradas tanto en la exposición de las ideas dogmáticas como en su utilidad práctica. Sin embargo, soy un convencido que sólo sometiendo un trabajo al escrutinio del público especializado y asumiendo la disposición de escuchar las voces críticas, se puede conseguir un producto que sea realmente satisfactorio. Lo único que espero es tener la capacidad de poder procesar debidamente la información y las opiniones sobre los diversos temas tratados en estas Lecciones.

Acostumbrado como penalista a interpretar los sucesos en términos de imputación, con la posibilidad además de hacerla a varias personas, no puedo dejar de mencionar a todos los que han contribuido de una u otra manera a la elaboración de esta segunda edición. A Martha le debo ser el pilar de la familia en la que encuentro la mayor inspiración para seguir adelante. Realmente, y aunque no lo diga muy a menudo, no me imagino la vida sin ti. A Esteban y Roser les doy gracias por ese amor sin dobleces que sólo se puede encontrar en los niños. Nada es comparable a un abrazo de ustedes. A mis alumnos piuranos y limeños, en especial a los que forman el Taller de Derecho Penal José González López, les quedo agradecido por mostrarme que la mayor satisfacción de un profesor es sembrar el espíritu crítico en mentes ávidas de conocimiento. Finalmente, quiero expresar mi agradecimiento a Edgar Jara Cajamarca, Gerente General de la Editorial Jurista Editores, por dar cabida a esta obra en el repertorio de las valiosas publicaciones de su sello editorial.

Piura, 16 de noviembre del 2011.

PERCY GARCÍA CAVERO
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

ÍNDICE GENERAL

- Abreviaturas ... 7
- Prólogo a la primera edición ... 11
- Prólogo a la segunda edición ... 13

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS

LECCIÓN 1
LAS CIENCIAS PENALES

I. Introducción ... 45
II. La criminología ... 46
1. Las causas del delito ... 46
2. La definición del delito ... 49
3. La importancia de la criminología para las ciencias jurídico-penales 50
III. Las ciencias jurídico-penales ... 51
1. El Derecho Penal Sustantivo ... 52
A. La dogmática jurídico-penal ... 52

a. Interpretación ... 54
b. Elaboración de categorías y conceptos generales ... 55
c. Sistematización ... 55
d. Crítica ... 56
B. La política criminal ... 56
2. El Derecho Procesal Penal ... 58
A. La ciencia del Derecho Procesal (Penal) ... 58
B. Las ciencias y disciplinas auxiliares ... 59
a. El Derecho judicial ... 59
b. La criminalística ... 60
c. La medicina legal y la psiquiatría forense ... 60
3. El Derecho Penitenciario ... 61
IV. La ciencia del Derecho Penal ... 62
1. Denominación ... 62
2. Concepto ... 63

LECCIÓN 2
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. Introducción ... 67
II. La ley penal ... 67
1. El Código penal ... 68
2. Las leyes penales ... 70
III. La norma jurídico-penal ... 72
1. La norma de conducta ... 72
2. La norma de sanción ... 72
IV. Las leyes sancionatorias no penales ... 76

LECCIÓN 3
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. Introducción.. ... 81
II. La teoría de la pena 82
1. Las teorías absolutas de la pena 82
2. Las teorías relativas de la pena ... 85
A. Las teorías de la prevención. ... 85
a. La prevención general ... 86
a.1) La prevención general negativa ... 86
a.2) La prevención general positiva ... 89
b. La prevención especial 91
c. La teoría de la unión.. ... 93
B. La función de reestabilización de la pena 95
3. Concepción propia sobre la función de la pena ... 98
A. Punto de partida ... 98
B. El concepto de persona. ... 99
C. La persona como portadora de roles penalmente relevantes 101
D. Los límites a la función de la pena 102
III. Las medidas de seguridad ... 103
A. Función... ... 103
B. El sistema de doble vía 106
IV. La reparación como tercera vía 108

LECCIÓN 4
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. Introducción.. ... 113
II. El fundamento del ***Ius puniendi***. ... 113
III. El Estado como titular del ***Ius puniendi*** ... 115
IV. Los límites al ***Ius puniendi*** del Estado... ... 116

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ... 118
A. El bien jurídico: Concepto y función ... 119
B. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto ... 129
C. La diferencia con las infracciones administrativas ... 134
2. La ***ultima ratio*** o mínima intervención del Derecho penal ... 136
A. El principio de subsidiariedad ... 136
B. El principio de fragmentariedad ... 137
3. El principio de legalidad ... 138
A. Fundamento constitucional ... 138
B. Función ... 141
C. Manifestaciones del principio de legalidad ... 142
a. La reserva de ley (lex scripta) ... 143
b. La taxatividad de la ley (lex certa) ... 146
b.1) La función del mandato de taxatividad o determinación 147
b.2) La flexibilización del mandato de taxatividad o determinación ... 150
b.2.1) Las leyes penales en blanco ... 150
b.2.2) La accesoriedad administrativa de acto ... 156
b.2.3) Las cláusulas generales: Especialmente el fraude a la ley penal ... 158
c. La prohibición de retroactividad (lex praevia) ... 162
c.1.) La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución ... 165
c.2) La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad 168
d. La prohibición de analogía (lex stricta) ... 166
d.1) La analogía permitida por el tenor de la ley ... 167
d.2) La analogía permitida *in bonam partem* ... 170
d.3) La analogía *intra legem* ... 171
4. El principio de culpabilidad ... 171
A. La función de la culpabilidad ... 174
B. Las manifestaciones del principio de culpabilidad ... 176
a. La imputación subjetiva ... 176

b. El sujeto responsable 178
5. El principio de proporcionalidad de las penas 178
A. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal . . 181
B. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad 183
a. La proporcionalidad abstracta 183
b. La proporcionalidad concreta 185
C. Los parámetros de la proporcionalidad 186
a. La gravedad del hecho delictivo 186
b. La gravedad de la pena 187
D. La proporcionalidad en las medidas de seguridad 188
E. Un caso especial de proporcionalidad: El principio de ***non bis in idem***. 189
6. El principio de resocialización 193
V. El Derecho penal del enemigo 195

SEGUNDA PARTE
LEY PENAL

LECCIÓN 5
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. Introducción 203
II. La ley penal aplicable 204
1. La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal 205
2. El momento del hecho 208
III. La ley penal más favorable 212
1. El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto 213
2. La aplicación de la ley penal más favorable 218
3. La determinación de la ley penal más favorable 222
4. Los efectos de la aplicación de la ley más favorable 225
IV. La vigencia temporal en el caso de leyes penales especiales 226

1. Las leyes penales temporales ... 226
A. Concepto ... 226
B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales ... 227
C. El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales 228
2. Las leyes penales en blanco ... 232
A. La ley penal en blanco más favorable ... 232
B. La ley penal en blanco como ley penal temporal ... 235

LECCIÓN 6
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

I. Introducción ... 241
II. La vigencia espacial de la ley penal ... 243
1. El principio de territorialidad ... 245
A. El territorio ... 246
B. El lugar de realización del delito ... 247
a. Criterios de determinación del lugar del delito: El principio de ubicuidad ... 247
b. El alcance de la ubicuidad ... 250
2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional ... 254
A. El principio de personalidad ... 256
a. La susceptibilidad de extradición ... 258
b. La doble incriminación ... 260
c. El ingreso del agente al territorio nacional ... 261
B. El principio real o de protección ... 261
C. El principio de universalidad o de Justicia mundial ... 263
D. El principio de Administración de Justicia por representación ... 266

LECCIÓN 7
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. El principio de igualdad ante la ley y los privilegios penales.. 269
II. Los privilegios penales establecidos en el Derecho público interno 271
1. La inviolabilidad 273
2. La inmunidad 274
3. El antejuicio político. 275
III. Los privilegios penales establecidos en el Derecho internacional. 277
1. La inviolabilidad 278
2. La inmunidad 278

LECCIÓN 8
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. Introducción.. 283
II. Los métodos de interpretación... 284
1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal 284
2. La ordenación de los métodos de interpretación 285
III. La perspectiva de la interpretación de la ley penal.. 287
1. La perspectiva fáctica de análisis 287
A. Consideraciones generales... 287
B. Supuestos especiales.. 290
a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal... 290
b. La doctrina del levantamiento del velo... 292
2. La accesoriedad del Derecho penal 295
A. Consideraciones generales... 295
B. Supuestos especiales.. 297
a. Las leyes penales en blanco... 297
b. La accesoriedad administrativa de acto.. 399

IV. Los límites a la interpretación de la ley penal ... 301
1. La conformidad con la Constitución ... 302
2. El tenor literal de la ley penal ... 303
3. La interpretación restrictiva ... 305

TERCERA PARTE
LA TEORÍA DEL DELITO

LECCIÓN 9
LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. Introducción ... 313
II. La evolución de la dogmática jurídico-penal ... 314
1. La imputación moral: Los hegelianos ... 316
2. El sistema clásico del delito: El método positivista ... 318
3. El sistema neoclásico: El neokantismo ... 320
4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas ... 323
III. Las tendencias modernas del Derecho penal ... 326
1. La orientación político-criminal del sistema dogmático ... 327
2. La normativización de las categorías dogmáticas con base en la función de la pena: El funcionalismo de JAKOBS ... 329
3. El retorno al Derecho penal liberal ... 334
A. El liberalismo racionalista ... 334
B. La escuela de Frankfurt ... 337
IV. Toma de posición: Una teoría del delito fundada en la persona ... 340
1. El fundamento de la teoría del delito ... 340
2. La persona y su dignidad ... 343
A. La dignidad humana absoluta como límite ... 344
B. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal ... 345

LECCIÓN 10
LA ACCIÓN

I. Introducción.. 349

II. La acción como concepto previo al Derecho penal. 350

1. El concepto causal de acción 350

2. El finalismo 352

3. Concepto social de acción 353

III. La acción como concepto jurídico-penal.. 355

1. Los hegelianos 355

2. La realización típica.. 356

A. El concepto negativo de acción 356

B. El concepto personal de acción 357

3. El retorno a concepciones globales de la acción... 358

IV. Toma de posición 358

1. El concepto jurídico-penal de acción. 358

2. Criterios generales de ordenación de la imputación penal. 360

A. El estatus de ciudadano. 360

B. El rol general de ciudadano y los roles especiales. 362

a. El rol general: Las competencias por organización... 363

a.1) Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico . 364

a.2) Los deberes de salvamento... 365

b. Los roles especiales: Las competencias institucionales. 366

b.1) La familia 368

b.2) El Estado. 368

b.3) La confianza especial 370

b.4) La solidaridad 371

C. La evitabilidad 372

V. La regulación de la acción en el Código Penal. 374

1. La acción como comisión 374

2. Los casos de falta de acción. 375

3. La ausencia de regulación positiva de la ***actio libera in causa***... 378

LECCIÓN 11
CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD

I. Introducción.. 383

II. La evolución de la tipicidad como categoría del delito 384

1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva 384

2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo 385

3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad. 385

III. Las clases de tipos penales... 388

1. Los tipos penales cerrados, abiertos y las leyes penales en blanco. ... 389

2. Los delitos comunes, especiales y de propia mano... 391

3. Los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos 392

4. Los delitos de mera conducta y los delitos de resultado.. 393

5. Los delitos instantáneos, permanentes y de estado.. 395

6. Tipos penales objetivados y con elementos subjetivos especiales.. ... 395

7. Delitos de un solo acto y delitos de varios actos... 396

8. Tipo penal básico, derivado y autónomo... 397

IV. Los aspectos de la tipicidad: el tipo objetivo y el tipo subjetivo. 398

LECCIÓN 12
EL TIPO OBJETIVO

I. Introducción.. 401

II. De la constatación de causalidades a la imputación objetiva. 401

III. La imputación objetiva 406

1. La fundamentación de la teoría de la imputación objetiva. 406

A. La función de prevención general de la norma penal 408

B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva 409

C. La infracción de un rol como defraudación de la norma. 411

D. Toma de posición... 412
2. La imputación objetiva en los delitos de dominio 413
A. La imputación del comportamiento 413
a. La creación de un riesgo penalmente prohibido 413
b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido 418
b.1) El principio de confianza 418
b.2) La prohibición de regreso 421
b.3) El ámbito de competencia de la víctima 430
c. Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento 435
c.1) Los delitos de mera conducta 436
c.2) Los delitos de peligro abstracto 437
c.2.1) Delitos de peligro abstracto-concreto 438
c.2.2) Delitos de preparación 439
c.2.3) Delitos de acumulación 440
c.3) La tentativa en los delitos de resultado 441
c.4) Delitos de emprendimiento 442
B. La imputación del resultado 443
a. El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado 445
a.1) La teoría de la evitabilidad 448
a.2) La teoría del incremento del riesgo 450
a.3) La teoría del fin de protección de la norma 451
a.4) Toma de posición 452
b. Las explicaciones alternativas del resultado 453
b.1) La concurrencia de riesgos 453
b.1.1) Riesgos concurrentes de una sola conducta: La aberratio ictus 453
b.1.2) Riesgos concurrentes de varias conductas 454
b.2) Los riesgos derivados 456
b.2.1) Creación de una situación de indefensión 456
b.2.2) Riesgos derivados para terceros 457

b.2.3) Riesgos derivados de cursos salvadores. 458
b.2.4) Transformación por otros del riesgo inicial.. 461
b.2.5) Daños tardíos 462
c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado... . 464
c.1) Los delitos de peligro concreto 464
c.2) Los delitos de lesión.. 466
c.3) Los delitos cualificados por el resultado 467
3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber... ... 470
A. La imputación del comportamiento 471
B. La realización del resultado.. 474

LECCIÓN 13
EL TIPO SUBJETIVO

I. Introducción.. 477
II. Las formas de tipo subjetivo 480
1. Origen y evolución de la imputación subjetiva. 480
2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa. 482
A. La teoría de la voluntad 484
B. La teoría del conocimiento... 485
3. La normativización del tipo subjetivo 486
A. La evitabilidad individual. 486
B. La teoría de la probabilidad 487
III. El dolo 489
1. La configuración penal del dolo.. 489
A. La falta de necesidad del elemento volitivo 490
B. La determinación del conocimiento en el dolo. 492
a. El conocimiento de lo sensorialmente percibido... 495
b. El conocimiento alcanzado por valoraciones. 496
C. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el dolus malus).. 502

a. Su inclusión en el dolo ... 502
b. La determinación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho ... 507
D. El objeto del dolo ... 511
2. Los elementos subjetivos especiales del tipo ... 514
3. El error de tipo ... 515
A. Concepto ... 515
B. Las formas de error de tipo ... 517
a. El error sobre los elementos del tipo ... 517
a.1) El error por defectos cognitivos ... 517
a.2) El error por defectos en las valoraciones ... 518
a.2.1) Error en la valoración de sustratos materiales ... 518
a.2.2) Error en la valoración de circunstancias ... 519
b. El error sobre el carácter prohibido del hecho ... 520
C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad ... 522
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo 523
b. La vencibilidad del error de tipo ... 524
c. El error por ceguera o indiferencia ... 528
d. La superación del error por vías informales ... 531
IV. La culpa ... 532
1. Concepto ... 532
2. La determinación del conocimiento culposo ... 534
3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa ... 536
4. El error de tipo en los delitos culposos ... 538
V. Combinaciones de dolo-culpa: La preterintención y los delitos cualificados por el resultado ... 540
1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada ... 540
2. Los delitos cualificados por el resultado ... 542

LECCIÓN 14
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. Introducción.. 547

II. La discusión dogmática 547

III. La regulación legal de la comisión por omisión (artículo 13 del CP) 551

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión ... 551

2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión 552

3. Elementos de la comisión por omisión.. 553

A. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1) 553

B. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2).. 557

a. La imputación objetiva.. 559

a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido... 560

a.2) La realización del riesgo en el resultado. 561

b. La imputación subjetiva 562

IV. La pena del omitente 562

LECCIÓN 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. Introducción.. 569

II. La determinación de la antijuridicidad 569

III. Las causas de justificación 572

1. Fundamento... 572

2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las causas de justificación.. 576

A. El aspecto objetivo de las causas de justificación 576

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación. 578

3. Efectos de las causas de justificación.. 581

IV. De las causas de justificación en particular... 583

1. La legítima defensa 583

A. Concepto. 583

B. Requisitos ... 584
a. La agresión ilegítima ... 584
b. La falta de provocación suficiente ... 588
c. La racionalidad de la defensa ... 589
C. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa? ... 591
D. La legítima defensa imperfecta ... 592
2. El estado de necesidad justificante ... 593
A. Delimitación ... 593
B. Requisitos ... 596
a. Situación de peligro ... 596
b. La necesidad de la defensa ... 598
c. La preponderancia del interés protegido ... 599
d. La cláusula de adecuación ... 601
C. La provocación de la situación de necesidad ... 603
D. El deber de soportar el peligro por deberes especiales ... 603
3. Los actos permitidos por el ordenamiento ... 604
A. Fundamento y sistemática ... 604
B. Supuestos de actos permitidos por la ley ... 605
a. Ejercicio regular de un derecho ... 605
b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio ... 606
c. El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes 607
4. Obediencia debida ... 611
A. Fundamento ... 611
B. Requisitos ... 614
a. Orden obligatoria ... 614
b. Autoridad competente ... 614
c. En el ejercicio de sus funciones ... 615

LECCIÓN 16
CULPABILIDAD

I. Introducción.. 619

II. La evolución de la culpabilidad en la teoría del delito 619

1. La categoría de la culpabilidad 619

2. La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito. 624

III. El fundamento material de la culpabilidad... 626

1. El concepto de persona 626

A. La individualidad... 628

B. La socialidad... 631

2. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal.. 632

IV. El contenido de la culpabilidad 633

1. La imputabilidad... 634

2. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal 635

A. Contenido... 635

B. Determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal 638

3. La exigibilidad de otra conducta. 641

V. La ausencia de culpabilidad 642

1. La inimputabilidad 642

A. La anomalía psíquica 644

B. La grave alteración de la conciencia 646

C. Las alteraciones de la percepción 647

2. El error de prohibición. 647

A. La vencibilidad del error... 649

B. Formas de error de prohibición... 649

a. Error de prohibición directo. 650

b. Error de prohibición indirecto. 650

c. El error de validez.. 652

d. El error culturalmente condicionado.. 652

D. El error de prohibición en los delitos culposos 654

3. Situaciones de inexigibilidad... 655

A. Exceso en la legítima defensa ... 655
B. Estado de necesidad exculpante ... 656
a. Concepto y fundamento ... 656
b. Requisitos ... 658
c. Efectos ... 661
C. Miedo insuperable ... 662
D. La objeción de conciencia ... 664
E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante ... 665
F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento ... 670

LECCIÓN 17
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. Introducción ... 673
II. La autoría ... 675
1. Las teorías para determinar la autoría ... 675
A. El concepto restrictivo de autor ... 675
B. El concepto extensivo de autor ... 677
C. La teoría del dominio del hecho ... 678
D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho ... 680
2. La autoría en los delitos de dominio ... 683
A. La autoría directa ... 683
B. La autoría mediata ... 685
a. Fundamento ... 685
b. Clases ... 687
b.1) Competencia primaria por el comportamiento ... 687
b.2) Competencia por la condición de instrumento ... 688
b.3) Competencia independiente de la conducta ... 690
b.4) Un caso especial: ¿Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder? ... 690
c. Límites ... 692

d. La tentativa en la autoría mediata 693
C. La coautoría 693
a. Fundamento y elementos 693
b. La tentativa en la coautoría 697
3. La autoría en los delitos de infracción de un deber 697
III. La participación 698
1. Fundamento 699
A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad 699
B. Teoría de la pura causación 700
C. Teoría de la participación en el injusto 701
D. Toma de postura: El injusto único de intervención 702
2. Los principios de la participación 704
A. La mancomunidad de la participación 704
B. La accesoriedad de la participación 705
C. La incomunicabilidad de las condiciones personales 708
3. Formas de participación 709
A. La inducción (o instigación) 709
B. La complicidad 712
IV. La autoría y la participación en los delitos especiales 716
1. El actuar en lugar de otro 716
A. La relación de representación 718
B. Actuar como órgano de representación o como socio representante 720
C. La realización del tipo penal 722
D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada 722
2. La participación en los delitos especiales 723

LECCIÓN 18
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. Introducción.. 731

II. Ideación o propósito serio de cometer un delito.. 731

III. Los actos preparatorios 732

IV. Los actos de ejecución: Tentativa 733

1. Fundamentación y delimitación de lo punible 733

2. Los elementos de la tentativa... 740

A. La imputación objetiva: El comienzo de la ejecución sin consumación. 740

B. La imputación subjetiva: La decisión de cometer el delito 742

3. La penalidad de la tentativa. 743

4. El desistimiento. 744

A. Fundamento 744

B. Las formas de manifestación del desistimiento. 746

a. El desistimiento en la tentativa acabada 747

b. El desistimiento en la tentativa inacabada.. 748

c. El desistimiento en la tentativa fracasada 748

C. Requisitos del desistimiento. 750

a. La eficacia 750

b. La voluntariedad 752

D. Efecto del desistimiento 753

V. La realización del hecho: La consumación 754

1. El concepto formal y material de la consumación 754

2. El arrepentimiento activo 755

A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño. 756

B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño 757

C. Contribución al esclarecimiento del delito 758

VI. El agotamiento del delito. 758

LECCIÓN 19
EL CONCURSO DE DELITOS

I. Introducción ... 763

II. El concurso de leyes o concurso aparente de delitos ... 763

1. Fundamento dogmático ... 765

2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes ... 766

A. El principio de especialidad ... 766

B. Principio de subsidiariedad ... 705

C. Principio de consunción ... 771

D. ¿Principio de alternatividad? ... 774

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes ... 776

A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante ... 776

B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados ... 777

III. El concurso de delitos ... 778

1. Concurso ideal de delitos ... 781

A. Concepto ... 781

B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos ... 782

a. Identidad completa ... 782

b. Identidad parcial ... 783

c. Identidad por vinculación (Verklammerung) ... 783

C. Consecuencias jurídicas ... 784

a. La exasperación del marco penal ... 785

b. El principio de combinación ... 785

2. Concurso real de delitos ... 786

3. Supuestos de unidad de delito ... 787

A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales. 788

a. La realización típica iterativa ... 788

b. La realización típica sucesiva ... 789

c. Los delitos permanentes ... 790

d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos 791
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados 791
a. El delito continuado... 791
a.1) Elementos del delito continuado. 793
a.2) Consecuencia jurídica 797
b. El delito colectivo o delito masa... 797
4. Concurrencia posterior 799

CUARTA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

LECCIÓN 20
LA PENA

I. Introducción.. 805
II. La punibilidad... 807
1. Necesidad, ubicación y fundamento 807
2. Los presupuestos de la punibilidad. 811
A. Las condiciones objetivas de punibilidad... 811
B. Las causas de exclusión de la punibilidad 812
a. Causas personales de exclusión de la punibilidad. 812
b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad.. 813
3. Consecuencias dogmáticas.. 814
A. El error sobre la punibilidad 814
B. La intervención delictiva.. 816
C. El momento y el lugar del delito.. 817
4. La distinción con los presupuestos o condiciones de procedibilidad 818
III. La determinación de la pena... 821
1. El marco penal abstracto.. 823
A. La clase de pena 823

a. La pena privativa de libertad ... 824
b. Las penas restrictivas de libertad ... 825
c. Las penas limitativas de derechos ... 826
d. La pena de multa ... 829
B. El marco penal mínimo y máximo ... 830
a. El principio de legalidad ... 831
b. El principio de proporcionalidad ... 832
b.1) El juicio de idoneidad ... 832
b.2) El juicio de necesidad ... 834
b.3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto ... 835
2. La concreción legal del marco penal ... 837
A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad 838
a. Las agravantes genéricas ... 841
b. Las atenuantes genéricas ... 844
c. Concurrencia de circunstancias genéricas ... 845
B. Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad 846
C. Concurso de delitos ... 848
3. La individualización judicial de la pena ... 851
A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena ... 852
a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad ... 853
b. El juicio de necesidad: En especial, la alternatividad penal ... 854
b.1) La suspensión de la ejecución de la pena ... 856
b.2) La reserva del fallo condenatorio ... 860
b.3) La sustitución de penas ... 863
b.4) La conversión de penas ... 863
c. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Los criterios de individualización de la pena ... 865
B. Los criterios específicos de la individualización de la pena ... 869
a. Los criterios referidos al injusto objetivo ... 872
b. Los criterios referidos al injusto subjetivo ... 874
c. Los criterios referidos a la culpabilidad ... 874

IV. Causas de extinción de la acción penal y de la pena ... 876
1. Las causas de extinción de la acción penal ... 876
A. La muerte del imputado ... 877
B. La prescripción del delito ... 877
a. Fundamento y naturaleza ... 877
b. El plazo de prescripción ... 878
c. El plazo ordinario y extraordinario de prescripción ... 882
C. La amnistía ... 885
D. El derecho de gracia ... 886
E. La cosa juzgada ... 887
F. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada 889
2. Las causa de extinción de la pena ... 889
A. La muerte del condenado ... 889
B. La prescripción de la pena ... 890
C. El cumplimiento de la pena ... 890
D. La amnistía y el indulto ... 891
E. La exención de pena ... 892
F. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada ... 893

LECCIÓN 21
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Introducción ... 897
II. Fundamento y límites ... 899
III. Naturaleza jurídica ... 903
IV. Los presupuestos ... 904
V. Clases ... 906
VI. El proceso de seguridad ... 907

LECCIÓN 22
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. Introducción ... 915

II. Clases ... 915

1. El decomiso ... 915

A. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito ... 916

a. Fundamento ... 916

b. Procedencia ... 919

c. Destino final de los bienes decomisados ... 921

d. La incautación cautelar ... 921

B. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas ... 922

2. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas ... 926

A. Naturaleza jurídica ... 927

a. Las consecuencias accesorias como penas ... 928

b. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas ... 929

c. Toma de posición ... 931

B. Presupuestos ... 932

a. Presupuestos materiales ... 933

a.1) Hecho principal ... 933

a.2) Juicio de prognosis ... 936

a.3) Test de proporcionalidad ... 936

b. Presupuestos procesales ... 938

b.1) Incorporación al proceso penal ... 938

b.2) Parte procesal ... 940

C. Clases ... 941

a. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo ... 941

b. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años ... 943

c. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase

de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito ... 943
d. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité ... 944
e. La intervención de la persona jurídica ... 944
D. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias 945
E. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias ... 946
3. Otras medidas previstas en leyes especiales ... 948

LECCIÓN 23
LA REPARACIÓN CIVIL

I. Introducción ... 951
II. La reparación civil ... 952
1. Sistema de determinación ... 953
2. Los criterios de determinación de la responsabilidad civil ... 955
3. Alcance ... 957
A. La restitución del bien ... 957
B. La indemnización por daños y perjuicios ... 958
4. Los sujetos de la reparación civil: Los responsables civiles y los agraviados ... 959
5. El incumplimiento del pago de la reparación civil ... 961
6. Las vías judiciales ... 963
- Bibliografía ... 965

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS

LECCIÓN 1
LAS CIENCIAS PENALES

I. Introducción

Toda ciencia debe contar con un objeto de conocimiento. En el caso del Derecho penal, su objeto de conocimiento es el conjunto de disposiciones jurídicas creadas para hacer frente a la criminalidad, a través de la imposición de sanciones penales[1]. Sin embargo, el fenómeno de la criminalidad puede ser enfocado científicamente también desde otras perspectivas, tal como ocurre con la criminología que la analiza como un hecho social. Esta situación de cierta comunidad respecto del objeto de estudio permitiría agrupar el conjunto de ciencias o disciplinas penales en una ciencia penal global, la que se encargaría, en general, de la investigación, ordenación y exposición de todo el sector de la vida que está determinado por la criminalidad, así como de la lucha contra la misma (enciclopedia de las ciencias penales). Pero debe quedar claro que no se trata de una unificación metodológica de todas las disciplinas penales, sino de una reunión de carácter funcional, esto es, de contribuir a que cada disciplina cumpla más eficazmente con sus propios objetivos gnoseológicos e instrumentales[2].

En estas lecciones referidas a la Parte General del Derecho penal queda claro que no se va a realizar una exposición global del fenómeno criminal. No obstante, para poder determinar adecuadamente el enfoque propio

---

[1] Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 36: "*El objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva juridicopenal*".

[2] Si bien se le reconoce a von Liszt como el principal impulsor de la idea de una ciencia penal global, hay que reconocer que se hizo con un predomino de las ciencias sociales sobre la disciplina jurídica, a la que se le asignó una función esencialmente didáctica. Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 46. Por el contrario, en la actualidad ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 14, destaca al Derecho penal como la ciencia base de la llamada ciencia global del Derecho penal.

del Derecho penal, resulta conveniente llevar a cabo, cuando menos, una breve descripción de la perspectiva de análisis asumida por las distintas ciencias penales, dividiéndolas, a tal efecto, en ciencias criminológicas, por un lado, y ciencias jurídico-penales, por el otro. La pretensión de verdad a la que aspira toda ciencia solamente puede alcanzarse si es que se es consciente de las distintas perspectivas de análisis a las que se puede someter un mismo ámbito de la realidad[3].

II. La criminología

La criminología es la ciencia que se ocupa del "*delito como fenómeno social*"[4]. En este orden de ideas, se ha encargado fundamentalmente de determinar las posibles causas de la criminalidad (la perspectiva etiológica)[5], así como las diversas manifestaciones del delito como fenómeno empírico (características, regularidad, circunstancias, etc.). Su objeto de estudio, sin embargo, se ha nutrido en los últimos tiempos de una perspectiva sociológica que pone su acento más en los procesos sociales de criminalización y en la forma de prevenir más eficazmente los delitos[6]. En todo caso, con independencia de si el enfoque tiene un cariz más individualista o más sociológico, la criminología recurre siempre a un método de análisis empírico, por lo que resulta plenamente válida la afirmación de JESCHECK que califica a la criminología como una ciencia fáctica frente al Derecho penal como disciplina normativa[7].

1. Las causas del delito

La visión tradicional de la criminología es la que considera a la criminalidad desde una perspectiva etiológica, es decir, que se trataría de una ciencia que estudia las causas del delito. Pese a que algunos sostienen que esta visión de la criminología está en crisis, no hay duda que los estudios criminológicos siguen atados a esta percepción, siendo posiblemente lo novedoso que la explicación del delito se intente encontrar en factores muy

---

[3] "*La realidad, pues, se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano, se halla para otro en primer término*" (ORTEGA Y GASSET, *El Espectador*, p. 52).

[4] Vid., SUTHERLAND/CRESSEY/LUCKENBILL, *Principles of Criminology*, p. 3.

[5] Vid., SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, p. 27.

[6] Al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 1 y s.

[7] Vid., JESCHECK, *Tratado*, I, p. 62.

diversos. En efecto, la criminología no se ha quedado en una explicación monocausal del delito, sino que ha entrado a analizar diversos aspectos que podrían tener incidencia en la realización de las conductas delictivas. Así, las causas del delito podrían encontrarse no sólo en diversos aspectos del delincuente mismo, sino también en la sociedad o incluso en la propia víctima.

A los estudios criminológicos que parten de la idea de que la causa del delito reside fundamentalmente en el propio ser humano se les agrupa en torno a la llamada *antropología criminal*. En razón del origen individual de esta forma de ver la causa de la criminalidad, la antropología criminal se puede dividir en *biología criminal* y *psicología criminal*[8]. La primera entiende que el hombre delincuente está determinado por ciertos aspectos de su constitución física, mientras que la segunda pone el énfasis en la constitución psicológica del delincuente.

En cuanto a la llamada biología criminal, los estudios de Cesare LOMBROSO son posiblemente los más representativos de esta perspectiva de análisis. Estos estudios se esforzaron por encontrar una característica física común en los delincuentes que determinara su inclinación al crimen[9]. Si bien podría decirse que esta forma de percibir la causa del delito se encuentra hoy superada, no puede desconocerse que en la actualidad está teniendo lugar un cierto renacimiento de las variables biológicas en la criminología contemporánea[10], lo que resulta especialmente estimulado por los recientes estudios referidos a la información genética, sobre todo a partir de la idea del gen del hombre delincuente[11].

La psicología criminal, por su parte, no busca causas físicas en la constitución del ser humano que le lleven a delinquir, sino que parte de entender al delincuente como un sujeto poseedor de una personalidad que le lleva a tomar decisiones criminales. La causa del delito estaría,

---

[8] Al respecto hay ciertas diferencias terminológicas entre los autores. Algunos identifican la antropología criminal con la biología criminal (así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 89), por lo que proceden a luego subdividir la biología criminal en somatología criminal (anatomía y fisiología) y psicología criminal. Con independencia de estas diferencias terminológicas, el hecho es que hay coincidencia en dividir las causas de la criminalidad procedentes del delincuente en unas de origen físico y otras de origen psicológico.

[9] Destaca especialmente el trabajo *L'Uomo delinquente stutiato in rapporto alla Antropología, alla Medicina legale ed alle discipline carcelarie*, Milano, 1876.

[10] Vid., con mayores referencias, SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, p. 217 y ss.

[11] Vid., MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 196.

por lo tanto, en cierta constitución psíquica del paciente, la cual podría provenir de la adquisición de ciertos modelos de conducta o, en casos graves, de una patología mental (psiquiatría criminal). Con la determinación de las causas psicológicas y el grado de distorsión psíquica del delincuente, se podrá indicar el tratamiento adecuado para curar dicha distorsión y prevenir la comisión de nuevos delitos. Modernamente esta perspectiva de análisis lleva a modelos teóricos conductuales, cognoscitivos o factoriales[12].

La sociología criminal, a diferencia de la antropología criminal, estudia las causas de la criminalidad en el plano social, de manera tal que la forma más eficiente de enfrentarse a la misma tiene que ser mediante la reforma o eliminación de los condicionantes sociales que provocan la criminalidad. En su formulación originaria, que proviene de Enrico FERRI, la sociología criminal no vio al delito como consecuencia de causas estrictamente sociales, sino, más bien, como una síntesis de factores biológicos, físicos y sociales[13]. Sin embargo, en la actualidad los estudios criminológicos se decantan esencialmente por un enfoque sociológico, radicando la diferencia fundamentalmente en la posición explicativa o crítica que se hace a la forma de estructuración social que origina o estimula la criminalidad.

Algunos, como es el caso del positivismo de DURKHEIM, entienden que el delito es un hecho normal que mantiene despierta la consciencia colectiva de la sociedad (el principio de normalidad del delito)[14]. Otros se centran, más bien, en los procesos sociales que determinan el origen o aumento de la criminalidad como es el caso de la teoría del aprendizaje social (el delito es un tipo de conducta que se aprende[15]), la teoría de la anomia (el delito se explica por la discrepancia entre los fines culturales y el acceso de determinados sujetos a medios legítimos para alcanzar esos fines[16]) o la teoría de la frustración (el delito es consecuencia de un estado de frustración por el bloqueo de oportunidades[17]). Con una perspectiva mucho

---

[12] Con mayores detalles, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 408 y ss.

[13] FERRI, *Sociología Criminal*, Tomo I y Tomo II, México DF, 2004 (reimpresión de la edición española a cargo de Antonio Soto y Hernández). Vid., la exposición de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 246 y ss.

[14] *Las reglas del método sociológico*, Madrid, 1978, passim.

[15] Vid., con mayor detalle, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 410 y ss.

[16] Vid., SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, p. 309 y ss.

[17] Vid., SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, p. 321 y ss.

más crítica respecto a la estructuración social, la teoría del etiquetamiento (*labeling approach*)[18] y la criminología crítica[19] se ocupan de describir y cuestionar los procesos sociales de criminalización y cómo se pretende resolver vanamente el problema de la criminalidad por las instancias de control penal.

Como causa del delito se ha estudiado también a la propia víctima, agrupándose los estudios criminológicos que se inscriben en esta perspectiva en torno a la llamada victimología[20]. Según esta disciplina, la víctima de un delito o hecho dañoso es, en algunos casos, con mayor o menor relevancia, causa o factor condicionante de la realización del hecho delictivo, por lo que la conducta precedente de la víctima puede ser un factor que contribuye a la realización de hechos socialmente desvalorados. Desde esta perspectiva, muchas veces la reducción de determinado tipo de criminalidad puede depender de ordenar adecuadamente el propio comportamiento de la víctima.

2. La definición del delito

Para poder hablar de criminalidad, la criminología se ha ocupado también de definir el delito. La postura más simple es aquella que recurre a la definición legal para determinar si una conducta es delictiva[21]. Esta postura contrastaría, sin embargo, con la autonomía científica de la criminología y se mostraría poco útil para los planteamientos criminológicos críticos frente al proceso social de criminalización. Por esta razón, se intenta definir el delito desde un punto de vista material, en atención a su carácter dañoso, desviado o disfuncional[22]. Algunos autores se han decantado incluso por un concepto no unitario de delito, de manera que podrá optarse por un concepto formal o material dependiendo de los fines de la investigación criminológica[23].

---

[18] Vid., respecto de los puntos de partida de este enfoque criminológico, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 474 y ss.

[19] Vid., la referencia en VILLAVICENCIO TERREROS, *Introducción a la criminología*, p. 91 y s.

[20] Vid., la referencia al origen de la victimología, BODERO, *Relatividad y delito*, p. 168 y s.

[21] Sobre la concepción legal del delito, SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, p. 60 y ss.

[22] Sobre las concepciones materiales del delito, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 57 y ss.

[23] Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 62.

Por otro lado, dado que la criminología se ocupa de la criminalidad como un fenómeno empírico, es lógico que su objeto de análisis evolucione como lo hace la propia sociedad. En este sentido, cuando se habla de criminalidad su ámbito de significación no puede reducirse a la llamada criminalidad violenta o usual (homicidios, robos, secuestros, etc.), sino que debe incluir las nuevas formas de criminalidad como es el caso de la delincuencia económica o corporativa. En efecto, desde finales de la primera mitad del siglo XX los estudios criminológicos se han esforzado seriamente por destacar la existencia de una criminalidad de cuello blanco, en donde el delincuente no es una persona marginal del bajo mundo, sino una persona exitosa en los negocios y con pretensiones de incrementar desmedidamente sus beneficios. Los trabajos del criminólogo norteamericano Edwin H. SUTHERLAND constituyen el punto de inicio de este cambio de paradigma en el conocimiento criminológico[24].

3. La importancia de la criminología para las ciencias jurídico-penales

Si el Derecho penal no produce el efecto real de reducir o mantener las cuotas de criminalidad en límites socialmente tolerables, entonces no hay justificación para mantenerlo en vigencia. Tendría que ser reemplazado por algo más efectivo. En este orden de ideas, presupuesto para la existencia del Derecho penal es que éste despliegue consecuencias empíricas en relación con el control del problema social de la criminalidad. Y precisamente para la determinación de este aspecto empírico del sistema penal resultan decisivos los estudios criminológicos[25].

No obstante, la falta de eficacia del sistema penal no debe llevar necesariamente a su abandono, pues esta situación en muchos casos se puede revertir con una adecuada reestructuración del sistema penal. Igualmente aquí los estudios criminológicos juegan un papel importante, en la medida que no sólo develan la falta de eficacia del sistema penal, sino que también le permite a la política criminal general o específica de determinado gru-

---

[24] SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, p. 3 y ss.

[25] Por esta razón advierte GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 205, que: "(...) *un Derecho Penal distanciado de la investigación criminológica, sin respaldo empírico, da la espalda a la realidad -la desprecia- con los riesgos que una actitud ignorante o arrogante de tal naturaleza comporta convertirse en coartada de un mero decisionismo*". Similarmente, MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 203.

po de delitos definir adecuadamente los mecanismos de reacción frente al delito. Como puede verse, la criminología suministra datos relevantes para decidir sobre el "si" y el "como" del sistema penal[26].

En aspectos concretos, la criminología aporta claridad sobre la realidad que es interpretada, en clave normativa, por el Derecho penal[27]. Muchos conceptos utilizados por los tipos penales no pueden ser comprendidos sin ayuda de la criminología, como es el caso de la reincidencia, la habitualidad o la peligrosidad[28]. Igualmente, los estudios de la psicología criminal resultan relevantes para una adecuada configuración de la categoría de la imputabilidad penal[29]. Por su parte, la influencia de las estructuras injustas de la sociedad en el génesis del delito podría reforzar la idea de cierta corresponsabilidad de la sociedad en los delitos cometidos por sujetos marginales, lo que obligaría a considerar normativamente la situación de marginalidad como una atenuante de la pena (la llamada co-culpabilidad de la sociedad[30]). Asimismo, los estudios de la victimología podrían sustentar supuestos de intervención decisiva de la víctima en el delito, lo cual podría tenerse en cuenta al momento de determinar la competencia de la víctima en la imputación penal[31]. Está claro que en todos estos casos los estudios criminológicos no son determinantes de los criterios normativos, pero no puede negarse que suministran claridad respecto de la base fáctica sobre la que recae una decisión normativa.

III. Las ciencias jurídico-penales

Las ciencias jurídico-penales comprenden las distintas ramas del Derecho que regulan la actividad punitiva. Dado que el titular exclusivo del poder punitivo es el Estado, estas ciencias forman parte del Derecho Público. Para ordenar la exposición de las ciencias jurídico-penales, se sigue los momentos diferenciados en los que el Estado ejerce el *Ius puniendi*: el sustantivo, el procesal y el de ejecución.

---

[26] Similarmente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 193 y ss.

[27] Así, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 34.

[28] En este sentido, MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 203.

[29] Vid., MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 206; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 512.

[30] Vid., sobre la co-culpabilidad, PRADO SALDARRIAGA, *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, p. 125.

[31] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 99; PRITTWITZ, en *La víctima en el sistema penal*, Schünemann/Albrecht/Prittwitz/Fletcher, p. 64 y ss.

1. El Derecho penal sustantivo

Se conoce como Derecho penal sustantivo al conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas son consideradas delictivas y qué consecuencias jurídico-penales conllevan[32]. Esta definición se obtiene a través de una relación de oposición con el llamado Derecho adjetivo, el cual agrupa las normas de carácter procesal. Si bien los estudios jurídicos actuales responden también a esta diferenciación, existen ya intentos que procuran conformar un sistema integral del Derecho penal en el que los conceptos penales estén informados conjuntamente de la vertiente sustantiva y procesal[33].

El Derecho penal sustantivo puede ser estudiado, a su vez, desde dos perspectivas. En relación con su aplicación, el Derecho penal sustantivo es sistematizado por la dogmática penal. Pero el Derecho penal también puede ser observado en atención a su mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad o al mantenimiento de las garantías jurídico-penales. En este caso el Derecho penal sustantivo se estudia desde la llamada política criminal.

A. La dogmática jurídico-penal

La dogmática jurídico-penal se encarga del estudio de las leyes penales para su conocimiento, sistematización conceptual y correcta aplicación. Esto es lo que constituye fundamentalmente la asignatura de Derecho penal, por lo que SILVA SÁNCHEZ la llama la *ciencia del Derecho penal por excelencia*[34]. Se le denomina dogmática penal porque parte del estudio del Derecho penal positivo como si fuese un conjunto de dogmas[35]. No obstante, debe quedar claro que esta dogmatización del Derecho positivo no debe entenderse como una aceptación cerrada y acrítica de una verdad absoluta e inmutable, sino como el punto de partida para el conocimiento y la aplicación ordenada del Derecho penal en razón de la vinculación que impone el principio de legalidad. Si es que el Derecho vigente no permite al-

---

[32] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 23.

[33] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (eds.), p. 21; RAGUÉS I VALLÈS, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del proceso penal peruano*, p. 129 y ss.

[34] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 45.

[35] Así, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 36, nota 40: "*Dogmático porque parte de la ley -lo que ha de interpretar- como de un dogma*".

canzar una solución razonable, entonces la dogmática servirá para develar dicha situación, por lo que cabe asignarle también una función crítica[36].

La necesidad de ordenar el conocimiento del Derecho positivo no se debe a la dificultad de conocer lo que dicen las leyes penales, sino de hacerlas aplicables a la realidad, ya que en la realidad una persona no mata a otra persona, sino que se presenta todo un conjunto de circunstancias concretas relevantes para la imputación penal como podría ser la edad del autor, la agresión ilegítima de la víctima o el carácter fortuito del resultado[37]. Es necesaria pues una teoría del delito que sea completa, lo que no se alcanza únicamente con lo dispuesto por el Derecho positivo. Por otra parte, la ordenación de la normatividad penal permite garantizar una Administración de Justicia Penal encausada dentro de una racionalidad del sistema. Como lo ha dicho MUÑOZ CONDE: "*La dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites*"[38].

Se ha discutido mucho sobre el carácter científico de los estudios dogmáticos. Para responder a la cuestión de si la dogmática jurídica es una ciencia, habría que precisar previamente qué define una ciencia. Si se considera que ciencia solamente puede ser el conocimiento que se ordena con base en el método descriptivo-experimental (concepto positivista de ciencia), difícilmente podrá atribuírsele a la dogmática penal el carácter de ciencia[39]. La situación cambia si se acepta también como científico el método comprensivo o hermenéutico propio de las ciencias humanas o del espíritu[40]. La dogmática penal constituye una ciencia hermenéutica porque su objeto es la comprensión del Derecho penal[41], y su cientificidad se sustenta en que procura un mayor conocimiento sobre lo que rige verda-

---

[36] Vid., así, expresamente, MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 189 y s.

[37] Similarmente, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 36 y ss.

[38] MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 212.

[39] GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 38 y s.

[40] Así, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 60. Sobre el modelo dual de las ciencias que admite junto a las ciencias naturales y formales, las ciencias culturales o del espíritu, vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 152 y s.

[41] WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 250; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 60.

deramente conforme al ordenamiento jurídico-penal[42]. En la actualidad, la opinión dominante asume indiscutiblemente el carácter científico de la dogmática penal[43].

Para que la dogmática penal cumpla con el objetivo de dar conocimiento completo del contenido del Derecho penal y permitir su correcta aplicación en la práctica, el dogmático debe realizar las siguientes funciones:

a. Interpretación

La primera función que debe cumplir el dogmático es interpretar, esto es, "*buscar el sentido y el valor de la norma para medir la extensión precisa, el valor exacto y los límites de aplicabilidad a casos concretos*". Para esto se recurre a los métodos de interpretación de las leyes penales, de los que nos ocuparemos más adelante en la lección referida a la interpretación de la ley penal. Si bien el contenido de los enunciados podría entenderse en algunos casos sin mayor dificultad, una labor de interpretación resulta siempre necesaria para determinar qué casos concretos entran dentro del supuesto legal. Las leyes no utilizan una descripción circunstanciada de los casos regulados, sino que, por el contrario, recurren a conceptos generales que necesitan ser interpretados.

No hay duda que la interpretación de los textos legales no es una labor sencilla. La pretensión de poder diferenciar el conocimiento y la decisión, limitando la interpretación al conocimiento de la ley, es en la actualidad insostenible[44]. La dogmática penal debe dar cabida a decisiones previas antes de llevar a cabo la interpretación de las leyes penales[45]. En este orden de ideas, la única manera de excluir la pura arbitrariedad del intérprete será vincularlo a una comprensión de la persona, la norma y la sociedad. Como puede verse, la interpretación de las leyes penales no puede ser entendida como un proceso puramente formal o procedimental, sino que requiere tener definidos los conceptos básicos del sistema penal.

---

[42] En este orden de ideas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 178, señala que: "*en las proposiciones dogmáticas no se contienen meras afirmaciones o valoraciones arbitrarias, ni opiniones sin fundamento, sino que tras ellas puede y debe descubrirse un esfuerzo serio y tenaz, centenario, de afrontar los problemas que plantea la atribución de responsabilidad criminal de un modo racional y orientado al norte del «Derecho correcto»*".

[43] Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 149 y ss.

[44] Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 63 y s., con mayores referencias.

[45] En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 64.

b. Elaboración de categorías y conceptos generales

A pesar de que la legislación utiliza conceptos en alguna medida generales, es necesaria una labor de interrelación entre los conceptos y la elaboración de conceptos generales intermedios. Mediante la inducción y abstracción, junto con los principios generales del Derecho, la dogmática penal elabora categorías generales como los son, por ejemplo, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en la llamada teoría del delito. Esto permite efectivizar la igualdad en la Administración de Justicia, pues situaciones que en sus particularidades se mostrarían como distintas, podrían ordenarse en una misma categoría general y merecer, por ello, un tratamiento igual. La abstracción permite reconocer qué aspectos son esenciales y cuáles accidentales y de esta manera reducir la complejidad de cada caso particular[46].

c. Sistematización

La dogmática penal debe proceder finalmente a una sistematización de los conceptos o categorías generales desarrollados a partir de la interpretación de los textos legales. La formación de un sistema conceptual contribuye, en definitiva, a la seguridad jurídica, en la medida que permite darle racionalidad al conjunto de disposiciones penales, así como una aplicación uniforme, calculable y controlable[47]. Sin la dogmática el Derecho penal no podría enseñarse, aprenderse ni mucho menos controlarse.

La formación de un sistema conceptual no debe llevar a la idea de que dicho sistema debe permanecer inmutable y cerrado a la realidad. Todo lo contrario. Desde hace más de tres décadas los estudios dogmáticos se han esforzado por desarrollar sistemas conceptuales que se encuentren abiertos al cambio social, de manera tal que las soluciones que se deriven del sistema se correspondan con las necesidades sociales de punición[48]. Una dogmática penal que no responda a las necesidades de su tiempo, tiene indudablemente los días contados. Esta constatación, sin embargo, no debe entenderse como la asunción de un relativismo

---

[46] Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 49 y s.

[47] GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios*, p. 158.

[48] Vid., la orientación al problema de la dogmática penal contemporánea, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (comp.), p. 35 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p.78 y ss.; MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 275.

valorativo en la construcción del sistema dogmático, sino como una necesaria labor de contextualización. Si bien la dogmática debe apuntar siempre a la persona, no hay que olvidar que el entorno natural de la realización personal es la realidad social, lo que obliga a tener en consideración los aspectos constitutivos de la sociedad en un momento determinado.

d. Crítica

Tal como se ha indicado, a la dogmática penal cabe asignarle también una función crítica, pues se parte del Derecho positivo, pero sin una fe ciega en la corrección de las formulaciones legales. El dogmático no se limita a sistematizar el Derecho penal vigente, sino que debe evaluar su correspondencia con la dignidad humana, los derechos fundamentales o la democracia. La función crítica le permite concretamente poner de manifiesto cuáles son los vacíos legales o las disposiciones que llevan a soluciones contradictorias o inadecuadas. Debe quedar claro que esta función crítica no se lleva a cabo luego de la interpretación, conceptualización y sistematización de la normativa jurídico-penal, sino en cada uno de estos momentos[49].

B. La política criminal

El Derecho penal puede verse también como uno de los instrumentos de lucha, quizá el más importante, utilizados por el Estado para hacer frente a la criminalidad. Se trata aquí de la llamada política criminal, la cual se encarga de valorar los medios utilizados para la prevención del delito desde el punto de vista de la eficacia y las garantías fundamentales, con la finalidad de proponer su mejoramiento[50]. En la política criminal puede identificarse dos fines esenciales. Por un lado, esta disciplina apunta a establecer la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad (*Zweckrationalität*), teniendo en consideración factores como la severidad de la pena o la certeza del castigo. Por otra parte, la política criminal somete a valoración los medios utilizados para la represión penal (*Wertrationalität*) desde el punto de vista del respeto

[49] En este sentido, MUÑOZ CONDE *Introducción*, p. 278 y s.

[50] Así, ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 4 la define como la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal.

a las garantías jurídico-penales o, también conocidos, como principios político-criminales[51].

La ponderación política del sistema penal puede tener lugar en el plano legislativo y en el judicial. En el primero, la política criminal se encarga de determinar qué clase de conductas socialmente nocivas debe prevenirse por medio del Derecho penal con base en los criterios de merecimiento y necesidad de pena. Es aquí donde entran en consideración las necesidades y valoraciones sociales. Del mismo modo, la política criminal puede determinar la reforma del Derecho penal positivo vigente para mejorarlo y hacerlo más eficaz y acorde con la evolución social (por ejemplo, la inclusión de nuevos tipos penales, la ampliación de los supuestos típicamente previstos, el aumento de la severidad de la pena, etc.)[52]. Si bien esta labor implica cierto conocimiento del sistema penal, no se trata de un trabajo exclusivo de los dogmáticos, sino fundamentalmente de los políticos (legisladores)[53].

La política criminal puede tener influencia no sólo en el ámbito de la creación o reforma de las leyes penales, sino también al momento de su aplicación por parte de los tribunales penales. En este nivel sí existe una íntima relación entre la dogmática penal y la política criminal[54], por lo que, dentro de los límites de las leyes penales que impone el principio de legalidad, las decisiones judiciales deben optar por las soluciones político-criminalmente más convenientes[55] como, por ejemplo, el reforzamiento de la confianza en una norma esencial especialmente cuestionada o la interpretación más favorable al reo en caso de tipos penales con una redacción excesivamente amplia o severa. En la actualidad, existe un consenso más o menos extendido en los estudios dogmáticos sobre la necesidad de orientar las soluciones dogmáticas a la consecución satisfactoria de las finalidades político-criminales.

---

[51] Destaca tanto la racionalidad orientada al fin, como la orientada al valor en la política criminal moderna, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 19 y ss.

[52] Así, la perspectiva de *lege ferenda* de la política criminal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 48.

[53] ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 3 destaca, en esta línea, que la política criminal es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general, es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal.

[54] Fundamental, ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972, passim.

[55] En este sentido, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 78.

2. El Derecho procesal penal

El Derecho procesal penal se ocupa del proceso formalizado que permite la imposición de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal sustantivo ante la constatación de la realización de un hecho delictivo. A diferencia de los hechos regulados por leyes causales, en donde el efecto previsto se produce automáticamente con la presencia de la causa, en el caso de las leyes jurídicas la consecuencia jurídica prevista no tiene lugar de manera automática. En este sentido, resulta necesario que un juez o tribunal realice un juicio de imputación en el que se determine no sólo que el hecho sometido a su conocimiento se incluya dentro del supuesto de la ley penal (*quaestio iuris*), sino también que ese hecho concreto se encuentre suficientemente probado (*quaestio facti*). El Derecho procesal penal sirve, pues, para la efectiva realización del Derecho penal sustantivo[56].

El Derecho procesal penal es estudiado científicamente por la ciencia del Derecho procesal. Su método es igual al de la ciencia del Derecho Penal, por lo que también puede hablarse de una dogmática jurídico-procesal-penal. Sin embargo, dada la mayor concreción que tienen las formulaciones legales procesales, una de las características más saltantes de la dogmática procesal penal es su marcada vocación práctica y, por lo tanto, el natural reparo a formulaciones conceptuales demasiadas abstractas o filosóficas. Esta mayor incidencia práctica del objeto de estudio del Derecho proceso penal explica, por otra parte, que sea imprescindible el auxilio de otras ciencias o disciplinas técnicas para que el proceso penal alcance sus fines correspondientes[57].

A. La ciencia del Derecho procesal (penal)

La ciencia procesal tiene por objeto el conocimiento de las disposiciones legales que regulan el proceso penal, es decir, el conjunto de pasos necesarios para investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las conductas punibles[58]. La interpretación de dichas disposiciones se ordena conforme al

---

[56] Como lo dice BELING, *Derecho procesal penal*, p. 1: "(...) *el Derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida*". Por esta razón, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 8 y ss., reconoce la naturaleza auxiliar del Derecho Procesal Penal, pero destacando su autonomía.

[57] ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 9, habla de una cooperación interdisciplinaria.

[58] Similarmente, ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 8, señala que la teoría del derecho procesal penal analiza científicamente las normas de procedimiento penal.

modelo procesal asumido. En la actualidad, conviven en el país dos modelos procesales distintos, uno mixto (inquisitivo con rasgos acusatorios) que está en extinción y otro acusatorio garantista que está entrando en vigencia paulatinamente con el Código Procesal Penal de 2004. Este modelo procesal penal parte de distinguir claramente las funciones de acusar (Ministerio Público) y de juzgar (Poder Judicial)[59], reconociendo la necesaria vigencia de garantías procesales[60], así como estableciendo, al interior del proceso, los mecanismos de aseguramiento de dichas garantías. En este sentido, el Derecho procesal penal se ocupa no sólo de las disposiciones legales que permiten la imposición legítima de una sanción penal, sino también de los límites a las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución y sanción penal.

B. Las ciencias y disciplinas auxiliares

Como ya se ha indicado, para que el proceso penal alcance sus fines no basta seguir las normas procesales sistematizadas por la ciencia del Derecho procesal penal. Los jueces penales deben recurrir además a distintas ciencias y disciplinas auxiliares para alcanzar los fines del proceso. Estas ciencias o disciplinas pueden tener un carácter jurídico o no. Especialmente cabe destacar, sin negar la existencia o el aporte de otras disciplinas, el Derecho judicial, la criminalística y la medicina legal.

a. El Derecho judicial

En lo que atañe al proceso penal, el Derecho judicial permite conocer la estructura y los principios de organización de los tribunales penales[61]. La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de la Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público constituyen la parte más relevante de esta rama del Derecho que permite una mejor definición del proceso penal. En estas normas orgánicas se contienen incluso normas de carácter procesal referidas al proceso penal regulado por el Código de Procedimientos Penales, como es el caso, por ejemplo, del recurso de queja de derecho contra

---

[59] Vid., ARMENTA DEU, *Principio acusatorio*, p. 56 ss.

[60] Sobre el reconocimiento de principios y garantías procesales en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, SAN MARTÍN CASTRO, en *El nuevo Proceso Penal*, Cubas Villanueva/Doig Díaz/Quispe Farfán (coord.), p. 14 y ss.

[61] Vid., NAUCKE, *Derecho Penal*, p. 154, en relación con lo que llama "Derecho de la organización judicial".

los archivos dispuestos por los fiscales provinciales o la organización de las audiencias en los juicios penales. Por ello, no resulta extraño que BELING considerara que esta rama del Derecho formaba parte de un Derecho procesal penal en sentido amplio[62].

b. *La criminalística*

La criminalística fue sistematizada como disciplina por Hans GROSS a finales del siglo XIX[63]. Se la ha definido como el conjunto de conocimientos y técnicas utilizados para la averiguación y esclarecimiento del delito, el descubrimiento del delincuente y la aportación de pruebas al proceso. Se trata, para decirlo en palabras más sucintas, del arte de la pesquisa. La contribución de la criminalística al proceso penal consiste en aportar las evidencias físicas con las que generar la suficiente base probatoria para dar por acreditada la base fáctica sobre la que se sustenta la imputación penal.

Se ha discutido mucho sobre el carácter científico de la criminalística, pues algunos la consideran simplemente una técnica[64], mientras que otros señalan que se trata de una ciencia empírica[65] que se caracteriza por su multidisciplinariedad[66]. Pero con independencia de esta discusión, en la que no se va a entrar por razones de utilidad, la criminalística constituye, sin duda, una ayuda indispensable para el éxito del proceso penal y, por tanto, para la realización del Derecho penal sustantivo.

c. *La medicina legal y la psiquiatría forense*

La investigación penal requiere, en muchos casos, de conocimientos de carácter científico, como es el caso de los conocimientos médicos o psiquiátricos. Es así que determinados profesionales de la salud se especializan en la aplicación de los conocimientos médicos para la investigación criminal, dando origen a la llamada medicina legal y a la psiquiatría foren-

---

[62] Vid., BELING, *Derecho procesal penal*, p. 3, quien utilizó la expresión de "Derecho de la organización de los tribunales" para referirse a lo que se conoce actualmente como Derecho Judicial.

[63] Vid., GROSS, *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, passim.*

[64] Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 145.

[65] De este parecer, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 79.

[66] Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 42; GUZMÁN, *Manual de criminalística*, p. 37.

se[67]. Se trata de ciencias médicas puestas al servicio de la Administración de Justicia. Sin embargo, resulta necesario precisar que la medicina legal y la psiquiatría forense no son ciencias que auxilien exclusivamente al sistema penal, sino que sirven también para otro orden de cosas jurídicamente relevantes como, por ejemplo, el reconocimiento de paternidad, la incapacidad civil, etc.

En el ámbito penal, las ciencias médicas resultan necesarias para el esclarecimiento de diversos aspectos fácticos que se discuten en el proceso penal. Por ejemplo: la medicina legal sirve para determinar las causas y los medios utilizados para dar muerte a una persona (necropsia) en los delitos contra la vida, la gravedad de las lesiones en el delito de lesiones o la existencia de una penetración violenta en la violación sexual. Por su parte, la psiquiatría forense ofrece datos empíricos relevantes para determinar la culpabilidad del autor (si es inimputable o no)[68], los daños psicológicos sobre la víctima o su incapacidad de comprensión y, por tanto, su mayor indefensión ante la conducta delictiva.

3. El Derecho penitenciario

El Derecho penitenciario regula el cumplimiento o ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, así como su control[69]. En este cuerpo normativo se contemplan concretamente las condiciones en las que deben ejecutarse las penas impuestas y también la posibilidad de obtener ciertos beneficios por razones de resocialización: Los llamados beneficios penitenciarios. También forma parte de esta rama del Derecho la labor de registro de los procesados y condenados (tan importante para la operatividad de las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad), así como la posterior rehabilitación registral (lo que JESCHECK llama Derecho registral penal[70]).

---

[67] Algunos autores como CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 79, consideran que la medicina legal y la psiquiatría forense forman parte de la criminalística.

[68] Así, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 80.

[69] Similarmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 11. Si esta regulación puede considerarse una ciencia jurídica autónoma, es discutido. Por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 51 no creía que la preceptiva penitenciaria podía tener aún el título de *Derecho*.

[70] Vid., JESCHECK, *Tratado*, I, p. 25.

En estrecha vinculación con el Derecho penitenciario se encuentra la llamada penología. Esta disciplina se ocupa del estudio y sistematización de las diversas sanciones penales como son las penas, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias e incluso ciertas medidas procesales como la detención o prisión preventiva. Se ha cuestionado su carácter de ciencia[71], su autonomía e incluso su alojamiento sistemático[72]. Su denominación (penology) se acuña en el año 1834 de la mano Francis LIEBER[73], quien la concibe como la disciplina que se ocupa de la aplicación y ejecución de toda clase de penas. Nace así con una dimensión amplia que trata del castigo del delincuente, por lo que su perspectiva de análisis no se centra en un punto de vista técnico-jurídico, sino que se mueve fundamentalmente en un plano político-criminal y sociológico[74].

IV. La ciencia del Derecho penal

1. Denominación

Para designar a la ciencia jurídica que regula la potestad punitiva del Estado se ha recurrido a la denominación de "Derecho penal". Esta denominación es la que finalmente se ha impuesto frente a la de Derecho criminal que, por ejemplo, se utiliza en los países de influencia anglosajona: *criminal law*.[75] Como puede verse, antes que recurrir al hecho que origina la intervención del Derecho en este ámbito, la denominación utilizada se centra en la consecuencia más importante que se deriva del mismo[76], lo que es posiblemente lo más específico. En este aspecto nuestro sistema penal es similar al Derecho penal alemán, en donde si bien al principio se utilizó el término de *peinliches Recht* -que deriva de *Pein* que significa padecimiento, suplicio, penitencia- y posteriormente Derecho criminal (*Kriminalrecht*),

---

[71] Se la niega JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136.

[72] Vid., así, sobre la discusión de si forma parte de la criminología o no, MUÑOZ CONDE *Introducción*, p.198 y s.

[73] Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136.

[74] Similarmente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 136: "*Así como el Derecho penitenciario es una parte del Derecho Penal, la Ciencia Penitenciaria es una rama separada de la Criminología*".

[75] MIR PUIG, *Introducción*, p. 21.

[76] Por eso, aunque cabe también la imposición de medidas de seguridad, la pena ocupa el papel principal como consecuencia jurídica del delito. Vid., así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 19.

finalmente se ha impuesto, desde principios del siglo XIX, el de Derecho penal (*Strafrecht*)[77].

En cuanto a la denominación utilizada, habría que señalar que una referencia a secas al "Derecho penal" resulta de alguna manera incorrecta, pues con ella se alude únicamente al objeto de estudio (el Derecho penal). Pero si se tiene en cuenta que de lo que se trata es de conocer de una manera metódica el Derecho penal, la denominación adecuada debería ser la de "Ciencia del Derecho penal", pues no se trata del objeto en sí, sino de una manera de estudiarlo. GIMBERNAT ORDEIG explica esta imprecisión terminológica con un ejemplo de las ciencias médicas: "la patología es la ciencia que estudia las enfermedades y a nadie se le ocurre llamarle al curso «enfermedades»"[78].

2. Concepto

En la doctrina penal se ha impuesto la definición del Derecho penal como el conjunto de preceptos jurídicos establecidos por el Estado que asocian al delito, como hecho, una pena o medida de seguridad como legítima consecuencia[79]. De este concepto se desprenden claramente tres perspectivas de análisis del objeto de estudio del Derecho penal. En efecto, podría verse al Derecho penal primeramente como algo ya constituido (Derecho penal objetivo) y proceder a analizarlo, sea como un conjunto sistemático de reglas jurídicas (Derecho penal formal), sea como el conjunto de criterios que *legitima* la aplicación de una pena o medida de seguridad (Derecho penal material). Por otro lado, el Derecho penal puede analizarse también como producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado puede recurrir a la pena y cómo puede hacerlo (Derecho penal subjetivo). En las lecciones que siguen, se procederá a precisar los aspectos centrales de cada una de estas tres perspectivas de la definición del Derecho penal.

---

[77] Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 17; BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, p. 3 y ss.

[78] GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 14.

[79] La base de esta definición viene de VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, s/f, p. 5 que definió al Derecho penal como "*el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legitima consecuencia*".

LECCIÓN 2
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. Introducción

El Derecho penal en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delito y cuáles son las penas aplicables a dichos delitos. Para poder captar adecuadamente la estructura formal del Derecho penal resulta necesario diferenciar lo que se entiende por ley penal y por norma penal. Si bien muchas veces se utilizan ambos términos indistintamente para referirse a las disposiciones jurídicas de carácter penal, lo cierto es que no son lo mismo en el plano formal. Mientras la ley penal constituye expresión del principio de legalidad, la norma penal está en estrecha relación con la función asignada al Derecho penal[80]. En este orden de ideas, resulta muy ilustrativa la conocida afirmación de BINDING de que el delincuente no infringe la ley penal, sino que, por paradójico que suene, la cumple[81]. Lo que en realidad infringe el delincuente es la norma penal que subyace al supuesto de hecho previsto en la ley penal.

II. La ley penal

La legalidad de la intervención estatal tiene en el Derecho penal una importancia capital. Debido a la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, se considera un presupuesto indispensable para la aplicación de sanciones penales que previamente la conducta prohibida o mandada se encuentre descrita en una ley en sentido estricto. No hay pena sin una ley previa que describa suficientemente la conducta punible y la enti-

---

[80] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 311.
[81] BINDING, *Die Normen*, p. 4.

dad de la pena a imponer, dice la formulación del principio de legalidad desde FEUERBACH[82]. Si bien este principio es el factor determinante del Derecho penal formal, su estudio, como principio político-criminal, se reserva para la lección que se ocupa del Derecho penal subjetivo. En este apartado, el análisis de la ley penal se centrará, antes bien, en su estructura formal.

A diferencia de las leyes naturales en las que la causa y el efecto se vinculan por una relación de causalidad, las leyes jurídicas vinculan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a través de un nexo de imputación[83]. Teniendo en cuenta esta particularidad, la determinación del supuesto de hecho y la atribución de la consecuencia jurídica no tienen lugar a través de un simple proceso de verificación, sino que constituye un proceso valorativo. La peculiaridad de la ley penal es que el supuesto de hecho está constituido por un delito y la consecuencia jurídica por una pena para los imputables y/o por una medida de seguridad para el caso de los sujetos peligrosos inimputables o semi-imputables[84]. La dogmática penal procura orientar el proceso de determinación del supuesto de hecho mediante la teoría del delito, mientras que la teoría de las consecuencias jurídicas del delito hace lo propio con la determinación de la pena o de la medida de seguridad a imponer. Adicionalmente se ha desarrollado la llamada categoría de la punibilidad, la cual se mueve en el plano del nexo de imputación que existe entre el delito, como supuesto de hecho, y la pena, como consecuencia jurídica.

1. El Código penal

Siguiendo la vocación codificadora de la tradición napoleónica, nuestro sistema penal agrupa las leyes penales en un Código penal. En la historia republicana de nuestro país, se han promulgado tres códigos penales: El Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924 y el actualmente vigente

---

[82] Vid., desde la perspectiva de la coacción psicológica, FEUERBACH, *Tratado*, p. 55.

[83] Fundamental, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 50: "*En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición*".

[84] Igualmente, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 18; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 44, aunque utilizando el término norma penal en lugar de ley penal. Para ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 1. n.m. 2, las sanciones son las que formalmente definen los preceptos jurídico-penales.

Código Penal de 1991[85]. Los dispositivos jurídicos contenidos en el actual Código Penal se agrupan en cuatro partes.

En primer lugar, el Código penal consta de un Título Preliminar (artículos I a X), en el que se establecen los principios generales que informan y orientan el sistema penal. En esta parte introductoria del Código penal se reconocen no sólo las funciones atribuidas a la pena y a las medidas de seguridad, sino también la vigencia de principios garantistas como el de legalidad, culpabilidad, lesividad o proporcionalidad[86].

El Código penal contiene, en segundo lugar, las llamadas reglas de la Parte General, es decir, las disposiciones que regulan las cuestiones comunes a todos los delitos o a una gran parte de ellos, en relación con los presupuestos y consecuencias de las conductas punibles[87] (artículos 1 al 105). Se regulan temas generales como el error, la legítima defensa o la autoría y la participación, que son aplicables, en principio, a las diversas figuras delictivas. A diferencia de las disposiciones de la Parte Especial, que tienen un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica, las disposiciones de la Parte General solamente pueden tener sentido si es que se las pone en referencia con las disposiciones de la Parte Especial. Se trata de proposiciones jurídico-penales incompletas que sirven para determinar aspectos del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una disposición jurídico-penal de la Parte Especial[88]. Por ejemplo, el castigo de la tentativa previsto en la regulación general del Código penal (artículo 16), solamente puede tener lugar en relación con un delito doloso de resultado tipificado en la Parte Especial (homicidio, lesiones, secuestro, etc.).

En tercer lugar, están las disposiciones de la Parte Especial, las cuales establecen las figuras delictivas particulares[89], es decir, las conductas que están penalmente sancionadas y la entidad abstracta de la sanción a imponer en caso se realice alguna de dichas conductas (artículos 106 al 439). El Código Penal sistematiza los distintos tipos penales de la Parte Especial siguiendo, con algunas excepciones, el criterio de la titularidad del bien

---

[85] Sobre el contexto histórico y las ideas que influyeron en la gestación y vigencia de los tres códigos penales de la época republicana, vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 268 y ss.

[86] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 160.

[87] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15. Similarmente, Naucke, *Derecho Penal*, p. 222.

[88] Vid., Gimbernat Ordeig, *Concepto y método*, p. 20 y s.

[89] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 15; Naucke, *Derecho Penal*, p. 222.

jurídico protegido[90]. En primer orden se indican los delitos contra la persona individual como el homicidio, las lesiones, los delitos contra el honor o contra la libertad. Posteriormente se contemplan delitos contra la sociedad, tales como los delitos contra el orden económico, la seguridad pública o la tranquilidad pública. Finalmente, se regulan los delitos que afectan al Estado, como es el caso de los delitos contra la Administración Pública.

El Código penal tiene por último, una cuarta parte referida a las faltas, las cuales son infracciones de menor gravedad que se sancionan con penas que no alcanzan la privación de la libertad (artículo 440 al 452). En cuanto a las reglas generales previstas en el Título Preliminar y en la Parte General del Código Penal, éstas se aplicarán a las faltas, en tanto no se cuente con una regulación específica, tal como se desprende del artículo 440 del Código penal.

2. Las leyes penales

Hay que tener presente que en nuestro sistema penal no todas las conductas delictivas se regulan exclusivamente en el Código penal, ya que existen ciertos hechos delictivos que están incorporados en leyes independientes por razones de especialidad o de técnica legislativa. Los hechos punibles que estas leyes penales tipifican no forman parte formalmente del Código penal, sino que se mantienen como una regulación especial. No obstante, esta separación legislativa no implica una desconexión de los tipos penales con las reglas de la Parte General. Tal como lo dispone el artículo X del Título Preliminar del Código penal, las normas generales del Código penal son aplicables también a los hechos punibles previstos en leyes especiales[91].

La regulación especial de hechos punibles fuera del Código penal 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 de un determinado tema o asunto, como sucede, por ejemplo, con la Ley 26496 que aprueba el régimen de la propiedad y comercialización de los camélidos sudamericanos, y en donde se tipifica como delito la caza de

[90] Igual criterio de ordenación de la Parte Especial se sigue en el Código penal alemán, como lo pone de manifiesto NAUCKE, *Derecho Penal*, p. 229.

[91] Sobre la aplicación supletoria de la Parte General a las leyes penales especiales, vid., GARCÍA CAVERO, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 257 y ss.

estos animales oriundos de esta parte del planeta. Se trata de una normativa 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 lo que se conoce como Derecho penal accesorio, muy usual y extendido, por cierto, en el Derecho penal alemán[92], y que más que enfocar la regulación por áreas jurídicas, recurre a un criterio de ordenación unitaria en atención a su objeto de regulación. En el Perú, por el contrario, es muy escaso el recurso a la técnica de tipificación de las leyes penales accesorias.

La segunda forma de regulación de conductas punibles mediante una ley especial se presenta como una regulación exclusivamente penal, tal como ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto legislativo 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 contengan no sólo disposiciones sustantivas, sino también de carácter procesal e incluso de ejecución penal. Resulta usual que las disposiciones penales sustantivas no sólo tipifiquen las conductas prohibidas, sino también reglas de Parte General que confirman la regulación establecida en el Código penal o que la modifican en ciertos puntos muy particulares. Así, por ejemplo, en la ley de delitos aduaneros se hace una regulación especial de la tentativa, la cual se castiga en todos estos delitos con la pena mínima legal que corresponda al delito consumado[93].

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 de carácter administrativo. Pese a la proximidad normativa del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, consideramos que leyes penales especiales son solamente aquéllas que tienen carácter jurídico-penal[94]. Los principios que regulan la actividad sancionatoria de la Administración Pública se encuentran, por el contrario, contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Si bien se admite en esta normativa muchos principios de procedencia claramente penal, existen también diferen-

---

[92] Vid., así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 7; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 83.
[93] Vid., García Cavero, *Derecho penal económico*, PE, p. 797 y s.
[94] Así, García Cavero, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 259.

cias sustanciales entre ambos órdenes jurídicos[95], como lo demuestra, por ejemplo, la falta de una asunción expresa del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador[96].

III. La norma jurídico-penal

En la base de toda ley penal completa –entiéndase como tal aquella que contiene un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica–, existe una norma penal con un mensaje prescriptivo. En función de a quién va dirigida la prescripción, la doctrina penal ha distinguido entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y norma de sanción (dirigida a los jueces)[97]. Las particularidades de cada uno de estos tipos de norma aconsejan una exposición diferenciada.

1. La norma de conducta

Con independencia de la discusión sobre la naturaleza extrapenal o penal de la norma de conducta[98], la dogmática penal ha definido su configuración desde diversas perspectivas. Por un lado, se encuentran las posturas imperativas que la entienden como una norma de determinación dirigida a las personas para ordenarles realizar o no realizar una conducta determinada[99]. A esta línea de interpretación de la norma penal se le oponen los que consideran que dicha norma constituye esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio de valor sobre una conducta determinada[100]. Se dice, en refuerzo de esta tesis, que, tal como lo admite consensua-

---

[95] Así, la diferenciación cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 64 y ss.

[96] Igualmente en el Derecho español, con parecer crítico, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 52 y s.

[97] Así, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 1; EL MISMO, *GA* 1994, p. 200 y ss.; HAFFKE, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 129 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 614 y ss. Bajo la denominación de normas primarias y secundarias, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 2/5 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 311 y ss.

[98] Acerca de la discusión sobre la naturaleza de las normas de conducta (o normas primarias), vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 32 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 316 y ss.

[99] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 54. Entre las teorías imperativas de la norma, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 265 y ss., 289 y ss., diferencia las impropias y las propias, siendo la nota distintiva que las teorías imperativas propias llevan el planteamiento hasta las últimas consecuencias.

[100] En este sentido, MEZGER, *Gerichtsaal* 89 (1924), p. 243 y s.; RADBRUCH, *SJZ* 1947, p. 633 y s., quien destaca como forma original del Derecho la norma de valoración, de manera que el injusto es tal no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es un injusto.

damente la doctrina, no es posible prohibir u mandar algo si previamente no se le ha valorado negativa o positivamente[101].

En la situación actual de la dogmática penal se admite cierta complementación entre la determinación y la valoración para definir la norma de conducta dirigida a los ciudadanos[102]. Así, se dice que la norma penal es una norma de determinación en la medida que está dirigida a motivar a los ciudadanos e incluso a ciertos inimputables motivables[103], pero también constituye una norma de valoración, en tanto la prescripción se sustenta en una valoración negativa de lo prohibido o positiva de lo mandado[104].

La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), en la medida que proscribe la realización de determinadas conductas lesivas. Pretende impedir que los destinatarios de la norma se inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros[105]. Por ejemplo: El tipo penal del artículo 106 del Código penal, que sanciona el delito de homicidio, contiene una norma de prohibición implícita: No matar a otro. En este sentido, la norma prohíbe todas las conductas que, de forma grave y socialmente intolerada, puedan lesionar la vida de otra persona.

La norma penal puede presentarse también como una norma de mandato, es decir, como una prescripción que ordena realizar determinada acción. En este caso, la norma pretende obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda a favor de terceros[106]. El artículo 127 del Código penal, por ejemplo, ordena auxiliar a un herido o persona que está en estado de grave e inminente peligro. En el caso de los llamados garantes, existe un mandato general, contenido en el artículo 13 del Código penal, de impedir la realización de un delito, de manera tal que si no lo impiden responderán como si lo hubiesen producido activamente. Así, si concordamos este artículo con el artículo 106 del Código penal que prohíbe matar a otro, podrá formarse una norma de mandato que ordena a un garante a

---

[101] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 335.

[102] Vid., Mir Puig, *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p.64 y ss.; Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 237.

[103] Así, Mir Puig, *Introducción*, p. 56.

[104] Vid., sobre esta complementación de las funciones atribuidas a la norma, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.

[105] Similarmente, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 323.

[106] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 323.

impedir la muerte de otro, de manera que si no cumple con dicho mandato será responsable por dicha muerte como autor del delito de homicidio.

El contenido de las prohibiciones puede ser modulado por las llamadas normas de permisión[107], mientras que lo mismo sucede con el contenido de los mandatos con las llamadas normas de exención[108]. En el caso de las permisiones, por ejemplo, el artículo 20 inciso 3 del Código penal autoriza a la persona que es víctima de una agresión ilegítima a defenderse racionalmente de dicha agresión, lo que puede llegar a realizarse mediante una conducta que lesiona un bien jurídico penalmente protegido, como las lesiones o incluso la muerte del agresor. Lo mismo ocurre con las exenciones respecto de los mandatos, por ejemplo, a quien encuentra a un herido no se le exige auxiliarlo si dicho auxilio implica un riesgo propio.

De qué manera influyen las permisiones o exenciones en la determinación del contenido de las normas de prohibición o de mandato, es un tema discutido desde hace mucho en la doctrina penal. Algunos ven a las proposiciones permisivas o de exención como una autorización a la infracción de una norma de prohibición o de mandato en situaciones excepcionales. Habría una infracción a la norma, pero no la violación al deber de actuar en determinado sentido, pues el surgimiento de tal deber depende de que no se cuente con ninguna permisión o exención[109]. Otros, por el contrario, entienden la permisión y la exención como parte de la determinación del contenido del mensaje prescriptivo de la norma[110], de manera tal que lo que está autorizado no puede incluirse en el ámbito de lo prohibido o mandado. En el plano normativo queda claro que a este último planteamiento le asiste plena razón al señalar que algo no puede estar, a la vez, prohibido y permitido, o mandado y exento[111].

En la actualidad se presentan planteamientos, como los formulados por Lothar PHILIPPS[112] o Günther JAKOBS[113], que sostienen que la distinción entre normas de prohibición que se infringen por acciones y normas

---

[107] Vid., lo que SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 324, denomina proposiciones de permisión.
[108] Vid., así, KINDHÄUSER, *Teoría de las normas*, p. 18.
[109] Sobre este planteamiento, vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 325.
[110] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 326.
[111] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 330 y s., considerando esta situación como contradictoria y perturbadora en la esfera de la motivación.
[112] PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 95 y ss.
[113] JAKOBS, en *Estudios*, p. 347 y ss..; EL MISMO, *Acción y omisión*, p. 13.

de mandato que se infringen por omisiones resulta superficial. La imputación penal parte de asignar a una persona un ámbito de libre juego u organización, de manera tal que el sinalagma lógico a esa asignación consiste en la competencia por los riesgos que se deriven de la libre organización. Si el riesgo que afecta a un tercero se ha producido por una acción que produce causalmente el riesgo o por una omisión que impide la materialización de un riesgo asignado al ámbito de organización, es una cuestión casual que no resulta determinante para la infracción de la norma[114]. Lo que determina la infracción penal es el hecho de que el autor resulta competente por la indebida organización que ha permitido que el riesgo proveniente de su esfera de organización afecte a terceros de forma prohibida.

A las competencias por organización acabadas de explicar, Jakobs agrega las competencias institucionales, las cuales no se sustentan en la libertad organizativa de la persona, sino en la vinculación especial que surge de una institución social específica como la familia, el Estado o la confianza especial[115]. Estas competencias se expresan, por lo general, como deberes especiales (por ejemplo, el deber de mutua asistencia entre los esposos) que pueden infringirse tanto por una acción como por una omisión[116]. Lo determinante es no haber contribuido a la preservación o generación de una situación social deseable auspiciada por una institución específica.

2. La norma de sanción

Una ley penal completa establece que si una persona realiza culpablemente la conducta contemplada como supuesto de hecho, se le deberá aplicar la sanción prevista como consecuencia jurídica. A partir de esta estructura de la ley penal, se ha deducido la existencia de una norma dirigida al juez para que le imponga la sanción al autor del delito. A esta norma se le conoce como norma de sanción. En la norma de sanción es posible encontrar también una función de determinación y de valoración. Como norma de determinación, la norma de sanción se dirige al juez para determinarlo a imponer al autor del delito la pena prevista en la ley[117]. Pero el

---

[114] Vid., Jakobs, en *Estudios*, pp. 350, 363; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 20.

[115] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s.

[116] Sobre la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión en el caso de las competencias institucionales, Jakobs, *Acción y omisión*, p. 21.

[117] Destaca la evidente esencia imperativa de las normas de sanción (secundarias), Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 360.

cumplimiento de esta orden requiere que el juez determine previamente, con base en la norma de conducta que subyace al tipo penal, si el autor realizó el hecho delictivo o no. Aquí la norma de sanción opera como una norma de valoración.

IV. Las leyes sancionatorias no penales

Como ya se indicó, al ser el Estado el titular del *Ius puniendi*, el Derecho penal forma parte del Derecho público[118]. Esta situación presenta algunos inconvenientes para delimitar las leyes penales de otras leyes de Derecho público que establecen igualmente sanciones por la realización de ciertas conductas prohibidas. Podrían citarse, como ejemplo de leyes sancionatorias no penales, las que sancionan las infracciones de tránsito, las que impone la SUNAT por infracciones tributarias o el INDECOPI por la violación de las normas administrativas de protección de la competencia y la propiedad intelectual. Desde el punto de vista formal, las leyes penales y las leyes administrativo-sancionatorias tienen la misma estructura lógica[119], pues constan de una infracción como supuesto de hecho y de una sanción como consecuencia jurídica.

Para diferenciar ambos tipos de leyes sancionatorias de Derecho público podría recurrirse, en primer lugar, al órgano legitimado para imponer las sanciones previstas. Mientras que las sanciones administrativas son aplicadas por entidades públicas con facultades de ordenación de un determinado sector, las sanciones penales sólo pueden ser impuestas por jueces penales. Si bien este criterio no precisa cuándo una sanción debe imponerla el juez y cuándo la Administración, existen ciertos límites que no pueden superarse. Así, por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece en su artículo 230, inciso 1 que, en ningún caso, la Administración Pública podrá imponer una pena privativa de libertad, de manera tal que solamente los jueces penales podrán acceder a este tipo de sanción[120].

Para diferenciar materialmente las normas sancionatorias penales de las no penales, se ha recurrido al criterio de la mayor gravedad de la con-

---

[118] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 5.
[119] Así, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 45.
[120] Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 69.

ducta penalmente prohibida y la consecuencia jurídica prevista en la ley penal[121]. Esta afirmación puede resultar, sin embargo, controvertida en los casos concretos, pues puede ser que una conducta penalmente típica (por ejemplo, el hurto de un bien de poco valor) se considere menos grave que una infracción de cierta entidad a la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034). Y lo mismo puede decirse respecto de las sanciones, pues una sanción penal como la pena de días multa por la realización de un delito de alteración de billetes (artículo 256 del Código penal) puede considerarse de menor gravedad que la multa de 700 UITs por una infracción a la Ley de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo 1044). Por estas consideraciones, es necesario precisar que el criterio de la mayor gravedad del delito y de la pena frente a la infracción y la sanción administrativas resulta válido solamente en una apreciación abstracta, esto es, aun cuando puedan presentarse delitos menores que se consideren menos graves que ciertas infracciones administrativas especialmente intensas.

[121] Así, Cerezo Mir, *Derecho Penal*, PG, p. 45.

LECCIÓN 3
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. Introducción

Definir materialmente el Derecho penal significa determinar la función que cumple, esto es, aquello que, de algún modo, legitima la causación del mal en el que consiste esencialmente la pena[122]. Algunos autores han sostenido que la función del Derecho penal es la realización de la Justicia como valor o concepto ideal. En la actualidad el parecer predominante considera, por el contrario, que el Derecho penal no cumple un ideal metafísico, sino una función social. Sin embargo, pese a este punto de partida común de la doctrina penal dominante, existe disparidad de criterio entre los distintos autores al momento de determinar cuál es esa función social asignada al Derecho penal.

Queda claro que, si la pena es la principal consecuencia jurídica de las leyes penales, la discusión sobre la función del Derecho penal se centrará en la cuestión de la función de la pena[123]. Sin embargo, debe precisarse que la función de la pena no se circunscribe a su imposición pena, sino que también tiene en cuenta la función material de las normas penales (o, llamada también, teoría de la conminación penal)[124]. No hay que olvidar, además, que el Derecho penal contempla también otras consecuencias jurídicas diferentes a la pena, lo que obliga a establecer también qué función cumplen estas otras consecuencias jurídicas desde la perspectiva jurídico-penal.

---

[122] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 179.
[123] Vid., Mir Puig, *Introducción*, p. 60.
[124] Así, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 196.

II. La teoría de la pena

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena, se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena, de las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en si misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social. Si bien esta contraposición constituye una simplificación esquemática de posturas que se muestran en la práctica mucho más complejas y menos unilaterales[125], no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas. Por esta razón, la exposición que sigue se va a ordenar en función de esta tradicional diferenciación de posturas sobre el fin de la pena.

1. Las teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social[126]. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución por una lesión culpable. La forma en la que se ha sustentado la idea de la retribución, ha asumido una configuración subjetiva y otra objetiva.

En su versión subjetivo-idealista, KANT sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista. Aunque últimamente JAKOBS ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación[127], lo cierto es que la utilidad social no se coloca, en todo caso, como criterio legitimante de la pena. El carácter ideal de esta concepción de la finalidad de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en pri-

---

[125] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 198.

[126] No obstante, se cuestiona en la doctrina penal si realmente existe una teoría retributiva desvinculada de todo fin. El mantenimiento de la ley lesionada constituye el fin de las teorías retributivas. Vid., sobre esto con amplias referencias bibliográficas, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 27, nota 12.

[127] JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 13 y s.

sión[128]. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social.

En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho[129], la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es dándole a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general[130]. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verifica con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. No se trata, por tanto, de un reestablecimiento empírico, sino de un reestablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo para amenazarlo[131].

Resulta pertinente dejar precisado en este lugar que el claro rechazo de Hegel a las posturas preventivas de la pena no implica, sin embargo, que su planteamiento se encuentre desprovisto de cierta funcionalidad social. En una interpretación moderna Lesch, por ejemplo, manifiesta que la comprensión de la pena de Hegel no es absoluta *ad effectu*, sino que el fundamento de la pena se compatibiliza con una función social[132].

En la doctrina penal actual existe cierto consenso en cuanto a rechazar concepciones absolutas de la pena[133]. Sin embargo, hay que resaltar que en los últimos tiempos se han presentado propuestas dogmáticas que, de alguna forma, reeditan los planteamientos que sobre la pena realizaron Kant y Hegel. Así, puede apreciarse la clara incidencia de las ideas de Kant en la teoría de la pena defendida por Michael Köhler[134] y por Rainer

---

[128] Kant, *Metaphysik der Sitten*, § 49.
[129] Hegel, *Grundlinien*, § 97.
[130] Hegel, *Die Philosophie des Rechts*, 18/19, § 54 A.
[131] Hegel, *Grundlinien*, § 99 (apéndice).
[132] Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 98.
[133] Así, sobre el llamado "adiós a Kant y Hegel", vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 199 y s.
[134] Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 37 y ss.; El Mismo, *Der Begriff der Strafe*, p. 50 y ss.

Zaczyk[135], mientras que Michael PAWLIK ha presentado recientemente un planteamiento retribucionista de la pena, en donde resulta fácilmente perceptible la influencia de las ideas hegelianas de la pena[136]. Por otra parte, debe señalarse que en el plano internacional puede apreciarse cierto resurgimiento de las posturas retribucionistas en el caso de la persecución y castigo de delitos de lesa humanidad cometidos por ex gobernantes, en la medida que se sustentan únicamente en la necesidad de dar a estas personas un justo castigo por los hechos que cometieron hace ya muchos años[137].

Pero con independencia de lo acabado de mencionar, la tendencia general sigue orientada a negar que la pena tenga una función ideal. Sin embargo, resulta pertinente precisar que la razón fundamental de este rechazo no radica en el cuestionamiento que pudiera hacérsele a una filosofía de corte idealista. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social[138]. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar[139]. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado completamente una teoría absoluta de la pena, señalando no sólo que carece de todo sustento científico, sino que constituye una negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en la Constitución[140]. No obstante, el TC reconoce que esta afirmación no conlleva que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. Con independencia de que esta afirmación del Tribunal Cons-

---

[135] Vid., ZACZYK, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, p. 100 y ss.

[136] PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 75 y ss.

[137] Una fundamentación del Derecho internacional penal en la teoría del Derecho de Kant, vid., GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, passim.

[138] Vid., HENKEL, *Die „richtige" Strafe*, p. 7. En este sentido, se habla actualmente de una legitimación instrumental de la pena (¡la pena inútil no puede ser legitima!). Vid., con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 34 y ss.

[139] Vid., ROXIN, *Problemas básicos*, p. 12 y s.

[140] STS 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 30.

titucional denota una discutible comprensión de las teorías retributivas de la pena, lo más llamativo es que en su STC 0014-2006-PI/TC señala que el análisis de la constitucionalidad de las leyes no se puede apoyar en doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho, sino en mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente[141]. Lo que no queda claro es cuándo se está a una postura doctrinal supuestamente consagrada y cuándo ante un mandato o principio previsto en la Constitución. Al final, parece que se sigue una fórmula que lo único que garantiza es que el Tribunal Constitucional pueda tener amplios márgenes de discrecionalidad en su labor de interpretación.

2. Las teorías relativas de la pena

Las teorías relativas de la pena entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál es esa función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización. Así, por ejemplo, ya Bauer diferenciaba dentro de las teorías relativas las de la prevención y las de la reparación[142], clasificación que ha sido asumida por Lesch en tiempos más recientes[143].

A. Las teorías de la prevención

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la función que cumple el Derecho penal (esto es, la protección de bienes jurídicos) tiene lugar a través de una incidencia directa de la pena sobre el proceso interno de motivación del individuo. El efecto motivatorio de la pena puede estar dirigido a los ciudadanos en general o solamente al sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

---

[141] STC 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2006, fundamento jurídico 16.
[142] Bauer, *Die Warnungstheorie*, p. 300 y ss.
[143] Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 17 y s.

a. La prevención general

La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: La prevención general negativa y la prevención general positiva.

a.1) La prevención general negativa

La teoría prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación por medio de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

- *En la norma penal*: La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por FEUERBACH. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo[144]. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos[145]. Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo[146], es decir, que se parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

---

[144] FEUERBACH, *Tratado*, § 13.

[145] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 212 y s.

[146] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 213 y s. Similarmente, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 41, en el sentido de que basta un conocimiento de las normas penales por instancias mediadoras y que el Derecho penal en su conjunto ejerza una función intimidatoria.

La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se dice que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivatoria –como sucede en el caso de los delitos pasionales–, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción[147]. En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que limitarse solamente a los delitos en los que el agente hace efectivamente una ponderación de costes y beneficios de su actuación. Así las cosas, la aplicación de la teoría de la prevención general negativa se reduciría sólo a los delitos en los que el agente cumple el modelo de sujeto que actúa racionalmente, es decir, a los llamados delitos económicos.

Pero incluso en el ámbito de los delitos económicos se ha cuestionado la realidad del efecto intimidatorio de la amenaza penal. Se dice que para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivatorio es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de caso en caso. Para la estafa, por ejemplo, se establece una pena privativa de libertad de uno a seis años para intimidar, en general, a los ciudadanos a no realizar este delito. Si bien la pena prevista de manera general puede intimidar en determinados contextos (por ejemplo, cuando los beneficios sean mínimos), esta pena resultará incapaz de generar un efecto disuasorio en casos en los que se trate de ganar elevadísimas sumas de dinero. Por otra parte, puede ser que un delito no muy grave requiera, en determinados casos, una pena muy elevada para poder intimidar al delincuente (por ejemplo: una ofensa a la reputación comercial del competidor de la que dependa la supervivencia de la empresa)[148]. En este sentido, la única manera de dar cierta fuerza intimidatoria a la pena sería hacerla legislativamente indeterminada para que el juez pueda ajustarla a las necesidades preventivas de cada caso concreto[149]. No obstan-

[147] Vid., con mayores detalles, Roxin, *Problemas básicos*, p. 18. Igualmente respecto de delitos violentos y criminalidad patrimonial de escasa y mediana gravedad, Hassemer, *Fundamentos*, p. 385.

[148] Vid., Jakobs, *Staatliche Strafe*, p. 22 y s.

[149] Vid., Jakobs, *Staatliche Strafe*, p. 23.

te, el grado de inseguridad al que llevaría semejante sistema penal resulta a todas luces inaceptable en un Estado de Derecho.

Los defensores de la prevención general negativa perciben los peligros de una perspectiva únicamente disuasoria de la pena, por lo que sus formulaciones actuales no se centran exclusivamente en la función intimidatoria de la pena, sino que intentan precisar criterios de limitación para evitar caer en situaciones de terror penal (el principio de culpabilidad, por ejemplo). El principal cuestionamiento que encuentran estas concepciones atemperadas de la prevención general negativa, reside en la dificultad de fijar el punto de equilibrio entre los criterios de prevención y la limitación de la potestad punitiva. No puede dejar de aceptarse un cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante una pena y los límites a esta motivación, lo que, por otra parte, lo hace muy sensible a situaciones emotivas o subjetivas de la comunidad. Una muestra clara de esta situación se aprecia en los delitos que afectan la seguridad ciudadana[150].

- *En la ejecución penal*: La prevención general negativa puede configurarse, por otra parte, en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés BENTHAM, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución[151]. Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado "panóptico", el cual era un diseño especial de cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas en prisión[152]. El principal cuestionamiento a esta visión de la prevención general negativa es la instrumentalización de la persona a la que se llega con fines preventivos. No obstante, en una filosofía utilitarista, como la angloamericana, este cuestionamiento no resulta tan relevante, en la medida que desde esta perspectiva filosófica el sufrimiento de uno puede justificarse si con ello se obtiene la felicidad de la mayoría. Esta finalidad preventivo-general negativa puede verse aún en la ejecución pública de las penas en los Estados Uni-

[150] Vid., lo que pasó en la década de los noventa en el Perú, GARCÍA CAVERO, *RPCP* 10, p. 211 y ss.
[151] Vid., BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, passim.
[152] BENTHAM, *El panóptico*, p. 40.

dos de Norteamérica. Por el contrario, en una tradición jurídica deudora de los principios de tradición europea (como la no instrumentalización de la persona), un planteamiento como el esbozado resulta de difícil admisión como criterio general.

a.2) La prevención general positiva

La formulación original de la prevención general positiva, atribuida a WELZEL, se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos[153]. Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético[154]. Por ello, se dice que esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.

La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano[155]. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos determinados valores ético-sociales de carácter elemental[156]. Desde KANT el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones (mandato de neutralidad). El reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en el sistema jurídico actual.

Sobre la base de la idea de la prevención general positiva se han formulado, a su vez, distintas variantes que van por líneas de desarrollo dife-

---

[153] Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43.

[154] Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 242: "*En el sentido más amplio (scl. el concepto de prevención general), consiste en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación*".

[155] Vid., MIR PUIG, *ADPCP* 1986, p. 54 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 234.

[156] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 237.

rentes. El punto de partida común es entender que la pena no apunta (al menos no como función manifiesta) a intimidar a los potenciales delincuentes, sino a confirmar la vigencia de un conjunto de aspectos socialmente valiosos. Sin embargo, la determinación de aquello que se confirma positivamente con la pena marca las diferencias, inconciliables, entre estas diversas formulaciones de la prevención general positiva de la pena.

Por un lado, HASSEMER parte del entendimiento del Derecho penal como un medio formalizado de control social[157]. Desde esta visión del Derecho penal, la sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para la vida en sociedad, por lo que apunta a asegurar la fuerza de la norma en el futuro[158]. Este aseguramiento de la norma es entendido en un sentido empírico, por lo que las ciencias sociales deben aportar las pruebas de que el Derecho penal cumple una función real, así como la mejor manera de hacerlo. A este planteamiento se le ha cuestionado si realmente tiene la base empírica que dice tener. La prevención general positiva parte de la idea del Derecho penal como un sistema de control social formalizado, pero la formalización no es una categoría descriptiva, sino un valor ideal. En consecuencia, la teoría de la pena formulada por HASSEMER termina convirtiéndose en un programa normativo[159].

En una perspectiva diametralmente distinta JAKOBS afirma también que la pena despliega una función de prevención general positiva, pero el aseguramiento de la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por el delito no está determinado en términos empíricamente medibles[160], sino que se mueve en un plano puramente comunicativo[161]. En la medida que JAKOBS pretende explicar esta función de la pena con una abstracción tal que no se vincule a una sociedad en concreto[162], termina desembocando en un concepto funcional de retribución[163] o, como se verá más adelante con mayor detalle, en una función de reestabilización de la pena.

---

[157] Vid., HASSEMER, *Fundamentos*, p. 391.
[158] Así, HASSEMER, *RPDJP* 1 (2000), p. 117.
[159] Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 386.
[160] Lo que crítica abiertamente JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18 y s.
[161] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 11: "*Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas*".
[162] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2.
[163] En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 475.

Una prevención general positiva de carácter normativo, pero definida no en el plano de la pura normatividad, sino refiriéndola a los fines legítimos que la pena debe perseguir en un Estado social y democrático de Derecho, es la que propone Feijoo Sánchez como función de la pena[164]. De esta forma, consigue que la prevención general positiva lleve implícita en su dinámica ciertos límites de un Estado de Derecho. No hay duda que este planteamiento tiene la virtud de admitir el análisis crítico sobre la legitimidad de lo penalmente protegido y la forma en la que se despliega la protección penal. Pero en donde se va a ubicar la real discusión será en los fundamentos de un Estado de Derecho, es decir, si se trata de una eventual configuración social o de si existen aspectos ontológicos, como la dignidad humana, que necesariamente informan (o deben informar) la configuración de la sociedad.

b. La prevención especial

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto, por lo que no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. Esta teoría asume una posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución, pues la pena no respondería al mal del delito cometido, sino a evitar que el autor cometa futuros delitos[165], lo que ha de alcanzarse no sólo con la función de motivación que usualmente se le asigna a la pena. Por esta razón, si bien la prevención especial parte de una función motivatoria de la pena, la consecución de su objetivo principal (evitar futuros delitos) puede desbordar justificadamente esta particularidad de la pena.

La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt[166], contando con un importante soporte ideológico del positivismo italiano que abogó por la sustitución del delito como fundamento del Derecho Penal para centrar la atención en el sujeto peligroso. Según la propuesta penal de von Liszt, la pena debe procurar primeramente intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena im-

---

[164] Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, p. 515 y ss.
[165] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 11.
[166] Vid., von Liszt, en *Strafrechtliche Aufsätze*, T. I, p. 126 y ss.

puesta no produce tal efecto de intimidación, entonces ésta tendrá que asumir la labor de corregir al sujeto inintimidable. Si finalmente dicho sujeto resulta también incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial por orientar la pena al delincuente peligroso no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea del injusto culpable por el que el autor debía responder[167]. Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal, las llamadas medidas de seguridad, las que se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento[168]. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial tuvo una gran influencia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización fue duramente cuestionada, especialmente por llevar a penas indeterminadas o muy severas[169], pues la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le conseguía resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro[170].

A las razones del fracaso de la ideología de la resocialización debe sumarse el hecho que en una sociedad de libertades que respeta el libre desarrollo de la personalidad, no puede encontrar legitimación una perspectiva de la pena que le impone al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante[171]), pues ello vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas, incluidos los delincuentes[172]. Por estas razones, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad

---

[167] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 27.

[168] *Idem*.

[169] Así la crítica de ROXIN, *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

[170] Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, BARATTA, *LH-Peña Cabrera*, p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

[171] Vid., ROXIN, *Problemas básicos*, p. 17.

[172] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

(artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio[173].

Cabe mencionar que, en los últimos tiempos, los estudios científicos sobre el funcionamiento del cerebro están provocando cierto retorno a los postulados de la prevención especial. En efecto, la neurociencia parte de la tesis de que en el momento en que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo, lo que significa que las acciones escaparían al control del individuo y dependerían de factores, más bien, causales[174]. Sobre la base de esta idea, algunos neurocientíficos proponen potenciar el tratamiento y la prevención especial, en la medida que estudios más detenidos sobre el funcionamiento del cerebro humano habrían de llevar a que la prevención especial y la idea de peligrosidad criminal vayan ocupando progresivamente el papel que, en la actualidad, desempeñan la prevención general y la idea de una pena proporcional a la culpabilidad por el hecho[175]. Pese a este resurgir de la prevención especial de la mano de la neurociencia, la doctrina penal coincide mayoritariamente en que en el horizonte inmediato no se va a producir un cambio en la visión del Derecho Penal[176]. Además de lo complicado que es validar satisfactoriamente el planteamiento neurocientífico en procesos de mayor complejidad como la decisión de cometer un delito, la identidad de la sociedad parte de la comprensión de las personas como libres, lo que resulta difícil de abandonar si no es de la mano de un cambio revolucionario en la comprensión de la naturaleza humana.

c. La teoría de la unión

Los cuestionamientos hechos a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han conducido, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas[177]. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte

---

[173] Vid., con mayores precisiones, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 32 y s.
[174] Vid., Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2011, p. 5.
[175] Vid., Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2011, p.7.
[176] Vid., Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2011, p. 10.
[177] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 201.

ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocilizadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene utilizarlas en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar[178]. Por ejemplo: si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser impuesta en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada.

La arbitrariedad a la que podría llegarse con la teoría de la unión, ha traído como consecuencia el desarrollo de una metateoría que busque ordenar el recurso a los diversos fines de la pena. En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por ROXIN, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia. En el momento de la norma penal, la pena cumpliría una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad. En la imposición judicial de la pena, los fines preventivos estarían limitados por la culpabilidad del autor (retribución). Finalmente, los fines de resocialización adquirirían preponderancia en el momento de la ejecución penal[179]. Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros. En la misma línea, cabe destacar el planteamiento dialéctico de SILVA SÁNCHEZ, quien recogiendo las exigencias garantistas como fines igualmente propios del Derecho penal, sostiene que el fin legitimante del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la

[178] Vid., ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 19, 33 y s.
[179] Vid., los rasgos esenciales de esta formulación, ROXIN, *Problemas básicos*, p. 20 y ss.

lógica utilitarista y garantista[180]. Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha decantado por seguir la idea central de la teoría dialéctica de la unión en la STC 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005, en donde, remitiéndose a varias disposiciones constitucionales, procede a armar una teoría de la pena que unifica diversas funciones. En esta línea, el TC afirma que toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

B. La función de reestabilización de la pena

Hasta ahora la exposición se ha centrado en las distintas variantes de las teorías preventivas de la pena o de teorías eclécticas que parten de la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. Como ya se adelantó, en el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs. Si bien este autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su maestro, "prevención general positiva"[181], un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva formulada por Welzel.

Jakobs cuestiona que la función del Derecho penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos[182], en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)[183], así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (en la tentativa, por ejemplo)[184]. En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar

---

[180] Vid., con mayor detalle, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 211.
[181] Vid., Jakobs, *Sobre la normativización*, p. 48.
[182] Vid., Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, p. 33: "*La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación*".
[183] Vid., Jakobs, *Sobre la normativización*, p. 59 y s.
[184] Vid., Cancio Meliá, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión, sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativo-social a la norma infringida por el autor[185].

En el planteamiento de JAKOBS se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales[186]. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la decepción de expectativas en el marco de los contactos sociales, es decir, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada), esta forma de resolver la defraudación de las expectativas haría finalmente difícil la convivencia social basada en la confianza. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió[187]. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una *poena naturalis*, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringió la norma. Este castigo convencional es la pena.

En síntesis, podría decirse que para la concepción de JAKOBS el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente[188]. La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con el que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo el modelo de orientación so-

---

[185] Vid., JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 31.

[186] JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, p. 18. Muy importante es, en este sentido, que se entienda que la teoría de la reestabilización no centra la función de la pena en el pasado como las teorías retributivas (así lo entiende, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 28), sino en el presente, es decir, en la necesidad actual de la vigencia de la norma.

[187] Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50.

[188] Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

cial. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

La concepción de Jakobs no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que reestabilice la vigencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor[189]. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Jakobs se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no[190]. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario. En cierta forma, el planteamiento de Jakobs podría ajustarse también al Derecho penal de un sistema no democrático.

A la primera de las críticas formuladas, Jakobs responde señalando primeramente que la reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, retirándosele los medios de interacción a través de la pena[191]. En la medida de que este retiro de los medios de interacción requiere una base cognitiva del fracaso del autor, resulta necesario que la pena produzca una aflicción de dolor[192]. Sin embargo, esta explicación no termina de dar una respuesta satisfactoria a por qué la producción final de dolor significa contradicción. Por esta razón, Jakobs termina reconociendo la necesidad de que la pena cuente con una base cognitiva de refuerzo a la vigencia del Derecho[193]. Pero esta afirmación no implica asumir una teoría de la unión de la pena que mezcle aspectos normativos con aspectos empíricos. El mantenimiento del lado cognitivo de la

---

[189] Vid., en este sentido, Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 138; Alcácer Guirao, *Los fines*, p. 138 y s.; Peñaranda Ramos, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 295.

[190] Así, MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal». http://www.mundojuridico.adv.br , acceso: diciembre 2009.

[191] Vid., Jakobs, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s.; El Mismo, *Sobre la normativización*, p. 52.

[192] Vid., así, Jakobs, *Staatliche Strafe*, p. 30.

[193] Vid., Jakobs, *Staatliche Strafe*, p. 28.

pena no constituye otra función de la pena, sino un aspecto de la realidad del Derecho o, si se quiere, una condición de su existencia[194]. Anteriormente, el Profesor Emérito de la Universidad de Bonn había ya señalado que "*todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad*"[195].

La segunda crítica es vista por JAKOBS no como una objeción, sino como una consecuencia lógica de su planteamiento, en tanto este autor entiende que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas[196]. Sin embargo, JAKOBS precisa, ante la formulación de esta crítica, que su teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítimo *per se* la protección de normas, sino que solamente lo es cuando la institución en que se apoya es legítima, esto es, cuando se corresponde con el espíritu de su tiempo[197]. Distinto es el tenor de la crítica si lo que se cuestiona es no poner en tela en juicio el espíritu de cada tiempo. Por lo tanto, bien enfocado, el cuestionamiento a la falta de un carácter crítico, resulta siendo puramente metodológico, lo que no afecta en lo absoluto el grado de coherencia de su propuesta conceptual. Las discrepancias con dicho planteamiento solamente podrán discurrir en la corrección de sus puntos de partida.

3. Concepción propia sobre la función de la pena

A. Punto de partida

En la medida que consideramos que el Derecho penal está vinculado más a la parte social de las personas que a la estructura psicológica del individuo, nos inclinamos a pensar que la teoría de la reestabilización responde mejor al sentido de la pena. Sin embargo, esta aceptación no implica com-

---

[194] Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 492 y s.: "*como presupuesto de la juridicidad en relación a la norma*".

[195] JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 53. De modo más claro para el Derecho penal: "*La pena significa una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe producir prevención general positiva*" (p. 57).

[196] En palabras de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 238: "*la teoría de la prevención general positiva es un modelo formal o positivista en la medida que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar la configuración concreta de la sociedad*".

[197] Vid., JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 27 y s.

partir los puntos de partida del funcionalismo de Jakobs[198]. En nuestra opinión, el sentido comunicativo del delito y de la pena no pueden determinarse sólo desde la normatividad convencional de las eventuales estructuras sociales, sino que existen ciertos datos socialmente indisponibles que necesariamente deben ser contemplados en el proceso de normativización y que tienen su base en un concepto realista (no empiricista) de persona.

Desde el punto de partida arriba mencionado, la función de reestabilización de la pena requiere estar informada de un concepto de persona que no se mueve en el plano sólo sociológico, sino que hunde sus raíces en una base ontológica. Tal como lo sostiene Hervada, "*la persona humana -y sólo ella- posee la estructura ontológica necesaria para que existan la norma, el Derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas*"[199]. Por lo tanto, la legitimidad de las normas penales no puede limitarse a la racionalidad de la eventual configuración de la sociedad, pues de lo que se trata no es de precisar los rasgos característicos de un Derecho penal de cualquier Estado o sociedad, sino de una sociedad en el que se desenvuelven personas, es decir, seres humanos. La base ontológica de la persona tiene pues también fuerza normativa.

B. El concepto de persona

Muy a diferencia de las concepciones positivistas, consideramos que el concepto de persona no depende del consenso social o de la eventual constitución de la sociedad. Como lo ha señalado Hervada, "*ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho*" [200]. La personalidad del ser humano se deriva del hecho de poseer una dignidad. Esta dignidad humana puede manifestarse de dos maneras distintas. Por un lado, se encuentra la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual na-

---

[198] Aunque Caro John, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 445, considere una contradicción asumir la teoría funcional de Jakobs y no asumir fielmente su concepto de persona. Bajo este esquema de interpretación, todos los que asumieron la teoría del injusto personal de Welzel sin aceptar fielmente sus estructuras lógico-objetivas serían incoherentes, lo cual pongo en tela de juicio. La asunción de la extraordinaria formulación de la teoría del delito de Jakobs no lleva atado, como condición necesaria, asumir su concepto de persona.

[199] Vid., Hervada, *Lecciones*, p. 425.

[200] *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 140.

die puede caer[201]. Al lado de la dignidad absoluta está la dignidad relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar libremente orientado a su realización personal en sociedad. Esta dignidad no es la misma para todos los hombres, de manera que una persona puede ir en cierto modo perdiéndola en su actuación práctica[202]. En esta faceta práctica del ser humano se manifiestan los elementos de su personalidad: su individualidad y su socialidad. La individualidad de la persona implica atribuirle libertad en el sentido de poder autodeterminarse a su realización personal[203]. La socialidad de la persona significa, por su parte, que sus actuaciones están sujetas a una responsabilidad frente a los demás, en la medida que el marco natural de desarrollo de la persona es la sociedad. En suma, puede decirse que la persona tiene una dignidad absoluta que no puede negarse ni desconocerse socialmente y además una dignidad relativa que permite atribuirle sus actos como actuación libre y responsable frente a los demás.

Para concluir estas breves consideraciones sobre el concepto de persona que asumimos, resulta conveniente destacar, para evitar malas interpretaciones, que este punto de partida no significa aceptar cierto empirismo o naturalismo en nuestro planteamiento, el cual mantiene plenamente un punto de partida normativista. Asumir un concepto empírico de persona implicaría verla como una unidad psico-física, lo cual no se ajusta, como es fácilmente constatable, a lo que hemos señalado hasta ahora[204]. No hay nada más opuesto a lo empírico que un planteamiento que sostiene que todo ser humano es persona con independencia de sus concretas particularidades o estado de desarrollo, o que es persona a pesar de no ser vida humana independiente o no tener una actividad psicológica completamente desarrollada. Quien equipara lo ontológico con lo empírico comete un

---

[201] Vid., SPAEMANN, *Lo natural y lo racional*, p. 106.

[202] Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: "*La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres*".

[203] Esta individualidad, como puede verse, es normativa, pues permite "imputarle" libertad a la persona. Por ello, resulta absolutamente injustificado afirmar que la individualidad a la que hago mención significa asumir una perspectiva parcialmente empirista o naturalista como lo señala CARO JOHN, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 446. Sólo un análisis del término muestra que individuo no quiere decir algo empírico, sino algo que no se puede dividir (in-dividuo), es decir, que constituye una unidad diferenciada precisamente de la naturaleza empírica.

[204] De otra opinión es la interpretación que hace de mi planteamiento CARO JOHN, Recensión, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 445 y ss.

grave error de punto de partida, pues no hay nada más normativo que lo ontológico. El ontologismo vinculado a una comprensión empiricista de las cosas no es más que un pseudoontologismo.

C. La persona como portadora de roles penalmente relevantes

Definida entonces nuestra comprensión de la persona, hay que precisar cómo este punto de partida repercute en la función de la pena. La faceta práctica de la persona quiere decir que ser persona implica poder actuar socialmente de forma libre y responsable. Esta libertad y responsabilidad no es ilimitada, sino que se ordena con base en criterios sociales. En la sociedad actual, caracterizada por los innumerables contactos sociales generalmente de carácter anónimo, estos criterios sociales son los roles. La ordenación de la faceta práctica de la persona debe necesariamente tener en consideración los deberes derivados de los roles atribuidos. La determinación de la responsabilidad penal de una persona no puede ser distinta, por lo que también dependerá de la infracción de los roles sociales jurídicamente reconocidos[205]. En otras palabras: El delito no es más que la infracción de un rol atribuido jurídicamente a la persona del autor.

Una cuestión central para poder dotar de contenido material a los criterios de imputación de responsabilidad penal será precisar cuáles son los roles jurídicamente relevantes. Los roles que el autor puede infringir de forma penalmente relevante son de dos clases: el rol general de ciudadano y los roles especiales. El rol general de ciudadano impone el deber jurídico negativo a toda persona que alcanza el estatus de ciudadano de organizarse libremente sin lesionar a otro, mientras que los roles especiales obligan positivamente al titular de una posición institucional a mantener una situación socialmente deseable. La realización de un delito implica negar la vinculatoriedad normativa de estos roles, es decir, que la titularidad de un rol lleve consigo un conjunto de deberes que la persona debe observar en sus relaciones sociales. La desestabilización social que produce el sentido comunicativo del delito debe restablecerse mediante un mecanismo capaz de comunicar socialmente que el delito no tiene fuerza vinculante y negar, por tanto, la comunicación dada por el delito. A este mecanismo se le llama pena.

---

[205] Sobre las razones por las cuales la sociedad actual estructura la organización social en roles, vid., Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 22.

Hay que precisar, como cuestión final, que las tesis que centran la función de la pena en la prevención, no sostienen algo falso. La pena debe ejercer realmente un efecto preventivo, pues el mantenimiento del sistema social a través del Derecho penal solamente puede hacerse en la medida que favorezca el desarrollo individual de las personas[206]. No obstante, esta utilidad práctica del Derecho penal se ubica fundamentalmente en el plano político, es decir, en la cuestión de si debe existir o no el Derecho penal. En este sentido, la función preventiva de la pena tendrá más un sentido cognitivo que normativo. Por tanto, si se descubre que el Derecho penal carece de efecto preventivo alguno, deberá ser abandonado o sustituido por algo mejor. En consecuencia, no puede negarse que desde el punto de vista político el Derecho penal debe ejercer un efecto preventivo, pero este criterio no debe fundamentar la imputación penal. La dogmática penal debe partir del Derecho vigente como suficientemente preventivo.

D. Los límites a la función de la pena

La aceptación de un concepto de persona con una base ontológica determina, por otra parte, que la pena no pueda configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate. En primer lugar, la dignidad humana absoluta, reconocida en las diversas constituciones políticas contemporáneas (en el Perú se hace en su artículo primero) y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, limita la posibilidad de asumir penas o cuantías de pena que desconozcan al delincuente como persona. Hasta el villano más reprochable no pierde la dignidad humana absoluta por sus actos delictivos y, por lo tanto, no puede ser tratado por el sistema penal como un animal o cosa peligrosa. En el Derecho penal se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede rebajarlo en su dignidad[207]. Penas como las penas corporales o infamantes e incluso la pena de muerte y la cadena perpetua se han considerado como contrarias a dicha dignidad absoluta del ser humano.

---

[206] Por eso, la crítica de ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 102 y ss., a la teoría de la reestabilización de que "el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección de las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas", no es correcta, pues confunde el plano de la base cognitiva necesaria para la confianza en el Derecho (realidad del Derecho) con la vigencia del Derecho (normatividad del Derecho).

[207] Vid., con amplias referencias, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo I, p. 25 y ss.

Por otra parte, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no pueda imponerse al delincuente desligado de los fundamentos de su actuación práctica. En este sentido, el delito no puede construirse sin la culpabilidad del autor y tampoco con cualquier forma de culpabilidad. La culpabilidad jurídico-penal debe partir de la idea de un ciudadano fiel al Derecho entendido como capaz de actualizar su libertad y actuar responsablemente. Por consiguiente, no puede haber culpabilidad jurídico-penal por el carácter, ni culpabilidad por el hecho de tercero. Intentar restablecer la vigencia de la norma sin una culpabilidad individualmente entendida del autor, implicaría reconocer que se puede llamar Derecho penal a cualquier forma de permitir que una sociedad funcione. Derecho penal solamente puede haber si la comunicación de la pena se hace sobre personas libres y responsables.

III. Las medidas de seguridad

A. Función

Como ya se indicó, el sistema penal contempla, además de la posibilidad de imponer penas, la posibilidad de imponer medidas de seguridad. A diferencia de las penas, cuya imposición requiere la culpabilidad del autor, las medidas de seguridad no pueden acudir a este criterio, pues pueden aplicarse a sujetos carentes de culpabilidad. Por esta razón, se ha establecido que la medida de seguridad no responde a la idea de culpabilidad o responsabilidad del autor por el hecho, sino a la necesidad de preservar intereses públicos predominantes (artículo VII del Título Preliminar del Código penal)[208]. La tarea encargada a la doctrina penal es determinar cómo esos intereses sociales permiten sustentar una medida restrictiva de derechos como lo es, en términos prácticos, la medida de seguridad.

Los defensores de una visión preventiva de la pena parten de la idea de que la culpabilidad del autor de un hecho delictivo presupone su capacidad para motivarse por la norma penal y, por tanto, para evitar la producción del resultado lesivo del bien jurídico. Si el autor carece de dicha capacidad de motivación o ésta se anula considerablemente por razones excepciona-

[208] Vid., García Cavero, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VIII, p. 222 y s. Sobre el cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad como interés preponderante, vid., Frisch, *InDret* 3/2007, p. 23.

les, no podrá aplicarse una pena, pues faltaría una situación de normalidad motivacional[209]. No obstante, si el autor, pese a carecer de esta normalidad motivacional ante la norma penal, es socialmente peligroso (es decir, es probable que vuelva a cometer en el futuro nuevas conductas lesivas de bienes jurídicos), podrá aplicarse una medida de seguridad conforme al artículo 72 del CP, en la medida que la elevada probabilidad a menoscabos ajenos pesa más que las restricciones que el causante debe soportar con la medida de seguridad[210]. La medida de seguridad tendría una finalidad, preventivo-especial[211], pues buscaría incidir sobre el sujeto peligroso para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos. La prevención ya no se haría mediante la pena (o la conminación penal), sino mediante una medida curativa, tutelar o rehabilitadora (artículo IX del Título Preliminar del Código penal), dirigida a evitar a que en el futuro el sujeto peligroso vuelva a delinquir.

La necesidad de evitar la realización de nuevas lesiones a bienes jurídicos por parte del sujeto peligroso, no justifica, sin embargo, una aplicación indefinida de la medida de seguridad hasta que el inimputable efectivamente se resocialice, manteniendo mientras tanto a la sociedad a salvo. La finalidad garantista entra en consideración también en este ámbito del Derecho penal, puesto que somete a la medida de seguridad a un criterio de proporcionalidad en relación con la peligrosidad delictiva del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado[212]. En consecuencia, los intereses sociales predominantes que fundamentarían la imposición de una medida de seguridad por la probabilidad de nuevos menoscabos ajenos no se encuentran al margen del criterio de razonabilidad.

Los autores que entienden, por el contrario, que la pena no tiene una función preventiva, sino reestabilizadora, fundamentan las medidas de seguridad de una manera diferente. El sujeto que no actúa culpablemente no desestabiliza las expectativas sociales, puesto que se trata de sujetos cuya acción carece de sentido comunicativo en el Derecho penal[213]. No existe una imputación al sujeto como hecho suyo, pues se entiende que el sujeto

[209] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 22/7.
[210] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 57.
[211] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 55; MIR PUIG, *Introducción*, p. 80.
[212] Vid., así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3. n.m. 56.
[213] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 122.

no es competente para realizar una acción con contenido desestabilizador en el ámbito jurídico-penal. La lesión de bienes jurídicos por parte de un inimputable no defrauda una expectativa normativa de conducta penalmente garantizada, sino, más bien, una expectativa cognitiva[214]. En este sentido, no hay que reafirmar nada, sino utilizar mecanismos de protección de carácter cognitivo frente a esos peligros objetivados en el hecho (medidas de seguridad)[215].

Un punto especialmente discutible de la perspectiva cognitiva de la medida de seguridad es el hecho de que la capacidad de poder comunicar en el ámbito jurídico-penal no estaría determinada por factores individuales del sujeto, sino por condicionamientos sociales. En este sentido, el estatus de imputable o inimputable dependerá de si conforme al estado actual de la ciencia médica (psicología y psiquiatría) la sociedad está en capacidad de resolver el problema penal de un determinado grupo de infractores mediante un tratamiento médico[216]. Si la enfermedad mental que padecen estos sujetos puede tratarse con cierta probabilidad de éxito por la psicología o psiquiatría, se considerará al autor inimputable y no se le aplicará una pena, sino una medida de seguridad. Mientras esto no suceda, se le considerará imputable y, por tanto, sujeto de sanción.

Se puede estar de acuerdo con la idea de que las medidas de seguridad son mecanismos cognitivos que buscan modificar la realidad para no volver a experimentar una defraudación. Pero la configuración absolutamente social del estatus de imputable o inimputable no resulta de recibo, pues implicaría definir este aspecto de la imputación penal exclusivamente desde el punto de vista de las necesidades sociales de punición. No es plausible negar la base individual en la configuración de la culpabilidad[217], aunque cabe precisar que esta configuración no debe entenderse como un aspecto puramente empírico que sólo hay que constatar. Es necesario determinar, ciertamente de la mano de los resultados médicos, si la persona puede actuar responsablemente para el Derecho penal, lo que significa atribuirle al sujeto una capacidad de percepción y de valoración suficiente como para asumir las consecuencias de su proceder. En caso de carecer de libertad actual o tenerla seriamente disminuida, entonces el sistema penal podrá

---

[214] Jakobs, en *Estudios*, p. 85.
[215] En este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 53.
[216] Así, Jakobs, en *Estudios*, p. 80.
[217] Vid., García Cavero, *Derecho penal económico*, PG, p. 628.

acudir a las medidas de seguridad, siempre que exista una peligrosidad social por parte del inimputable.

B. El sistema de doble vía

El que un sector de la doctrina penal asuma que tanto la pena como la medida de seguridad cumplen una función preventiva, ha llevado a que se plantee la existencia de una única vía en el Derecho penal. No obstante, la idea de un sistema monista de consecuencias jurídicas del delito no se ha impuesto entre los defensores de la unidad funcional de pena y medida de seguridad por diversas razones. Unos entienden que el límite de ambas consecuencias jurídicas del delito no es el mismo, pues mientras la gravedad y duración de la pena está ligada a la culpabilidad, la medida de seguridad se corresponde únicamente con el principio de proporcionalidad[218]. Otros alegan que la función de prevención común no impide diferenciar los conceptos de pena y medida de seguridad[219]. Con independencia de esta divergencia argumentativa, el hecho es que hay coincidencia en la necesidad de diferenciar dos vías en el Derecho penal, pese a admitir una unidad funcional. Por el contrario, para los que asignan funciones distintas a la pena y a la medida de seguridad lo natural es que se sostenga un sistema dualista o de doble vía.

En la medida que nuestro sistema penal admite la posibilidad de imponer penas y medidas de seguridad, podría decirse que asume un sistema de doble vía[220]. Sin embargo, debe precisarse que no sólo es posible imponer una pena o una medida de seguridad, sino que cabe imponerlas conjuntamente. Esta situación se da en el caso de los imputables relativos, los cuales, por algún tipo de anomalía psíquica o mental, mantienen la capacidad de culpabilidad, pero sustancialmente restringida. Si es que es probable que, por causa de su deficiencia mental, cometan otros delitos, entonces cabrá la imposición de una medida de seguridad, además de la pena que le corresponde por su culpabilidad disminuida[221]. En este punto cabe hacer la atingencia de que ambas consecuencias jurídicas del delito no se acumu-

---

[218] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 56. Posición que, por lo demás, sigue la sentencia vinculante R.N. 104-2005 del 16 de marzo de 2005.

[219] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 3/59.

[220] BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 45. Sobre lo que significa conceptualmente un sistema de doble vía, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 29 y ss.

[221] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 54.

lan, sino que el cumplimiento de una es computable en el cumplimiento de la otra. A esta forma de regular el cumplimiento de la pena y la medida de seguridad se le conoce como el sistema vicarial[222].

Nuestro sistema penal se adhiere a la lógica del sistema vicarial, conforme se desprende del tenor del artículo 77 del Código penal[223]. Según esta disposición legal, en caso de aplicarse a un mismo sujeto una pena (por su culpabilidad) y una medida de seguridad (por su peligrosidad), el tiempo que dure la ejecución de la medida de seguridad se computará para el cumplimiento de la pena. En consecuencia, la medida de seguridad tendrá que cumplirse antes que la pena.

La posibilidad de que la ejecución de la medida de seguridad sea contabilizada en el cómputo de la pena, ha dado pie a algunos autores para afirmar la homogeneidad funcional de ambas consecuencias jurídicas del delito[224]. Esta afirmación es, sin embargo, demasiado apresurada, pues el que la función legitimante de la medida de seguridad sea distinta a la de la pena no excluye que, en el plano de los hechos, implique la restricción de un derecho y, por lo tanto, que tenga un carácter aflictivo[225]. Desde esa perspectiva, resulta razonable que el tiempo que ha durado la ejecución de una medida de seguridad que implique la privación de la libertad, pueda ser tenido en cuenta en relación con la ejecución de la pena.

La asunción de una distinción funcional entre las penas y las medidas de seguridad lleva necesariamente a un sistema de doble vía. Sin embargo, el que estas dos vías no siempre vayan en paralelo, sino que puedan aplicarse conjuntamente, no lleva necesariamente a una unificación de funciones. Para explicar, con mayor claridad, esta idea resulta adecuado, siguiendo a Jakobs, distinguir entre medidas de seguridad complementarias a la pena, medidas de seguridad en reemplazo de la pena y medidas de seguridad impuestas en lugar de la pena[226].

Las medidas de seguridad complementarias a la pena dan a la norma defraudada por una infracción culpable un refuerzo cognitivo, esto es, que a la garantía normativa que brinda la pena se le suma un aseguramiento

---

[222] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 49.
[223] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 76.
[224] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 61.
[225] Sobre la llamada "identidad de ejecución", Ziffer, *Medidas de seguridad*, p. 96.
[226] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 55 y ss.

cognitivo dirigido a eliminar fuentes evidentes de peligro (por ejemplo, el tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual conforme al artículo 178 A del CP). Cuando la medida de seguridad se impone en reemplazo de la pena, entonces el aseguramiento cognitivo no es auxiliar, sino que es la forma propia de solucionar cognitivamente el conflicto (artículo 72 del CP). Si la medida de seguridad se impone en lugar de la pena, en tanto su tiempo de ejecución se contabiliza como ejecución de la pena o se prescinde de la pena porque el tratamiento ha tenido éxito (artículo 77 del CP), entonces el restablecimiento de la vigencia de la norma por una infracción culpable tendrá lugar mediante un refuerzo cognitivo. Como puede verse, en todos los casos la medida de seguridad despliega una función de aseguramiento cognitivo.

IV. La reparación como tercera vía

La consideración de la reparación del daño como una tercera vía del Derecho penal resulta un planteamiento con relativa aceptación en la doctrina penal actual[227]. En el plano legislativo, por su parte, pueden apreciarse diversos dispositivos materiales y procesales que se orientan precisamente en esta línea. En el primer caso, la reparación del daño constituye una regla de conducta en los medios alternativos a la pena privativa de libertad, así como un criterio específico para individualizar la pena (artículo 46 inciso 9 del Código penal) e incluso tiene efectos eximentes en determinados delitos como los libramientos indebidos, los atentados contra el sistema crediticio o los delitos tributarios. En el ámbito procesal, la procedencia del principio de oportunidad requiere, en los supuestos más usuales, que el agente repare el daño ocasionado a la víctima o llegue a un acuerdo reparatorio con ella. Con este panorama legislativo, no puede ya decirse que la participación de la víctima en el conflicto penal se desarrolla actualmente sólo a efectos de determinar la responsabilidad civil. El conflicto penal pasa a ser, de alguna manera, también una cuestión de la víctima, siendo relevante su intervención desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales.

El innegable fenómeno de la orientación a la víctima del Derecho penal se ha pretendido justificar teóricamente desde diversos puntos de vista.

---

[227] ROXIN, *Fundamentos político-criminales*, p. 234. Críticamente, NAUCKE, *Derecho Penal*, p. 131 y s.

Siguiendo el análisis de Silva Sánchez[228], pueden identificarse tres planteamientos. En primer lugar está el planteamiento de aquellos que buscan abolir total o parcialmente el Derecho penal, devolviéndole a la víctima el conflicto penal para que, por medio de la conciliación y la reparación, se solucione dicho conflicto[229]. Pese a las loables buenas intenciones de los representantes de este planteamiento, parece ser que nuestra sociedad no ha alcanzado aún un nivel de desarrollo que permita una solución consensuada entre autor y víctima del delito[230]. En segundo lugar están aquellos que intentan un sistema mixto de solución del conflicto penal, en el que, por un lado, se mantenga la lógica de la afectación a la colectividad (víctima potencial) pero, se inserte, por el otro, la orientación a la víctima actual[231]. La gran objeción a este planteamiento se mueve en el plano de las antinomias que puede crearse por la mezcla de ambas perspectivas[232]. Una tercera línea de interpretación de la orientación a la víctima del conflicto penal no abandona la lógica de los fines de la pena, sino que busca un desarrollo continuador de los conceptos jurídico-penales. De lo que se trata con este planteamiento, en definitiva, es integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal[233]. En nuestra opinión, los cambios legislativos que otorgan una incidencia penal a la reparación de la víctima deben interpretarse conforme a este tercer planteamiento.

Desde una perspectiva prevencionista resulta claro que no puede recurrirse a la fuerza intimidatoria de la reparación del daño para darle virtualidad penal, pues la posibilidad de reparar el daño producido pocas veces intimida[234] o, en todo caso, eso dependería de las posibilidades económicas de cada sujeto, lo que implicaría un tratamiento desigual inaceptable. Por estas consideraciones, la reparación civil como tercera vía del Derecho

---

[228] Vid., Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 223 y s.

[229] Se trata del llamado abolicionismo penal que en la actualidad preconizan Hulsman/Bernat de Celis, *Sistema penal*, p. 76 y ss.; Christie, *Los límites del dolor*, p. 128 y ss.

[230] A esta objeción, Maier, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 217 y s., agrega dos más: que la reparación como sanción no tiene en cuenta el plus de antijuridicidad del hecho más allá de los intereses personales que llevó precisamente al ámbito del Derecho penal y que un sistema de reparación podría favorecer a los más poderosos económicamente.

[231] En esta dirección parece apuntar la comprensión de Maier, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 223 y ss.

[232] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Estudios*, p. 224.

[233] Vid., igualmente, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 63; Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 224; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 80.

[234] Por el contrario, Mir Puig, *Introducción*, p. 28, destaca los efectos intimidatorios de la reparación civil.

penal solamente podría encontrar asidero en la falta de necesidad de pena y en el efecto resocializador que produce el hecho de que el autor del delito se enfrente con las consecuencias de su hecho y busque una reconciliación con la víctima[235].

Si la función del Derecho penal consiste, por el contrario, en mantener la vigencia de la norma infringida, la reparación civil como tercera vía tendría que responder, de alguna manera, a esta ordenación del sistema. En determinados delitos cuya incidencia social no es tan grave, la reparación del daño puede cumplir la función reestabilizadora antes mencionada[236], no siendo necesario imponer adicionalmente una sanción penal. En efecto, la necesidad de devolverle la vigencia a la norma infringida resulta satisfecha en estos casos con la propia aceptación de culpabilidad y con el cumplimiento de ciertos actos de reparación que no tienen que ser necesariamente jurídico-civiles[237]. Debe quedar claro, en cualquier caso, que esta explicación requiere como presupuesto la aceptación de culpabilidad por parte del autor, siquiera en el plano de la producción de un daño injustificado a la víctima[238].

---

[235] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 64

[236] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 63; SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 229: "(...) *cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) de la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada*"; PEÑARANDA RAMOS, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 305.

[237] Es muy importante tener claro que la reparación del daño no se identifica con la reparación civil, de manera tal que no se trata de darle un carácter penal a la reparación civil, como parece entenderlo GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 85 y ss., y que explica su posición crítica ante la reparación del daño como tercera vía penal (comparte esta visión crítica, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 279). Aun cuando la reparación del daño consista en el pago de la reparación civil, la reparación civil sigue siendo tal, lo que no impide que se le reconozca también ciertos efectos en el plano penal. De la misma manera que en el *non bis in idem* la sanción penal puede abarcar los efectos de protección del ámbito administrativo, la reparación civil puede alcanzar ciertos efectos beneficiosos o exoneratorios en el plano penal. No vemos que aceptar esto implique negarle la naturaleza civil a la reparación civil.

[238] Exige, en este sentido, el respeto al principio de responsabilidad penal, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 832.

LECCIÓN 4
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. Introducción

El Derecho penal subjetivo puede definirse como la facultad de imponer penas ante la realización de un hecho delictivo[239]. A esta facultad punitiva se le conoce también con la denominación latina de *Ius puniendi*[240], suscitándose al respecto fundamentalmente tres cuestiones[241]. En primer lugar, se plantea la cuestión de si puede fundamentarse en la sociedad actual la existencia de semejante facultad punitiva. En segundo lugar, debe responderse a la cuestión de quién es el titular del *Ius puniendi*, es decir, quién lo ejerce legítimamente. Finalmente, dado que en una sociedad democrática la potestad punitiva no puede ejercerse arbitrariamente, se hace necesario precisar dentro de qué límites se puede imponer una sanción penal a una persona. La presente lección se ocupará de dar respuesta a las tres cuestiones planteadas.

II. El fundamento del *Ius puniendi*

El fundamento del *Ius puniendi* depende de la función que se le asigne a la pena, es decir, de aquello que legitima la existencia del Derecho penal[242]. Al respecto se han presentado corrientes que abogan por la falta

---

[239] Similarmente, Bustos Ramírez, *Introducción*, p. 20; Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 53.

[240] Críticamente sobre esta denominación, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 88, recogiendo las ideas de Zaffaroni.

[241] En el mismo sentido, Mir Puig, *Introducción*, p. 113.

[242] Lo que Mir Puig, *Introducción*, p. 114, llama fundamento funcional. Este autor se ocupa también de un fundamento político (p. 119 y ss.), relacionado con la legitimidad del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales.

de legitimidad del Derecho penal, lo que significa que no habría un fundamento funcional para el *Ius puniendi*. Dentro de esta tendencia cabe incluir no sólo las tesis abolicionistas en sus distintas variantes[243], sino también aquellas que se apoyan en ideas anarquistas y marxistas para cuestionar la sociedad actual y sus estructuras[244]. En especial, cabe mencionar a la llamada criminología crítica, la cual tuvo un fuerte impulso en los años ochenta y parte de los noventa. La interpretación que hace esta forma de ver la realidad penal parte de la idea de que el Estado necesita de los delincuentes y su castigo como medio de dominación, utilizando la pena como pretexto para mantener las estructuras de dominio y un control de los grupos de poder[245]. Basta aquí con señalar que estas posturas son actualmente minoritarias en razón de la falta de factibilidad del esquema abolicionista[246], a lo que se suma el hecho de que siempre focalizan el problema desde una perspectiva ideológica y para un determinado sector social.

La determinación del fundamento del *Ius puniendi* presupone la necesidad del Derecho penal en la sociedad actual, de manera tal que si el Derecho penal no fuese socialmente necesario, entonces no habría manera de fundamentarlo materialmente[247]. Si bien las tesis mayoritarias sostienen la necesidad del Derecho penal, la discusión comienza al momento de precisar cuáles es esa función social imprescindible. Podría decirse que, en esencia, las posiciones doctrinales discurren entre dos líneas de pensamiento. Por un lado está la corriente mayoritaria que entiende que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos éstos como situaciones fácticas valoradas positivamente[248]. Frente a esta posición ha adquirido cierta notoriedad el planteamiento que considera que el Derecho penal cumple la

---

[243] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 18 y s.

[244] Vid., VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 83.

[245] Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 19 y s.

[246] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 21.

[247] Si bien la exposición se centra en la necesidad social del Derecho penal, un discurso idealista de la pena (teorías absolutas) tampoco negaría la necesidad de la pena. Como lo indica MIR PUIG, *Introducción*, p. 114: "*Desde la perspectiva de las teorías absolutas, el fundamento del Ius puniendi sería la necesidad de realizar la Justicia por medio de la pena*".

[248] Así ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 1, habla de una "*protección subsidiaria de bienes jurídicos*" como el cometido del Derecho penal. En una línea más centrada en la libertad que en bienes, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 181, señala que "*lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia -en sentido amplio- que se genera en una sociedad*". En el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 9 sostiene que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos.

labor de mantener la vigencia de las expectativas normativas defraudadas por hechos socialmente perturbadores[249]. Como puede verse, para los primeros el fundamento del *Ius puniendi* está en que es una manera imprescindible de proteger los bienes jurídicos, mientras que los segundos consideran que no se trata de proteger bienes jurídicos como objetos valorados positivamente, sino de permitir la orientación social mediante el mantenimiento de la expectativa normativa defraudada por la realización de un delito. Con independencia de esta discusión sobre la legitimidad del Derecho penal, el hecho es que ambas posturas, pese a sus diferencias, consideran necesaria la existencia del Derecho penal en la sociedad actual, lo que fundamentaría la existencia de un *Ius puniendi*. La cuestión que surge inmediatamente es quién debe ejercer esta facultad punitiva.

III. El Estado como titular del *Ius puniendi*

Si bien la reacción punitiva frente al hecho criminal tiene orígenes privatísticos[250], en la actual organización social es el Estado quien tiene el monopolio exclusivo de la facultad de imponer penas[251], lo que hace que se trata de un asunto público[252]. El fundamento de esta asignación exclusiva del *Ius puniendi* al Estado se suele encontrar en la necesidad de que sea un tercero ajeno al conflicto quien decida sobre la manera de resolverlo. De esta forma, se preservaría a la respuesta punitiva de caer en una reacción irracional o desproporcionada, como sucedería, antes bien, si la vendetta o la venganza privada se constituyesen en medios de respuesta legítimos frente a los actos delictivos[253]. Esta argumentación, que parecería tener un alto nivel de plausibilidad, no es, sin embargo, correcta, pues no explicaría, por ejemplo, por qué el Estado decide también la imposición de la pena para delitos en los que el ente estatal resulta siendo el perjudicado (por ejemplo, delitos contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia). El monopolio estatal del *Ius puniendi* debe encontrarse, por tanto, en otro fundamento.

---

[249] Así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2.

[250] Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 54.

[251] Vid., Mir Puig, *Introducción*, p. 113.

[252] Por eso, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 5 señala que el Derecho penal es parte integrante del Derecho público que se caracteriza por el principio de subordinación del individuo al poder del Estado.

[253] Como lo destacan Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 332; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 181.

En nuestra opinión, la razón por la que el Estado se constituye en el titular exclusivo del *Ius puniendi* radica en que los intereses afectados por el delito son de carácter público[254]. Dado que el encargado de proteger los intereses públicos es el Estado, la imposición de una pena se presenta como un tema estatal que no precisa siquiera de la denuncia del directamente afectado. Solamente en el caso de lesión de intereses personalísimos, como por ejemplo en los delitos contra el honor, el afectado mantiene la facultad exclusiva de perseguir estos delitos[255]. Si se trata de delitos de poca gravedad, como sucede por ejemplo con las lesiones culposas leves, la intervención penal exige una denuncia de parte agraviada como requisito de procedibilidad de la acción penal (delitos semipúblicos)[256]. Pero una vez ejercida la acción penal por el afectado, la denuncia convierte el hecho delictivo en un tema público, de manera tal que serán los representantes del Ministerio Público los que se encarguen de perseguir al autor del delito. Como puede apreciarse, es el carácter público del delito lo que sustenta que el ejercicio del *Ius puniendi* sea un monopolio estatal.

IV. Los límites al *Ius puniendi* del Estado

La potestad estatal de castigar las conductas lesivas no puede ejercerse de forma irrestricta, de manera tal que no es posible que el Estado optimice al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer incluso en una situación de terror penal o en una injerencia sobre el esquema de valores del ciudadano. El sistema penal debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que limiten el ejercicio de la facultad punitiva del Estado[257]. A estos límites se les conoce también como principios político-criminales[258], en la medida que condicionan el uso del Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas.

---

[254] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 8, resalta el carácter público de la cuestión penal, pero no porque el Estado asuma la persecución del delincuente en representación del individuo afectado (lo que considera un rodeo innecesario), sino porque la infracción de la norma penal origina un conflicto público, esto es, una desautorización de la norma.

[255] Así, respecto de los llamados delitos privados, MIR PUIG, *Introducción*, p. 114.

[256] Vid., igualmente, MIR PUIG, *Introducción*, p. 114.

[257] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 2187 considera que no se trata propiamente de unos límites al *Ius puniendi*, sino de auténticos fines del Derecho penal.

[258] Vid., sobre la relevancia político-criminal de los principios penales, YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, p. 367 y ss. Vid., igualmente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, p. 177 y ss.

Los principios político-criminales se han perfilado a lo largo de casi doscientos años de discusión sobre los contornos que debe tener el sistema jurídico-penal. Su origen se remonta a la conformación del llamado Derecho penal liberal, por lo que resulta comprensible que estos principios garantistas respondan fundamentalmente a una lógica individualista[259]. Por otra parte, la situación histórico-política entonces reinante desempeñó también un rol determinante en su configuración: se trataba de un momento histórico en el que todavía estaba fresco en la memoria el abuso realizado por los Estados absolutistas. Por esta razón, gran parte de las garantías penales estuvieron orientadas primordialmente a evitar los excesos en el ejercicio del poder punitivo por parte de los detentadores del poder, quienes buscaron con ello mantener sus intereses de clase y privilegios sociales. Sin embargo, intentar trasladar al ámbito del Derecho penal contemporáneo las garantías jurídico-penales tal y como se originaron, sería un error desde la raíz.

Al respecto, hay que decir que el contexto político-social actual es absolutamente distinto. Si bien es posible que también hoy en día el *Ius puniendi* se pervierta y deje de proteger la constitución social para favorecer intereses de determinados grupos, la situación social no es la misma. Estamos ante gobiernos elegidos democráticamente para gobernar un tiempo determinado, con sistemas de control mutuo de poder, en algunos casos incluso con controles políticos por parte de los propios gobernados. Por ello, mantener las garantías penales con el mismo contenido que sirvió para limitar a los Estados absolutistas, constituiría un estancamiento del sistema jurídico y un alejamiento de la realidad. En consecuencia, la labor de determinación de las garantías penales y su contenido debe de responder a la constitución de la sociedad actual, a sus particularidades y requerimientos[260]. No hacerlo implicará alejar el discurso de la realidad social y, por lo tanto, condenar a los principios político-criminales a ser no más que un debate académico sin la menor repercusión práctica.

En el contexto social actual, la justificación de los principios político-criminales puede encontrarse tanto en una perspectiva preventiva como en una reestabilizadora del Derecho penal. En la lógica preventi-

---

[259] Vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 65.

[260] Ya indicaba la necesidad de "socializar" los principios de *última ratio* y subsidiariedad entendidos como principios individual-liberales, Volk, *JZ* 1982, p. 88.

va, la pena no solamente debe ser eficaz para prevenir delitos (*Zweckrationalität*), sino que debe también orientarse al respecto de las garantías jurídico-penales (*Wertrationalität*). Para algunos esta orientación hacia las garantías constituye una limitación externa a la función intimidatoria de la pena (teoría de la prevención general negativa), mientras que para otros la prevención de los delitos requiere de una pena justa, es decir, que se corresponda con los criterios de justicia, proporcionalidad, etc. (teoría de la prevención de integración)[261]. Sea como fuere, el Derecho penal sería una síntesis dialéctica de una finalidad utilitarista y una finalidad valorativa. Por el contrario, desde una perspectiva restabilizadora las garantías o principios se funcionalizarían en atención a la prestación social asignada al Derecho penal. En este sentido, no es posible que la pena cumpla su función si en el procedimiento de reestabilización no se observan los principios que aseguran que la pena desarrolle un efecto comunicativo válido en la sociedad actual[262]. La comunicación penal no puede hacerse de cualquier manera, sino que es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones de legitimidad, es decir, el respeto de las garantías jurídico-penales.

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos establece que el Derecho penal solamente puede intervenir para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social[263]. En este orden de ideas, se le asigna al bien jurídico la función de legitimar la intervención penal[264]. Sin embargo, para poder definir adecuadamente el alcance político-criminal de este principio, resulta necesario precisar qué se entiende por bien jurídico merecedor de protección penal. Sólo con referentes claros sobre lo que define al bien jurídico penalmente protegido se

[261] Vid., la referencia a estos planteamiento en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 249.

[262] Vid., similarmente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 253. Sobre la posibilidad de construir una lógica funcionalista de los valores, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21.

[263] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 2 y ss.; EL MISMO, *RPDJP* 5 (2004), p. 294.

[264] Así, la llamada función crítica o político-criminal del concepto de bien jurídico, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 124; YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, p. 198. Hay posiciones también escépticas frente a esta función asignada al concepto del bien jurídico, cuando menos en cuanto a su suficiencia para la legitimidad de las normas penales. Vid., al respecto, SEHER, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 70.

puede determinar si realmente cumple una función crítica y cómo ésta, de ser el caso, tendría lugar.

A. El bien jurídico: Concepto y función

La discusión doctrinal sobre el bien jurídico penalmente protegido tiene más de un siglo de antigüedad y, pese al tiempo transcurrido, los penalistas no se han puesto de acuerdo sobre su sentido y alcance. Se trata de un concepto jurídico-penal que todos usan, pero que no todos lo entienden del mismo modo. Muy gráfica al respecto es la tan citada afirmación de Welzel de que "*El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto*"[265]. No obstante, pese a la dificultad de definición, resulta ineludible pronunciarse sobre este aspecto esencial del Derecho penal, pues, de lo contrario, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no podrá desempeñar ninguna función de control sobre el *Ius puniendi* del Estado.

La doctrina penal coincide en que el término "bien jurídico" fue utilizado por primera vez por Birnbaum, quien, en oposición a la tesis de Feuerbach[266], entendió que el delito no lesiona derechos subjetivos, sino bienes. Esta idea se muestra con claridad en el siguiente extracto del trabajo de Birnbaum: "*Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el objeto de nuestro derecho, que se nos sustraiga o merme un bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho*"[267]. Algunos autores consideran que el referido autor realizó esta afirmación siguiendo la lógica liberal de limitar la actividad punitiva del Estado[268]. Otros, por el contrario, señalan que introdujo el concepto de bien jurídico para sustentar la incriminación de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, y en contra, por tanto, de los postulados liberales[269]. Pero con independencia de esta discusión sobre el sentido ideológico que Birnbaum

---

[265] Welzel, *ZStW* 58 (1939), p. 509.

[266] Feuerbach, *Tratado*, p. 56: "*Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)*".

[267] Vid., Birnbaum, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos*, p. 81.

[268] Vid., así, Sina, *Die Dogmengeschichte*, p. 26 y ss.; Marx, *Zur Definition*, p. 84 y ss.

[269] Así, Amelung, *Rechtsgüterschutz*, p. 5. En España desarrolla una crítica similar Mir Puig, *Introducción*, p. 128. Recientemente, Schünemann, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 206, considera que la apreciación de Amelug es muy exagerada.

le dio al concepto de bien jurídico, el hecho es que a partir de ese momento el bien jurídico se convirtió en el fundamento con el cual poder sustentar la intervención penal[270]. Sin la protección de un bien jurídico, no habrá manera de justificar la imposición de una sanción penal.

La discusión sobre cómo se conforma el bien jurídico se inicia propiamente con el enfrentamiento entre la postura formalista de BINDING y la sociológica de VON LISZT. Para el primero, el bien jurídico era creado por el Derecho al elegir los objetos que, en opinión del legislador, merecían protección penal. El bien jurídico abarcaba "*todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta*"[271]. Como puede verse con facilidad, el concepto de bien jurídico propugnado por BINDING no constituye, en sentido estricto, un límite a la actividad criminalizadora del legislador, pues desde esta perspectiva el bien jurídico llega a ser tal por el hecho de gozar de protección jurídica[272]. Con esta concepción, a lo mucho, podrían excluirse comportamientos de carácter puramente moral, en la medida que constituyen valores en sí mismos y no aspectos valiosos para la "vida sana de la comunidad jurídica"[273].

Por el contrario, VON LISZT consideró que era la realidad social, y no el legislador, la que determinaba qué objetos merecían protección penal. Para el autor del Proyecto de Marburgo, el bien jurídico es el interés de la vida que el Derecho no crea sino que se encuentra y eleva a la categoría jurídica. Dicho con sus propias palabras: "*No es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico*"[274]. Este planteamiento abre indudablemente la posibilidad a una mayor función crítica del concepto de bien jurídico, pero hay que indicar que VON LISZT no precisó qué debía entenderse en el plano social como "interés de la vida", lo que hizo poco útil en la práctica

---

[270] Aunque debe reconocerse que este aporte doctrinal debió esperar varias décadas hasta que Binding lo colocó en la discusión penal (víd., GUZMÁN DALBORA, *Estudio preliminar* a la obra de Birnbaum, p. 38). Tan es así que AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p.45, plantea la posibilidad de que el estudio de Birnbaum hubiera desparecido por completo de la ciencia del Derecho penal si Binding no se hubiese referido a él.

[271] BINDING, *Die Normen*, Vol. 1, p. 341 y s.

[272] Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, p. 27 que, respecto del planteamiento de Binding, señala que el bien jurídico no crearía la norma, sino la norma al bien jurídico.

[273] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 12.

[274] VON LISZT, *Tratado*, I, p. 6.

la función limitadora de su concepto de bien jurídico[275]. Es más, al reconocer al Estado como representante de la sociedad, prácticamente se le dio a toda norma penal cuando menos el interés del Estado de penalizar una determinada conducta[276]. Por todo esto, puede decirse que, aun cuando von Liszt persiguió un concepto material de delito que sirviese de frontera máxima de lo punible[277], su planteamiento no fue más que un programa sin desarrollo que, como se verá enseguida, buscó ser realizado, desde una perspectiva distinta, por los autores neokantianos.

El cambio del método científico en las ciencias del espíritu, luego del furor positivista, dio origen en el ámbito penal a una línea de pensamiento a la que se le denominó neokantiana. Esta nueva visión del Derecho penal llevó a una reformulación de la teoría del delito, en donde la filosofía de los valores pasó a ocupar un lugar primordial[278]. En concreto, cabe decir que, respecto del bien jurídico, se dejó de buscar el referente para su determinación en la norma penal o en el terreno empírico-social, para encontrarlo, más bien, en el mundo espiritual de los valores. La dirección neokantiana coincidió con la línea de pensamiento de von Liszt al remitirse a una realidad externa al Derecho positivo, pero en lugar de acudir al terreno social trasladó el problema al mundo espiritual de los valores[279].

Al interior de la perspectiva neokantiana es posible distinguir dos orientaciones. Por un lado, cabe mencionar a la orientación neokantiana que equipara valor y fin, con la consiguiente caracterización del bien jurídico como el fin perseguido por el legislador penal[280]. Como puede verse, el concepto de bien jurídico desde esta perspectiva pierde por completo su función crítica, para asumir una función meramente interpretativa de las prescripciones penales, esto es, de interpretación teleológica[281]. Por otro lado, habría que hacer alusión a la orientación neokantiana que definió al

---

[275] Así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13: "*también los delincuentes persiguen intereses*". La misma crítica anteriormente en Mir Puig, *Introducción*, p. 129 y s.

[276] En este sentido, Hormazábal Malarée, *Bien jurídico*, p. 67.

[277] Así, la famosa frase de von Liszt, *ZStW* 8 (1888), p. 139 y s.: "*el bien jurídico es un concepto límite de la lógica jurídica abstracta*".

[278] Vid., en este sentido, Hormazábal Malarée, *Bien jurídico*, p. 73.

[279] Así, Mir Puig, *Introducción*, p. 130.

[280] A esta orientación se adscribe el planteamiento de Honig, *Die Einwilligung*, p. 94, que define el bien jurídico como una fórmula sintética en la que el legislador reconoce el fin que persigue con cada una de las prescripciones penales.

[281] En este sentido, Hormazábal Malarée, *Bien jurídico*, p. 73 y s.

bien jurídico como un valor de la cultura y el delito, por tanto, como la lesión de una norma de cultura[282]. Pese a la referencia externa al Derecho utilizada por este sector del pensamiento neokantiano para determinar el bien jurídico, tampoco pudo desarrollar una función de limitación del ejercicio del *Ius puniendi*, pues se presentaba sumamente complicado definir una cultura aislada del ordenamiento jurídico generado por la misma sociedad[283]. Pero, aún más, la indeterminación de la cultura, como fuente de intereses, hizo que este concepto pierda sustancialmente su potencia crítica frente a la actividad del legislador penal.

La espiritualización del concepto de bien jurídico que tuvo lugar con la metodología neokantiana[284], especialmente con la perspectiva teleológica, favoreció el surgimiento de planteamientos irracionales durante la época del nacionalsocialismo alemán de la primera mitad del siglo XX. Si bien los penalistas de ideología nazi rechazaron, en un primer momento, el concepto de bien jurídico por ser contrario a los más altos valores del nacionalsocialismo, luego lo utilizaron para dar legitimidad a las leyes penales alemanas expedidas en ese entonces[285]. En efecto, al definirse el bien jurídico como una "realidad positivamente valorada", la relatividad de los valores asumida por el neokantismo fue aprovechada para incluir la fidelidad al sentimiento del pueblo alemán como un valor positivo de la cultura. De esta manera, el delito se configuró como una lesión al deber de fidelidad al pueblo alemán, erigiéndose dicho deber de fidelidad en el bien jurídico penalmente protegido[286]. Está claro que con un planteamiento como éste difícilmente el bien jurídico puede desempeñar una función de control del poder punitivo del Estado.

Después del triste período nacionalsocialista, surgieron diversos intentos por dar un fundamento ético al concepto de bien jurídico[287], buscando con ello evitar caer nuevamente en una perversión de los valores. Así, cabe mencionar el planteamiento de Hellmuth MAYER, quien consideraba que la protección de los bienes jurídicos estaba mediatizada por la

---

[282] Vid., M. E., MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 71: "*delito es un acontecimiento imputable (...) que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado*"; WOLF, E., *Die Justiz* III (1927/1928), p. 111.

[283] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 13.

[284] En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, p. 28.

[285] En este sentido, MIR PUIG, *Introducción*, p. 131 y s.

[286] Vid., SCHAFFSTEIN, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, p. 108 y ss.

[287] En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico*, p.88.

protección de un orden moral que se expresaba formalmente a través del orden jurídico[288]. En una línea de pensamiento igualmente moralizante, WELZEL entendió que la misión central del Derecho penal no estaba en proteger bienes jurídicos actuales como la persona individual o su propiedad (a lo que el Derecho penal llegaba demasiado tarde), sino en asegurar la vigencia real de los valores ético-sociales de la acción[289]. Con estos planteamientos se procuró dotar al bien jurídico de una base ética o moral que lo preservase de la manipulación política o de la relatividad de los valores. Sin embargo, la visión moralizante del bien jurídico trajo también como consecuencia que se intentase penalizar muchas conductas de carácter puramente moral[290], tal como sucedió en el Proyecto Gubernamental de Código penal alemán de 1962. Como contrarreacción a esta pretensión criminalizadora sustentada en una concepción moralizante del bien jurídico, comenzaron a desarrollarse diversas visiones del bien jurídico de base sociológica, en las que se destaca más la contextualización social que el orden moral. En efecto, los bienes jurídicos dejaron de ser vistos como valores culturales o éticos, para ser entendidos como condiciones indispensables del orden social.

Las concepciones del bien jurídico de base sociológica pueden agruparse en dos grandes orientaciones. En primer lugar cabe mencionar la línea de pensamiento que deja de referir el bien jurídico a la persona y lo centra en el sistema social. La razón de este cambio de paradigma lo explica AMELUNG con las siguientes palabras: "*Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona*"[291]. La importancia de la significación social le llevó incluso a proponer abandonar el concepto de bien jurídico y quedarse solamente con la idea de dañosidad social[292]. Sin embargo, a este planteamiento se le reprocha la misma debilidad que las propuestas anteriores, pues, si bien rescata la no-

---

[288] Vid., MAYER, H., *Strafrecht*, AT, p. 52 y ss.

[289] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4: "*La misión del Derecho penal es la protección de los elementales valores ético-sociales de la acción y de la conciencia y recién a partir de ellos la protección de los bienes jurídicos individuales*". La misma idea la reitera WELZEL, *en Abhandlungen*, p. 231: "*Detrás de las normas del Derecho penal se encuentran, como su contenido material, los valores de la acción de carácter ético-jurídico*".

[290] Así, el peligro que advierte HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico*, p. 101, de dar fundamento a una responsabilidad ética absoluta.

[291] Vid., AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 390.

[292] Vid., AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 350 y ss.

ción de bien jurídico del mundo abstracto de los valores y lo integra en la realidad social, no establece con claridad los criterios para determinar qué grado de dañosidad social se requiere para que intervenga el Derecho penal[293]. Por otra parte, la exclusiva referencia a la funcionalidad social podría llevar a proteger penalmente estrategias políticas e incluso caer en la penalización de valores morales, mediatizando las necesidades reales de los individuos[294].

La visión sociológica del bien jurídico tuvo también otra línea de desarrollo que, a diferencia del funcionalismo de AMELUNG, no desplaza al individuo para centrarse en la sociedad, sino que entiende las condiciones sociales en atención a su necesidad para el desarrollo de los individuos. Tres son los principales autores que han desarrollado, desde sus propias perspectivas, esta línea de pensamiento. Por un lado, está el planteamiento desarrollado por CALLIES sobre la base del interaccionismo simbólico. Para este autor las sanciones penales no tienen la función de privar, sino de establecer las oportunidades de participación, esto es, de hacer posible la libertad en los sistemas sociales. Por lo tanto, lo que el Derecho penal protege son las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad[295]. Como puede verse, la introducción de un planteamiento social en la teoría del bien jurídico no es solamente posible, sino altamente conveniente para la libertad del individuo[296]. Por otro lado, cabe mencionar la posición desarrollada por MARX que considera bienes jurídicos a los objetos que requiere el ser humano para su libre autorrealización[297]. Sin embargo, no concibe la existencia de los seres humanos como ermitaños, sino con una individualidad social[298]. Finalmente, hay que hacer referencia a la propuesta de HASSEMER, quien coloca el concepto de bien jurídico en el contexto histórico cultural en el que se valoran los objetos afectados por las conductas criminalizadas (experiencia valorativa social)[299]. Si bien esta concepción del bien jurídico rescata el aspecto social al integrar en el sistema de bienes jurídicos las

---

[293] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 270.
[294] Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 269.
[295] Vid., CALLIES, *Theorie der Strafe*, p. 64. Sigue esta teoría, MIR PUIG, *Introducción*, p. 140.
[296] Así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 137.
[297] Vid., MARX, *Zur Definition*, p. 62.
[298] Vid,., MARX, *Zur Definition*, p. 25 y ss. En una línea de pensamiento similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 271.
[299] HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, p. 244 y ss.

condiciones de vida de la moderna socialización, es muy claro al prescribir que la protección de estas condiciones generales debe funcionalizarse partiendo de la persona individual. La condición irrenunciable de la protección penal es servir a los intereses del hombre[300].

Pese a que las propuestas acabadas de esbozar le han devuelto materialidad al concepto de bien jurídico, los estudios actuales sobre el bien jurídico intentan encontrar puntos de referencia más específicos para concretar la dañosidad social determinante de la protección penal. Las líneas que se han desarrollado al respecto van fundamentalmente por tres caminos: una línea formal que recurre a la Constitución Política para definir los intereses merecedores de protección penal, una línea material de base contractualista y una línea institucional que se centra en la norma como expectativa de conducta jurídicamente garantizada.

Las tesis constitucionalistas pretenden hallar en la Constitución Política el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. Autores como Sax[301] en Alemania, Bricola[302] en Italia y Escrivá Gregori[303] en España han desarrollado, con sus propios matices, este punto de vista. Como idea general, cabe decir que el planteamiento constitucionalista entiende que el Derecho penal solamente puede proteger valores constitucionalmente reconocidos, de manera tal que al legislador le resulta prohibido rebasar los límites establecidos por el constituyente[304]. Este planteamiento cuenta en la doctrina nacional con algunos defensores[305], a los que el Tribunal Constitucional ha dado cierto respaldo al haber señalado que el Derecho penal tutela los valores proclamados en la Constitución[306]. Pero cuán vinculado está el legislador penal frente al programa constitucional, es un punto que ha dado origen a diferenciar entre constitucionalismo amplio y estricto.

---

[300] Vid., Hassemer, *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282..

[301] Sax, en *Die Grundrechte*, p. 909 y ss. Propone igualmente una fundamentación constitucional del bien jurídico, Rudolphi, *FS für R. M. Honig*, p. 158 y ss.

[302] Bricola, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, p. 15 y s. Siguen esta línea en la doctrina penal italiana, Musco, *Bene Giuridico*, p. 55 y ss.; Angioni, *Contenuto e funzioni*, p. 161 y ss.

[303] Escrivá Gregori, en *Papers* 13 (1980), p. 157. Siguen en España este planteamiento, Álvarez García, *CPC* 43 (1991), p. 5 y ss.

[304] Vid., con mayor detalle y ulteriores referencias, Hormazábal Malarée, *Bien jurídico*, p.135 y ss.

[305] Así, Abanto Vásquez, *LH-Juan Bustos Ramírez*, p. 69.

[306] STC 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 11.

El constitucionalismo amplio vincula de manera general al bien jurídico con el modelo de Estado constitucionalmente establecido, es decir, con el Estado social y democrático de Derecho, mientras que el constitucionalismo estricto requiere que la Constitución reconozca explícita o implícitamente el interés que, en concreto, se quiere tutelar penalmente[307]. Ambas variantes de las tesis constitucionalistas han sido sometidas a crítica. Al constitucionalismo amplio se le ha cuestionado recurrir igualmente a un criterio difuso, flexible e incluso ambiguo, lo que no garantiza la seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico[308]. Al constitucionalismo estricto, por su parte, se le ha objetado generar vacíos en el caso de nuevas realidades que, por razones de evolución social, no se encuentran recogidas dentro del marco expresamente previsto por la Constitución[309]. Por ello, la determinación del bien jurídico protegido no puede satisfacerse únicamente con un planteamiento formal a nivel de la Constitución[310].

Un sector importante de la doctrina penal contemporánea intenta determinar el contenido del bien jurídico de forma tal que se abarquen tanto los bienes individuales como sociales. En esta línea de pensamiento se mueve la definición de bien jurídico propuesta por ROXIN: "*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*"[311]. De esta definición de bien jurídico, se colige que son dos los aspectos de protección que justifican una labor de penalización: la libertad del individuo en un Estado liberal y la capacidad funcional del sistema social basado en este principio. Lo que no sirva a lo uno o a lo otro, no podrá ser fundamento de una conminación penal. Recientemente se ha intentado unificar la dualidad de los bienes jurídicos protegidos con base en la idea rectora de que el Estado debe asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo. El sustento filosófico de esta idea sería la figura del contrato social, la que dio origen históricamente al concepto del bien jurídico como limitación del Derecho penal[312].

---

[307] Vid., la exposición al respecto de CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 36 y ss.

[308] En general esta crítica a las teorías constitucionalistas del bien jurídico, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 273 y s.

[309] Vid., CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 37.

[310] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 274.

[311] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9.

[312] Vid., SCHÜNEMANN, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 203 y ss.

El planteamiento de base contractualista permite justificar la protección penal de bienes jurídicos individuales y colectivos. En cuanto a los bienes jurídicos referidos directamente al individuo, se podría seguir trabajando con el entendimiento liberal de vulneración de un bien individual. No obstante, mantenerse únicamente en esta visión decimonónica del bien jurídico constituiría un grave error de contextualización histórica, pues la elevación a los altares del derecho de propiedad ocurrida en el siglo XIX a causa de la escasez de bienes materiales en aquel entonces, no es el aspecto esencial de la sociedad actual, caracterizada, más bien, por el consumismo y la producción masiva con sobreexplotación de los recursos naturales[313]. En este orden de ideas, la lesividad social del delito no puede quedarse en el paradigma liberal del daño a otro individuo, sino que debe tener en cuenta los distintos sectores sociales de interactuación de la sociedad actual. Sin embargo, el criterio de legitimación del bien jurídico sigue siendo el mismo en los bienes jurídicos colectivos, pues la protección de las condiciones del sistema social se orienta igualmente a asegurar las posibilidades del libre desarrollo del individuo.

Con independencia de la viabilidad filosófica de la idea del contrato social como criterio de legitimación de la sociedad[314], al planteamiento contractualista se le puede reprochar no haber desarrollado suficientemente cómo la protección de bienes colectivos se corresponde con la protección del libre desarrollo del individuo. Recurre con cierta facilidad a bienes jurídicos supraindividuales para fundamentar la incriminación de ciertas formas de conducta (delitos económicos, por lo general), pero no hay mucha claridad sobre cuándo este interés colectivo favorece el libre desarrollo del individuo[315]. Un sector de la doctrina penal se muestra, por ello, muy crítico frente a la formulación de los bienes jurídicos supraindividuales, pues considera que no sólo se produce una indeterminación poco garantista del objeto de protección[316], sino que finalmente se pasa con facilidad a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de

---

[313] Vid., Schünemann, *Consideraciones*, p. 23.

[314] En lo que se centra la crítica de Jakobs, en *Bien jurídico*, p. 19 y ss.

[315] Así, por ejemplo, lo mostrado por Amelung, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 236, en relación con el delito de maltrato de los animales, cuya criminalización Roxin defiende con el argumento de que se trata de un acto de solidaridad entre criaturas de la creación, cuando poco antes había vinculado el bien jurídico al libre desarrollo de los seres humanos.

[316] Vid., así, Hassemer, *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 282 y ss.; El Mismo, *ADPCP* 1993, p. 56; Sgubbi, *El delito*, p. 103 y s.

la norma penal[317]. Así, la función crítica del bien jurídico se mantendría solamente en el caso de bienes jurídicos individuales, pero respecto de los bienes jurídicos colectivos no se contaría con criterios definidos para evaluar críticamente la labor de incriminación del legislador.

Mayor uniformidad de criterio para la determinación del bien jurídico procura la concepción institucional que entiende que el Derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) valorados positivamente, sino la vigencia de la norma[318]. El punto de partida de esta concepción es que el Derecho penal no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de tales estados. En este sentido, el fin de la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes (individuales o colectivos), sino evitar un ataque contra los mismos, lo que puede significar afectar la existencia o la producción de bienes[319]. Vista así las cosas, el Derecho penal no cumple la función de mantener incólumes los derechos o intereses protegidos. De lo que se trata, más bien, es de devolver la vigencia social a la norma cuestionada por la conducta del autor, de manera tal que la defraudación de dicha norma no afecte las instituciones socialmente vigentes[320].

En nuestra opinión, la tesis institucional acierta al centrar la función del Derecho penal en el mantenimiento de la vigencia de la norma defraudada. La protección penal no apunta a preservar, cual piezas de museo[321], los objetos individuales o colectivos valorados positivamente, sino a devolver la confianza en la norma cuestionada por comportamientos que manifiestan socialmente un desprecio a los aspectos esenciales de la organización social. No cabe duda que muchos de estos aspectos esenciales se sustentan en esas condiciones (individuales o colectivas) valoradas positivamente de la doctrina dominante, de manera que no se tratan, en el fondo, de tesis contrapuestas. Sin embargo, la tesis institucional resulta más acabada, en la medida que descubre el lado normativo de la protección de

---

[317] Vid., sobre todo en la discusión italiana, MOCCIA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 113 y ss.

[318] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; EL MISMO, *La ciencia*, p. 136; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 27; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 140 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, *InDret* 4/2006, p. 10.

[319] Vid., así, JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 26.

[320] Vid., JAKOBS, en *Bien jurídico*, p. 26: "*Se trata, pues, de la protección de instituciones* (...)".

[321] Así, ya la famosa crítica de WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 140, sobre la visión estática de los bienes jurídicos.

los bienes jurídicos. La determinación de las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad es una cuestión decisiva para el juicio de legitimidad de cada norma penal, pero la protección penal no recae sobre esas condiciones, sino sobre la confianza social en la vigencia real de dichas condiciones. El bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma.

B. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto

Constituye una idea sumamente interiorizada que si el Derecho penal procura proteger bienes jurídicos, el delito constituye la lesión de un bien jurídico. A partir de esta idea se explica la exigencia de cierta lesividad de la conducta delictiva para fundamentar la imposición de una pena[322]. Es en este sentido como se entiende lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código penal que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para la imposición de la pena. A esta formulación no hay nada que reprocharle en el plano conceptual, pero contrasta con una técnica de tipificación muy extendida en el Derecho penal actual: los delitos de peligro abstracto. La cuestión que debe resolverse es si los delitos de peligro abstracto resultan compatibles con el principio de lesividad expresamente requerido en la normativa penal. Al parecer la respuesta es negativa, tanto es así que el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2004 ha agregado al artículo IV una cláusula de excepción que permitiría, en ciertos casos, la utilización de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa[323].

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos en general peligrosos sin requerir que se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente[324]. En la medida que estos comportamientos no lesionan o ponen en peligro el sustrato de un bien jurídico, un sector crítico de la doctrina considera que el concepto de peligro abstracto no es más que una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad[325].

---

[322] Vid., así en el Derecho penal nacional, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 94.

[323] Crítico, sin embargo, frente al tenor del proyecto de nueva regulación del principio de lesividad, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 96.

[324] Vid., similarmente, Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 311.

[325] Vid., Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 70 y ss.; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 255 y ss.

Se trata del planteamiento defendido por la llamada escuela de Frankfurt, para quien la técnica legislativa del peligro abstracto no tendría una justificación empírica desde el punto de vista científico[326]. En primer lugar, constituye un progresivo abandono a la protección de bienes jurídicos, en tanto no sanciona la lesión de los mismos, sino que penaliza simples comportamientos considerados como socialmente negativos (*Kampf gegen das Böse*)[327]. Pero incluso la pretendida mayor idoneidad de los delitos de peligro abstracto para evitar los riesgos sociales es de alguna manera cuestionable[328]. Por ejemplo, HASSEMER afirma que los estudios empíricos muestran que en los delitos de tráfico de drogas, donde la labor de tipificación recurre preferentemente a delitos de peligro abstracto, no se ha presentado una reducción considerable de la criminalidad real, sino que los índices de dicha criminalidad incluso han aumentado[329]. En este sentido, el Derecho penal se ha convertido en un Derecho penal puramente simbólico, en tanto no reduce realmente la criminalidad (función instrumental)[330].

Por nuestra parte, consideramos que la crítica frankfurtiana no se corresponde con las características y necesidades de la sociedad actual, pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino la consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico[331]. Si el Derecho penal pretende tener vigencia real, debe adaptar sus categorías dogmáticas a esta realidad social[332]. En esta línea, los defensores del llamado funcionalismo teleológico ponen de manifiesto que muchos tipos penales requieren cada vez menos la efectiva lesión de un bien jurídico y se estructuran más sobre la base de un peligro, de manera que los criterios de imputación abandonan el paradigma del

---

[326] En este sentido, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 110; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; KARL, en *La insostenible situación*, p. 61 y s.; LÜDERSSEN, *Prólogo*, p. 8; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53, referido al Derecho penal del medio ambiente.

[327] Cfr. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 130; NESTLER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, Lüderssen (Hrsg.), p. 11.

[328] Cfr., PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 442 y ss.; NESTLER, en *La insostenible situación*, p. 64; ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 474.

[329] HASSEMER, *NStZ* 1989, p. 558; ALBRECHT, *KritV* 1993, p. 163; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 370.

[330] Vid., HASSEMER, *KritV* 1993, p. 203; EL MISMO, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 19; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 253 y ss.

[331] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss.

[332] Vid., SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1991, p. 33.

delito de lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro[333]. El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras de imputación estaría en la necesidad de adaptar las finalidades político-criminales a las particularidades de la sociedad actual[334]. En una sociedad como la moderna, con una gran complejidad de conexiones causales, resulta iluso pretender explicar la producción de un daño con un solo factor y más aún demostrar la relación de causalidad en detalle[335]. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a la realidad social exige que ésta se adapte a las nuevas formas de aparición de los contactos sociales y a su complejidad[336]. Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo no permitido se realice en el resultado[337], lo esencial en la construcción de las estructuras de imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Pese a que las consideraciones antes mencionadas resultan plausibles, no puede negarse que el recurso a los delitos de peligro abstracto implica una posible ruptura de la vinculación del Derecho penal con la concepción tradicional del bien jurídico[338]. No obstante, la orientación teleológica del delito considera que los delitos de peligro abstracto son necesarios, en tanto constituyen una consecuencia de la modernización del Derecho penal[339], por lo que resulta incorrecta una opción legislativa de rechazo de los delitos de peligro abstracto. Ahora bien, esta aceptación de los delitos de peligro abstracto no significa que se admita cualquier configuración del peligro abstracto, sino que sólo podrá recurrirse a tal técnica legislativa si se respeta ciertos requisitos: (a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, (b) que sea visible su referencia a un bien jurídico y (c) que no vulnere el principio de culpabilidad[340]. Si la incriminación del peligro abstracto cumple con estas exigencias, no se afectarán las garantías constitucionales y podrá considerarse legítima. Por el contrario, si no se tienen

---

[333] En este sentido, Roxin, en *La evolución*, p. 45.

[334] Como contraposición a la imputación se presenta el principio de legalidad, en el sentido de que lo que no pueda ser imputado objetivamente carece de relevancia jurídico-penal. Vid., así, Roxin, en *La evolución*, p. 46.

[335] Vid., en este sentido Schünemann, *Consideraciones*, p. 30 y s.

[336] Roxin, en *Dogmática penal*, p. 29.

[337] Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 59.

[338] Vid., en este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23.

[339] Vid., en este sentido y con mayores referencias, Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C29; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 85 y ss; Schünemann, *Consideraciones*, p. 31 y ss.

[340] Cfr. Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 23b.

en cuenta los requisitos mínimos antes mencionados, el uso de esta técnica legislativa devendrá en inadmisible[341].

A pesar del esfuerzo por legitimar los delitos de peligro abstracto sin romper la referencia con la afectación del bien jurídico, está claro que los intentos realizados por el planteamiento teleológico del delito no resultan convincentes mientras se mantengan en la posibilidad típica o general de lesionar un bien jurídico[342]. Como lo ha puesto de manifiesto KINDHÄUSER, esta fundamentación cae en un inevitable trilema: Si el autor es penado también cuando valora correctamente la ausencia de relevancia lesiva de su comportamiento concreto, esto se opondría al principio de culpabilidad debido a la ausencia de una conducta desvalorada; si el autor, por el contrario, es penado solamente cuando parte de la relevancia lesiva de su comportamiento, perderían los delitos de peligro abstracto la razón de su existencia al lado de los delitos de lesión con punibilidad de la tentativa; y si se permite finalmente como solución la prueba en contrario de la falta de peligrosidad en el caso concreto, esto llevaría a una inversión de la carga de la prueba contraria al principio del *in dubio pro reo*[343]. En consecuencia, el castigo por la peligrosidad de una conducta no puede hacerse con base en su capacidad futura de vulnerar un bien jurídico[344].

Para poder explicar la peligrosidad en los delitos de peligro abstracto, no debe recurrirse al peligro sobre el bien jurídico como tal, sino a las condiciones para disponer despreocupadamente del mismo[345]. Para que el Derecho penal cumpla su función en la sociedad actual no basta con establecer tipos penales con referencia a un "no lesionar al resto". En una sociedad de libertades y de contactos anónimos esto no puede ser suficiente[346].

---

[341] Vid., por ejemplo, la crítica de TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75, a la excesiva medida de indeterminación de muchos tipos penales de los delitos económicos.

[342] Vid., sobre estos intentos de fundamentación, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 229 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 287 y ss.

[343] Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 272 y s. Hace referencia a la dificultad de una fundamentación desde el bien jurídico en los delitos de peligro abstracto, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 194 y s.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 291.

[344] En este sentido, KINDHÄUSER, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 273.

[345] Vid., así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 279 y ss. Por eso, KINDHAUSER, *Indret*, 1/2009, p. 7 y ss., considera necesario abandonar el paradigma de la agresión por el de la inseguridad en la disposición racional de un bien.

[346] Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 53. Sobre la dificultad para encontrar una frontera entre lo permitido y lo prohibido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y s.

Sin embargo, el Estado no está en posibilidad de precisar todos los actos a realizar por los ciudadanos, sino que sólo puede indicar algunos objetivos generales y dejar su concreción en manos de la propia organización de la persona[347]. No obstante, cada persona tiene una idea muy diferente de cuál es el comportamiento adecuado con base en los objetivos generales establecidos por el Estado. Esto genera un mayor problema por el anonimato de los contactos característico de la sociedad moderna, pues no se conoce la manera de pensar del sujeto con el que se entra en contacto y la manera como éste entiende su rol. En este sentido, puede resultar especialmente difícil orientarse en ciertos ámbitos de la sociedad moderna, ya que la seguridad frente al comportamiento de los demás no está garantizada siquiera cognitivamente.

Por todo lo anteriormente señalado, los delitos de peligro abstracto se entienden a partir de la necesidad del legislador penal de establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos. El Estado asume de esta manera una administración centralizada de los riesgos y precisa cuándo alguien está infringiendo las expectativas sociales, aunque individualmente el sujeto no lo crea así[348]. Se trata, pues, de peligros abstractos establecidos centralizadamente por el legislador, independientemente de una valoración individual divergente. Por ejemplo: el conducir en estado de ebriedad significa ya una infracción del rol de ciudadano frente al respeto a la integridad física o la vida de los demás partícipes en el tráfico, aunque un conductor estime que eso todavía no es reprochable. La seguridad misma respecto del disfrute de los bienes jurídicos, se constituye así también en un bien jurídico[349]. Un delito de peligro abstracto estaría constituido por la afectación de las condiciones de disposición segura de un bien jurídico[350]. Esta afectación produce una defraudación social que fundamenta ya la intervención del Derecho penal. Como puede apreciarse, el principio de lesividad adquiere una nueva interpretación: no se trata de lesionar bienes jurídicos, sino de defraudar expectativas normativas esenciales. Para esta defraudación no es necesaria la lesión de un objeto que represente un bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta.

---

[347] Vid., Derksen, *Handeln*, p. 179.

[348] Vid., Jakobs, *La ciencia*, p. 124.

[349] Vid., con mayores ejemplos, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 45 y s.; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 53 y s.

[350] Vid., Kindhäuser, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 276.

C. La diferencia con las infracciones administrativas

El cambio de perspectiva de la lesividad que se propone a propósito de los delitos de peligro abstracto suscita, sin embargo, dificultades de limitación con las infracciones administrativas[351]. Si el delito de peligro abstracto se sustenta en una peligrosidad estadística que afecta la disposición segura de los bienes, no habrá una diferencia sustancial con el criterio de regulación propio de las infracciones administrativas. Para poder salir al frente ante este problema de delimitación existen fundamentalmente dos caminos. Por un lado, puede asumirse que la diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal sea simplemente cuantitativa, no existiendo una distinción cualitativa respecto de los criterios de estructuración de ambas formas de injusto[352]. El límite entre ambos ámbitos jurídicos estaría determinado fundamentalmente por el principio de subsidiariedad. Si ambos ordenamientos jurídicos protegen bienes jurídicos, habrá que decidir qué afectaciones del bien jurídico son tan graves como para sancionarse a través del Derecho penal.

La solución argumentativa anterior no puede ser de recibo para quienes entienden que la diferencia no es, o no solamente, cuantitativa. En nuestra comprensión del bien jurídico penalmente protegido, por ejemplo, debe quedar claro que el Derecho penal no debe restablecer normativamente toda defraudación de expectativas derivadas de las estructuras del sistema social, sino solamente aquellas expectativas cuya vigencia resulta indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad[353]. Por el contrario, para el mantenimiento del funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden a sectores regulados del sistema social o de cuestiones accesorias del sistema, resultarán suficientes los mecanismos de reestabilización del propio sistema social o de dispositivos jurídicos extrapenales del Derecho administrativo sancionador. El carácter esencial de las expectativas restablecidas a través del Derecho penal marca una diferencia cualitativa con el Derecho administrativo sancionador, lo que explica, entre otras cosas, que este último recurra fundamentalmente a

---

[351] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 328.

[352] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR, *ADPCP* 1975, p. 159: *"Desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer"*.

[353] Vid., VILCHEZ CHINCHAYÁN, en *Estudios críticos*, p. 21.

mecanismos de reestabilización de carácter cognitivo[354] como el decomiso, las medidas preventivas de seguridad, etc.

El aspecto que queda por precisar está referido al momento en el que la defraudación de las expectativas alcanza el carácter de esencial y justifica, por tanto, el recurso a los delitos de peligro abstracto. Para poder responder a este interrogante resulta necesario tener en cuenta que la legitimación de la intervención penal se mueve en dos planos distintos. Por un lado se encuentra la legitimación de la restricción de la libertad del ciudadano mediante las prohibiciones penales en general, lo que significa que la protección penal solamente debe alcanzar a las condiciones que, en la sociedad de la que se trate, son indispensables para la realización de las personas[355]. En la medida que los delitos de peligro abstracto constituyen una de las formas más extremas de limitación de la libertad de los ciudadanos, debe recurrirse a esta técnica de la legislación penal solamente en caso de ser necesaria para proteger aspectos esenciales para la realización de las personas (vida, salud, etc.). Por otro lado está el plano de la legitimación de la concreta intervención del Estado por la infracción del tipo penal, es decir, la existencia de una peligrosidad socialmente intolerada. La realización de esta peligrosidad debe producir una perturbación social que requiere un restablecimiento normativo.

Lo último que se ha dicho precisa responder a la cuestión de cuándo la conducta peligrosa fundamenta una perturbación social que requiere de una intervención penal. Feijoo Sánchez ha recurrido a la idea de organización insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo[356]. Se trata concretamente de imputar al autor una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida. Mientras la infracción administrativa constituye simplemente un indicio de una organización objetivamente insegura con base en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor[357]. Para dar mayor contenido a esta distinción debe tenerse clara la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones

---

[354] Vid., igualmente, Pérez del Valle, *LH-Jakobs* (Perú), p. 725.
[355] Vid., esta vinculación al desarrollo personal, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 271.
[356] Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p.330 y ss.
[357] Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 y s. En la misma línea, Vilchez Chinchayán, en *Estudios críticos*, p. 23.

de carácter epistemológico[358]. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. En esta última forma de probabilidad se sustenta la peligrosidad en un delito de peligro abstracto.

2. La *ultima ratio* o mínima intervención del Derecho penal

Otro de los aspectos político-criminales que informa la intervención penal es el llamado principio de mínima intervención o de *última ratio*[359]. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales[360]. El Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad[361]. Esta secundariedad del Derecho penal se expresa concretamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: Sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente.

A. El principio de subsidiariedad

Puede decirse que el principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas

---

[358] Vid., FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 94 y s.

[359] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 38; EL MISMO, *Problemas básicos*, p. 21; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 26; MIR PUIG, *Introducción*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 108.

[360] Aquí se presenta ciertamente el primer escollo: ¿cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas? Vid., sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246, dando un papel importante a las investigaciones empíricas.

[361] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 247.

que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. Así, por poner un ejemplo, la copia en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente y no basten las medidas de control y sanción universitarias, no pueden ser castigadas penalmente, pues el orden de las evaluaciones en los estudios universitarios no constituye un aspecto esencial del sistema social que justifique recurrir al Derecho penal.

Pero la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. Se presenta, como puede verse, una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, de manera tal que en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos. Si los mecanismos de control extrapenales alcanzan suficientemente para mantener en niveles tolerables determinadas conductas socialmente perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. Esta subsidiariedad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos mecanismos de control cumplen una función homogénea[362]. Lo que sucede es que, en determinados casos, los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho penal (de prevención o de reestabilización), de manera tal que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penal[363].

B. El principio de fragmentariedad

Si bien el carácter fragmentario del Derecho penal fue formulado por BINDING en un sentido crítico como un gran defecto del Código penal alemán[364], en la actualidad se presenta como una exigencia de

---

[362] Así, la crítica de NIGGLI, *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss., al principio de subsidiariedad, en tanto las funciones de los mecanismos jurídicos de reacción no resultan homogéneas.

[363] Por eso, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 29, señalan que la subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad.

[364] BINDING, *Lehrbuch*, BT, I, p. 20 y ss.

limitación de la punibilidad de las acciones. Según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves[365]. Así, por ejemplo, si bien la confianza en el respeto al patrimonio de otro es un bien jurídico elemental, el simple incumplimiento del pago de una deuda no puede ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, sólo las conductas más intolerables, como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento, el abuso de la confianza o la disposición provocada por un engaño, se sancionan penalmente[366], pues únicamente en estos casos el nivel de perturbación social amerita la intervención del Derecho penal para devolverle la confianza a la expectativa defraudada.

3. El principio de legalidad

A. Fundamento constitucional

El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código penal. Este principio garantiza la imparcialidad del Estado, en tanto tiene que determinar de manera general y antes de la realización del delito las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable[367]. Se evita que la actividad punitiva del Estado pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. Es una garantía que se le da al ciudadano en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación delimitadas[368].

El principio de legalidad fue constituido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para hacer frente a los abusos de los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas mediante la ley impedía abusos por parte de los detentadores del poder[369]. En las exposiciones de BECCARIA y FEUERBACH este principio

---

[365] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 94.
[366] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 126.
[367] Vid., YACOBUCCI, *El sentido*, p. 256.
[368] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 358.
[369] MONTESQUIEU, *Vom Geist der Gesetze*, Libro XII, Cap. 7, p. 266 y s. Referencias anteriores que se remontan al Derecho romano, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 6.

adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo necesario a su finalidad preventiva[370]. Con el desarrollo dogmático de von Liszt, dejó de mostrarse como un instrumento para efectivizar la lucha contra la delincuencia, y pasó a considerarse, más bien, un límite a la persecución y sanción de las conductas delictivas[371]. Esta concepción considerada ahora garantista, salvo la etapa oscura del nacionalsocialismo en Alemania, continúa aún hoy vigente en las exposiciones doctrinales[372].

La comprensión del principio de legalidad como una garantía individual frente a la Administración de Justicia, ha llevado a algunos a afirmar que se trata de la derivación de un derecho fundamental referido a la dignidad humana[373]. Sin embargo, el principio de legalidad, por sí mismo, no constituye propiamente una garantía individual, pues, como ya lo puso de relieve Berner, si en un gobierno despótico las leyes contienen sólo la voluntad del tirano, leyes absolutamente determinadas impedirían, más bien, una Administración de Justicia independiente de tal arbitrariedad[374]. Por esta razón, el principio de legalidad como garantía individual frente al abuso de poder sólo puede tener sentido como parte de un sistema de

---

[370] Vid., la exposición de las ideas de Beccaria y Feuerbach en Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 252.

[371] Vid., la referencia en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 182 y s.; Naucke, *JuS* 1989, p. 864; Ehret, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, p. 18 y ss. Ciertamente se trata del von Liszt dogmático, pues el político-criminal se mostraba desde la perspectiva de la peligrosidad del autor, más bien, a favor de un abandono del principio de legalidad (vid., sobre esta visión de la llamada escuela moderna, Elvers, *Die Bedeutungen*, p. 82 y ss.; Boop, *Die Entwicklung*, p. 74 y ss.; Ehret, *op. cit.*, p. 71 y ss.).

[372] En este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 3; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 252 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, PG, p. 97.

[373] Esta fue la concepción original del principio de legalidad como un derecho subjetivo en Francia; sobre esto vid., la exposición histórica de Boop, *Die Entwicklung*, p. 5 y ss. Lo entienden aún así, Hamann, *Grundgesetz*, p. 45; Dürig, en *Grundgesetz Kommentar*, Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Art. 103, n.m. 104. Una concepción similar existe en aquellos que ven el principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad, pues sólo podrá reprochársele a alguien una conducta si previamente el injusto ha sido tipificado por la ley penal, de manera que le permita la *previsibilidad individual* de su comportamiento antijurídico; vid., en este sentido, Sax, en *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), III, 2, p. 998 y ss.; Rudolphi, *Unrechtsbewußtsein*, p. 98 (aunque luego Rudolphi, *SK*, § 1, n.m. 2, considera demasiada escasa esta fundamentación); Boop, *op. cit.*, p. 145; Lohberger, *Blankettstrafrecht*, p. 88 y s.

[374] Vid., Berner, *Wirkungskreis*, p. 3.

organización política[375], concretamente, como parte del sistema político constitucionalmente regulado[376].

Tal como ya lo indicamos, nuestra Constitución Política reconoce el principio de legalidad en materia penal. Este mandato constitucional materializa dos aspectos de la forma de organización política asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión del sistema democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables[377], pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo[378]. Por el otro, constituye también un mecanismo para evitar el abuso del poder estatal en perjuicio de los ciudadanos[379], en tanto que sólo mediante una ley del Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías[380].

La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión en contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encarga a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designa democráti-

---

[375] En este sentido, destaca el principio de legalidad de la ilustración como puramente político, HENKEL, *Strafrichter*, p. 13 y ss. A pesar de la manipulación que Henkel hace del carácter político del principio de legalidad para justificar la actividad penalizadora del Estado nacionalsocialista, sus precisiones sobre el carácter político del principio de legalidad no tienen que ser por ello erróneas o peligrosas, sino que, por el contrario, muestran un aspecto cierto del principio de legalidad y la forma de vinculación del juez a la ley. Por el contrario, lo ve como una cuestión de justicia y no política, BERNER, *Wirkungskreis*, p. 5 y ss.

[376] Vid., en este sentido, HAMANN, *Grundgesetz*, p. 46; GRÜNWALD, *ZStW* 76 (1964), pp. 14, 18; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 97 y ss.

[377] En este sentido, basado en la legitimación democrática y en la distribución del poder, GRÜNWALD, *ZStW* 76 (1964), p. 13 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 9 y ss.; RANSIEK, *Gesetz*, p. 40 y ss.

[378] Vid., esta idea como fundamento democrático del principio de legalidad, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 244.

[379] Una idea que viene desde la revolución francesa, vid., en este sentido, BOOP, *Die Entwicklung*, p. 37 y ss. Actualmente ponen de manifiesto esta fundamentación jurídico-pública que recurre a la idea del Estado de Derecho, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, p. 230 y s.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, pp. 2, 9; HASSEMER, *Einführung*, p. 254; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 130; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 128; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 193 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 2; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 2.

[380] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 253.

camente, no podrá presentarse objeción alguna, desde el punto de vista de la organización política, a una exclusión o limitación del principio de legalidad[381]. El temor ante una arbitrariedad judicial tendría que combatirse mediante mecanismos distintos y más acordes con el sistema de organización política asumido. En este sentido, la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general[382], sino, más bien, un mecanismo que, en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder[383].

B. Función

En la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación. Sin embargo, su contenido específico debe tener en cuenta la función que el Derecho penal cumple[384]. Como ya lo mencionamos, un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho penal es fundamentalmente de motivación (prevención general) y, por esta razón, ve en el principio de legalidad un mecanismo operativo para llevar a cabo tal motivación sobre los ciudadanos[385]. Según este entendimiento del princi-

---

[381] Vid., la escasa significación del principio de legalidad en los Estados judicialistas, HENKEL, *Strafrichter*, p. 43 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31.

[382] En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31, quien no afirma una vigencia absoluta del principio de legalidad, como a veces lo mal interpretan, sino como una cuestión evidente en un sistema jurídico codificado.

[383] En el mismo sentido, aunque destacando que sólo enmarca la actuación de los tribunales sin vincularlos a la ley, LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 157. Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

[384] Vid., esta independencia interpretativa, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 34 y ss.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 76. En este sentido plantea el problema SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 13, al indicar que el principio de legalidad encuentra, además de su raíz de Derecho público, su raíz jurídico-penal en la función de las penas: de imponer disposiciones de comportamiento socialmente deseadas, o reestabilizar disposiciones de comportamiento ya realizadas. Este autor opta por una finalidad preventivo general de la amenaza penal, en el sentido de motivación a la fidelidad al Derecho. En el Perú URQUIZO OLAECHEA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 43 distingue un fundamento político, uno axiológico y otro jurídico-penal. Críticamente frente a una diferenciación en el principio de legalidad de raíces de Derecho público y de Derecho penal, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 76.

[385] Vid., por todos en la doctrina alemana, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22 y s.; en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 252, nota, 302; en el Perú, URQUIZO OLAECHEA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 45 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 353.

pio de legalidad, la determinación previa de las leyes penales permite que el ciudadano sepa qué conductas puede realizar y cuáles no, así como con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a la norma, de manera que pueda sopesar las consecuencias de su accionar y decidirse por una conducta adecuada a Derecho[386].

Los que rechazan la idea de que el Derecho penal cumple una función de motivación no tienen por ello que negar la vigencia del principio de legalidad en el Derecho penal, pues la legalidad constituye un elemento configurador de nuestro sistema político de distribución de poderes (o funciones). Sin embargo, el contenido específico del principio de legalidad pasa a ser determinado con una concepción distinta del Derecho penal, esto es, como mecanismo social que asegura la vigencia de las expectativas normativas de conducta defraudadas[387]. En esta visión del Derecho penal, el principio de legalidad consiste en la determinación objetiva de las expectativas normativas del sistema social que se encuentran garantizadas por el Derecho penal, es decir, de las expectativas cuya vigencia, en caso de defraudación, serán restablecidas a costa del infractor de la norma[388]. Esta determinación normativa se reserva al Poder legislativo, pues en nuestro sistema político sólo el legislador puede concretar con criterios objetivos la identidad normativa de la sociedad de una forma vinculante para la comunidad en general o sectores sociales específicos[389].

C. Manifestaciones del principio de legalidad

La doctrina penal acepta de forma prácticamente unánime que el principio de legalidad tiene cuatro formas de manifestación: La reserva de ley, el mandato de certeza o determinación, la ley previa y la prohibición de analogía. Algunos autores como SCHÜNEMANN, incluyen una quinta manifestación, a saber, cómo la punibilidad debe tener lugar, es decir, la determinación de la pena aplicable[390]. En nuestra opinión, esta quinta

---

[386] En este sentido, BOOP, *Die Entwicklung*, pp. 145 y s., 156 y s.; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 11; GRIBBOHM, *LK* § 1, n.m. 1.

[387] Reconoce esta orientación actual de la legalidad, YACOBUCCI, *LH-Jakobs* (Perú), p. 648.

[388] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 10.

[389] Vid., sobre la garantía de objetividad del principio de legalidad, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 9, en el sentido de una determinación previa de una conducta punible y la medida de pena sin el influjo de un delito ya cometido, pero aún por juzgar. Se trata, pues, de una determinación previa y de validez general.

[390] Vid., SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 3.

manifestación no es más que un aspecto del mandato de determinación, por lo cual nos ocuparemos solamente de las particularidades de las cuatro manifestaciones del principio de legalidad tradicionalmente indicadas por la doctrina penal mayoritaria.

a. La reserva de ley (lex scripta)

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley se constituye en la única fuente inmediata del Derecho penal. La costumbre, la jurisprudencia y los principios generales se utilizan, por el contrario, como medios para conocer el Derecho positivo[391], pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales[392]. La claridad de este planteamiento comienza a oscurecerse, sin embargo, cuando hay que fijar qué dispositivos legales abarca el término "ley". No cabe duda que, en primer lugar, la reserva de ley se refiere a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionalmente establecidos. Pero ya en este nivel existe incluso cierta disparidad de criterios al menos en la legislación comparada. Por ejemplo, en España para poder crear delitos y establecer penas no basta una ley ordinaria, sino que es necesaria una ley cualificada. En efecto, la Constitución Española establece que los aspectos referidos a derechos fundamentales deben regularse mediante ley orgánica, exigencia que abarcaría a las leyes penales[393]. Por el contrario, en nuestro país, la opinión generalizada es que la reserva de ley se limita a exigir una ley ordinaria, de manera que no sería necesaria una mayoría calificada para la aprobación de una ley penal.

En nuestro sistema penal el término "ley" se amplía incluso más allá de la ley ordinaria, abarcándose las leyes en sentido material, es decir, los decretos leyes y los decretos legislativos[394]. Es más, el Código penal actualmente vigente es un decreto legislativo. En este sentido, la reserva de ley no se queda solamente en la ley ordinaria, sino que incluye las normas jurídi-

---

[391] Así, Bustos Ramírez, *Introducción*, p. 36 y s.; Bello Gordillo, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 45, respecto de la costumbre.

[392] Vid., así, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 18.

[393] Vid., en este sentido, Bustos Ramírez, *Introducción*, p. 35; Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 128; Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 238.

[394] Vid., en este sentido, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 5; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 392; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 281; García Cantizano, *RPDJP* 5 (2004), p. 143.

cas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo en virtud de una situación de gobierno especial o de una delegación de facultades legislativas del Congreso. En este último caso, sin embargo, hay que tener presente que la delegación de facultades legislativas no puede hacerse de manera genérica, por lo que será necesario que el Congreso fije, tal como lo establece el artículo 104 de la Constitución Política, la materia y el tiempo que se tiene para legislar[395]. Por lo demás, la actividad legislativa del Ejecutivo está sometida siempre a control por parte del Congreso, el cual podrá dejar sin efectos aspectos de la regulación que considere inaceptables.

La discusión resulta mayor cuando se plantea la posibilidad de extender el concepto ley penal también a los decretos de urgencia, previstos en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política. Se trata de medidas extraordinarias que el Ejecutivo puede dictar con fuerza de ley, siempre que lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. Las materias sobre las que puede entrar a regular estas disposiciones de urgencia son, conforme a la norma constitucional, de carácter económico y financiero. En este sentido, se presentaría la pregunta de si, por ejemplo, delitos económicos podrían ser regulados excepcionalmente mediante decretos de urgencia. El tenor de la disposición constitucional no parecería excluir tal posibilidad. Incluso en la doctrina nacional se ha defendido el parecer de que "*no podría negarse, desde el punto de vista político y con el control de un enjuiciamiento posterior del Congreso, el derecho del Gobierno, en circunstancias de urgencia, de anticiparse a la obra legislativa y de obrar como gestor del Parlamento en receso o que no se halla en condiciones de satisfacer de inmediato la necesidad inaplazable de la tutela legal de determinados intereses*"[396]. No obstante, pese a los argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de regular excepcionalmente delitos económicos a través de decretos de urgencia, consideramos que esta forma de legislar no puede extenderse a las leyes penales. La cuestión penal no constituye un aspecto que pueda regularse de forma imprevista y con los apuros de situaciones de coyuntura. Posiblemente más adecuado sea, en estas circunstancias, recurrir al Derecho administrativo sancionador, pero no configurar un Derecho penal de paso que posiblemente no sopese adecuadamente los aspectos garantistas que exige el Estado de Derecho.

---

[395] En este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 393.
[396] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 20 y s.

Como lo hemos indicado, la exigencia de una ley escrita excluye, en principio, la posibilidad de que la costumbre se convierta en una fuente directa del Derecho penal[397]. Sin embargo, esta afirmación se entiende relativizada a partir de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política que permite a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio de conformidad con su derecho consuetudinario[398]; funciones que además han sido extendidas por el Acuerdo Plenario N° 01-2009 a las rondas campesinas como una forma de organización comunitaria. Conforme a este Acuerdo Plenario, se reconoce una jurisdicción especial comunal-ronderil que alcanza al ámbito jurídico-penal, para lo cual se exige la concurrencia de ciertos elementos. Un elemento humano que significa la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural, un elemento orgánico que se constituye por una organización con reconocimiento comunitario, un elemento normativo referido a la existencia de un sistema jurídico propio de naturaleza consuetudinaria, un elemento geográfico y finalmente un factor de congruencia, esto es, que el derecho consuetudinario del elemento normativo no vulnere derechos fundamentales.

El Acuerdo Plenario 01-2009 precisa que la vulneración de los derechos fundamentales podría provenir tanto del propio derecho consuetudinario, como del abuso de facultades de las autoridades de las rondas. Al precisar en qué caso el derecho consuetudinario vulneraría los derechos fundamentales, el Acuerdo Plenario señala que esta situación se da cuando se aplican sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario o penas de violencia física extrema como las lesiones graves, las mutilaciones, entre otras. De lo anterior se deduce, por lo tanto, que el derecho consuetudinario podrá ser fuente directa del Derecho penal, siempre que las penas a imponer se encuentren contempladas en el derecho consuetudinario y no configuren una violencia física extrema. Así las cosas, entonces cabrá decir que la reserva de ley tiene una excepción en el caso de la jurisdicción especial comunero-ronderil derivada de la costumbre comunal, conforme a lo dispuesto por el artículo 149 de la Constitución Política.

---

[397] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 142.

[398] Así parece ser la opinión de Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 373.

b. La taxatividad de la ley (lex certa)

El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable[399]. A esto se le conoce como el mandato de certeza o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad[400], pues la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial. BELING graficó claramente esta posibilidad con la hipótesis de la ley que prescribía que todos los malhechores debían ser sancionados sin precisar que hechos hacían a sus autores malhechores[401]. Para evitar posibles abusos por parte de la Administración de Justicia en un sistema democrático de distribución del poder[402], es necesario que se excluyan del Derecho penal leyes absolutamente indeterminadas mediante la exigencia de una determinación de la conducta punible y la pena a imponer[403].

La proscripción de leyes indeterminadas no debe entenderse, sin embargo, como la exigencia de leyes absolutamente determinadas en el sentido de la teoría de la distribución del poder de MONTESQUIEU[404], pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde esta naturaleza general[405]. En tanto el caso concreto sólo se presenta ante el juez, el legislador es incapaz de dar una solución jurídica concreta para una situación específica[406]. Como consecuencia de lo antes

---

[399] Vid., así, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 14; FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad*, p. 21.

[400] Vid., KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 75; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 21 y s.; RANSIEK, *Gesetz*, pp. 7 y ss., 40 y ss.

[401] BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 22

[402] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 65; RANSIEK, *Gesetz*, p. 44.

[403] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, AT, Apdo 4, n.m. 23; RANSIEK, *Gesetz*, p. 7.

[404] Vid., en este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 256. Vid., la referencia al planteamiento de Montesquieu LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 22.

[405] Vid., en este sentido, las razones para el fracaso de una descripción casuística por parte de legislador, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 48; BOOP, *Die Entwicklung*, p. 161 y ss; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 185; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 129.

[406] Así, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad*, p. 32, señala que es imposible redactar leyes que no planteen al juez problemas de interpretación. Un caso especial son las llamadas leyes que toman medidas para casos específicos (*Maßnahmegesetz*), en los que se discute sobre si el Poder Legislativo entra en cuestiones de la Administración y, por tanto, en un ámbito reservado al Poder Ejecutivo. Sobre esto vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 98. Las rechaza SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 24.

referido, el mandato de determinación sólo podrá exigir la configuración de leyes relativamente determinadas, en las que se pueda compatibilizar la predeterminación legislativa general con el punto de vista judicial ante el caso concreto[407]. La cuestión decisiva será precisar qué nivel de determinación relativa se exige del legislador penal[408], lo cual solamente puede ser respondido si se precisa la función que cumple el mandato de certeza o determinación.

b.1) La función del mandato de taxatividad o determinación

Desde el punto de vista de la función preventiva del Derecho penal, el mandato de determinación constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su realización (certeza)[409]. Esta función de base de información para la motivación del ciudadano resulta, sin embargo, controvertida, pues la ley penal no puede motivar al ciudadano a emprender o no una determinada conducta, en tanto por sí misma no dice qué hacer o no hacer en una situación específica y tampoco la pena específica que recibiría el infractor[410]. Se requiere siempre de una labor de concreción que no puede hacerse a nivel legislativo[411]. La ley penal constituye, en todo caso, un elemento de juicio que, junto con otros aspectos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, forma parte de un proceso de toma de decisión[412]. La ley penal no motiva, sino que a lo mucho ofrece criterios para una orientación eficiente en el sistema social.

Con base en lo anterior, puede decirse que lo relevante del principio de legalidad no se ubica propiamente en el efecto motivatorio que la ley pe-

---

[407] Vid., en este sentido, Berner, *Wirkungskreis*, p. 5 y ss., con mayores referencias; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 183; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 13 y ss. En este sentido también, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 17 y s., al admitir una cierta necesidad de vaguedad en las leyes penales.

[408] En este sentido, Gribbohm, *LK* § 1, n.m. 47.

[409] En este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 22; Rudolphi, en *El sistema moderno*, p. 81. Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 29, considera que la falta de observancia del mandato de determinación afecta la función de prevención general del Derecho penal.

[410] Similarmente, Kargl, *Kritik*, p. 413.

[411] En este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 195; Ransiek, *Gesetz*, p. 6, tanto para destinatarios individuales, como para "aplicadores" jurídicos.

[412] Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 264, entiende que esto no se opone al efecto motivatorio del Derecho penal, sino que sólo muestra que el proceso de decisión en función de ventajas y desventajas es más complejo.

nal tendría sobre la actuación del sujeto, sino más bien en la actuación del juez. Quien decide si una conducta concreta constituye un delito y la pena concreta a imponer es finalmente el juez. Ni la ley general, ni los reglamentos administrativos determinan si una conducta concreta ha realizado el tipo penal, pues, como ya lo indicamos, la ley penal se encuentra formulada en un plano de mayor abstracción. Bajo estas condiciones, la exigencia del mandato de determinación en el Derecho penal constituye simplemente un límite a la decisión judicial en el caso concreto, en el sentido de someterla a determinadas pautas objetivas establecidas previamente por la ley (imparcialidad)[413].

Una vez precisado que el mandato de determinación cumple una función de garantía frente a la discrecionalidad judicial, habría que definir qué grado de determinación resulta exigible. Algunos podrían pensar que la función de garantía podría cumplirse únicamente con precisar de manera general determinadas pautas de actuación (no matar, no lesionar, no perjudicar el patrimonio ajeno, etc.), por lo que bastaría una especie de decálogo que cada sujeto tendría que hacer valer en cada contacto con los demás. Sin embargo, en sociedades complejas la necesidad de una mayor seguridad ante el arbitrio judicial exige que el legislador penal concrete aún más los criterios generales de actuación mediante la descripción de las formas de conducta que van en contra de estos criterios generales de actuación (por ejemplo, las formas de afectar el patrimonio ajeno: hurtar, robar, estafar, dañar, apropiarse, etc.)[414]. Hoy en día se le exige al legislador incluso una labor de mayor precisión en determinados ámbitos de actuación con relevancia para diversos intereses como sucede con los delitos de peligro. Para evitar que los sujetos puedan aducir una interpretación personal divergente en ámbitos riesgosos para diversas personas, el propio tipo penal precisa la forma de conducta peligrosa que daría pie a la imposición de una pena. Para seguir con el ejemplo de los delitos contra el patrimonio, el legislador precisa la forma específica de poner en riesgo intereses patrimoniales ajenos en el ámbito de la admi-

[413] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 12. Similarmente TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 208, en el sentido de determinación de los fundamentos abstractos de punibilidad.

[414] Similarmente TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 262, al señalar que el Derecho penal debe precisar no sólo el deber jurídico, sino también la descripción del comportamiento desvalorado. Vid., en general sobre las llamadas proposiciones modales del deber, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 51 y ss.

nistración de las personas jurídicas con el delito de falsas comunicaciones sociales del artículo 198 inciso 2 del Código Penal[415].

Llevar la exigencia del mandato de determinación a todas las especificaciones posibles podría justificarse en una visión preventiva del Derecho penal, en tanto es necesario decirle a los destinatarios de la norma qué conductas deben realizar o deben evitar llevar a cabo, así como la pena que le correspondería en caso de cometer el delito[416]. Pero intentar una especificación absoluta de la ley penal resulta una pretensión utópica ya sólo por la propia indeterminación del lenguaje utilizado y las zonas de penumbra que toda palabra, como significante, tiene[417]. La motivación es un proceso interno que difícilmente puede determinarse con un mandato general. Una interpretación normativa de tal proceso ("la norma debe motivar") tampoco acierta con la función del Derecho penal. No es la motivación a actuar conforme a Derecho lo que fundamenta la imposición de una pena, sino, más bien, la necesidad de restablecer normativamente la defraudación de la norma.

Si en nuestra sociedad se exige, como garantía ante la arbitrariedad judicial, la determinación legal de las formas de conducta defraudatorias de la norma y el marco abstracto de la pena necesaria para la reestabilización, esto no debe llevar a la conclusión de que la conducta defraudatoria específica y la pena deben estar determinadas completamente en una ley penal expedida por el Congreso. La determinación, como garantía ante la arbitrariedad, se cumple con el establecimiento de criterios generales de decisión sobre la forma de actuación defraudatoria de la norma y la medida de pena requerida para restablecer su vigencia[418]. El hecho de que se requiera siempre de un proceso de interpretación judicial para precisar si una conducta específica constituye una actuación contraria a la norma, así como de una individualización de la pena concreta, no erosiona la garantía, sino que constituye el límite natural a la determinación previa del legislador.

---

[415] Vid., en este sentido, de manera general, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 52.

[416] Vid., en este sentido, Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 12.

[417] Vid., así, Ransiek, *Gesetz*, pp. 4 y ss., 18; Hassemer, *NK* § 1, n.m. 31.

[418] Se trata de una determinación objetiva que no depende de la, difusa y difícil de determinar, intención subjetiva del legislador. En este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 21. Igualmente crítico frente a la interpretación histórico-subjetiva, Ransiek, *Gesetz*, p. 64.

b.2) La flexibilización del mandato de taxatividad o determinación

La determinación legal de los elementos esenciales de la conducta penalmente relevante podría flexibilizarse en ámbitos especialmente dinámicos. Para ello resulta necesario recurrir a cláusulas que se remiten a leyes complementarias extrapenales, a actos de la Administración, o que ofrezcan amplios márgenes de interpretación judicial[419]. Si bien con estas cláusulas podría afectarse de alguna manera el mandato de certeza, la doctrina penal no las rechaza absolutamente, pues considera que en ámbitos tan cambiantes, como por ejemplo el económico, no es posible exigir una tipificación casuística de las conductas delictivas o una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas a los cambios de la sociedad[420]. Un Derecho penal con pretensiones de eficacia no puede renunciar a mecanismos de adaptación a las nuevas realidades. Sin embargo, esta autorización general no legitima cualquier remisión extrapenal o el uso discrecional de cláusulas generales, sino que se exige también una determinación mínima en la ley penal de los criterios de sanción, de manera que se impida la arbitrariedad judicial[421]. En este orden de ideas, vamos a precisar cada uno de los mecanismos de flexibilización del mandato de certeza y hasta qué punto pueden utilizarse legítimamente en la determinación de la conducta prohibida.

b.2.1) Las leyes penales en blanco

En primer lugar, cabe mencionar el caso de las llamadas leyes penales en blanco, las cuales se remiten a leyes extrapenales para precisar la conducta punible[422]. Dentro de las leyes penales en blanco se suelen diferenciar las llamadas leyes penales en blanco impropias y las propias. Las leyes penales en blanco impropias son aquellas que se remiten a otras leyes de igual rango (leyes especiales) para precisar la conducta penalmente sancionada[423], como es el caso, por ejemplo, del delito de defraudación tributaria que se remite a

---

[419] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 11; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695; GRIBBOHM, *LK* § 1, n.m. 35.

[420] Vid., en este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 255. En la doctrina nacional crítico, en general, con las cláusulas generales, FRANCIA ARIAS, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611 y ss.

[421] Vid., así, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C42 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 32, referido en concreto a las cláusulas generales.

[422] Sobre el origen e historia del término de "ley penal en blanco", vid., SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal en blanco*, p. 15 y ss.

[423] Vid., YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO, *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero 2002]. En la doctrina alemana, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 56, denomina a estos supuestos leyes penales en blanco en sentido amplio.

las leyes tributarias que establecen los tributos. Por su parte, las leyes penales en blanco propias son aquellas en las que se presenta una remisión a disposiciones jurídicas de menor jerarquía para precisar la conducta prohibida[424]. Ejemplo de estas leyes penales en blanco sería el delito de especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234 primer párrafo del CP.

Si de la lectura conjunta de la ley penal en blanco y la ley extrapenal de remisión se puede determinar suficientemente la conducta prohibida, no se habrá presentado una infracción al mandato de taxatividad o determinación. En todo caso podría plantearse una posible infracción a la reserva de ley, aunque esta situación no podría alegarse respecto de las leyes penales en blanco impropias, pues aquí tanto la ley penal como la ley especial complementaria tienen rango de ley[425]. En estos casos, lo único que tendría lugar es que los criterios de decisión para determinar la conducta prohibida se encontrarían repartidos en diversas leyes[426]. Si bien Tiedemann advierte sobre una posible ruptura del mandato de determinación, en tanto éste alcanzaría solamente a la ley penal y no a la ley especial[427], hay que precisar, sin embargo, que la cláusula de remisión de la ley penal en blanco hace que la parte pertinente de la ley especial pase a formar parte de la ley penal, con todos los requerimientos exigidos por el mandato de determinación.

El debate principal se presenta en relación con las leyes penales en blanco propias, en la medida que al establecer una remisión a leyes de inferior jerarquía, el legislador estaría dejando en manos de la Administración los criterios para decidir el carácter penalmente prohibido de la conducta típica. Para superar este cuestionamiento, se han desarrollado fundamentalmente dos argumentaciones. La primera, asumida por el Tribunal Constitucional Español, admite la conformidad de las leyes penales en blanco con el mandato de determinación si la ley penal establece el núcleo esencial de la conducta prohibida y deja a las leyes complementarias de rango inferior los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica[428]. Esto significaría que existe

---

[424] Vid., Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 232; Reyna Alfaro, *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero 2002].

[425] Vid., así la referencia, Warda, *Abgrenzung*, p. 8; Huerta Tocildo, *Revista penal* 8 (2001), p. 44.

[426] Similarmente, Kühl, *FS-Lackner*, p. 829 y s.

[427] Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s.; El Mismo, *JuS* 1989, p. 695.

[428] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Lecciones*, p. 79 y s.; Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 149 y s.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 149 y s.; De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 82; Mata y Martín, *CPC* 72 (2000), p. 649 y s. En nuestro país, Abanto

una afectación al mandato de determinación, pero que por tratarse de cuestiones incidentales se consideraría todavía tolerada. Frente a esta argumentación se presenta la teoría de la concreción, desarrollada por los tribunales alemanes, según la cual la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal[429]. En tanto la ley penal tiene pretensión de validez general, no puede ofrecer los criterios de decisión judicial mediante una descripción específica del supuesto presentado ante el juez, sino que tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto. Este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio racional del juez o puede que la misma ley se remita a criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales de menor jerarquía. Este último supuesto es el que se presenta en las leyes penales en blanco propias.

A pesar de la innegable similitud entre la teoría de la esencialidad y la de la concreción[430], puede señalarse que más feliz resulta la formulación de la teoría de la concreción, pues deja a salvo conceptualmente el mandato de determinación. Por esta razón, puede decirse que los tipos penales, cuya remisión a una norma o reglamento administrativo sirve exclusivamente para concretar el criterio de decisión ya establecido por ley, se muestran plenamente conformes con el mandato de determinación. Tal compatibilidad depende del hecho de que la norma administrativa no constituya un criterio de decisión, sino solamente un criterio de especificación del tipo penal. Podría decirse incluso que la remisión a normas administrativas ofrece mayor seguridad frente al arbitrio judicial, pues no se tratará de una decisión judicial libre, sino sujeta a parámetros administrativamente establecidos[431].

VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 25; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 24; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 234; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 286. Críticamente frente a la distinción de los elementos del tipo entre esenciales y accidentales por considerarla artificiosa, CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 241.

[429] Vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 11; RANSIEK, *Gesetz*, pp. 106, 111; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 832; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 38; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L2/30.

[430] Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 25.

[431] Vid., así, TIEDEMANN, en *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.), p. 260; LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, *PJ* 48, p. 300; ARROYO ZAPATERO, *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; BALLBÉ/PADRÓS, *La prejudicialidad*, p. 136. De un parecer contrario, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 215, en tanto considera que resulta más apropiado la tipificación mediante delitos de peligro que el recurso a leyes penales en blanco.

La cuestión central será determinar cuándo algo constituye un criterio de decisión y cuando una simple especificación[432], lo cual depende de un análisis del concreto tipo penal. Sin embargo, Kühl niega que toda remisión administrativa se realice con fines de especificación, sino que en muchos casos se establece criterios de decisión que el legislador por distintas razones (sobre todo de especialidad) no puede tomar[433]. Por nuestra parte, pensamos que si el legislador no ha establecido los criterios de decisión sobre el carácter defraudatorio de determinadas formas de conducta, entonces se habrá vulnerado la garantía de objetividad procurada por el principio de legalidad. Una especialidad del ámbito de regulación no puede justificar una transferencia de las facultades legislativas en materia penal a la Administración.

Especialmente discutible se presenta el caso de las leyes penales en blanco que se remiten a leyes extrapenales dinámicas, es decir, a aquéllas que son modificadas continuamente[434]. Se reprocha a esta forma de ley penal en blanco una infracción del mandato de determinación, en tanto no permite fijar definitivamente la conducta prohibida debido al carácter cambiante de la norma de referencia extrapenal[435]. Sin embargo, si se considera detenidamente los requerimientos del mandato de determinación, puede concluirse que esta forma de ley penal en blanco no afecta en sentido estricto este mandato, pues se trata de una modificación de los criterios de especificación que no menoscaba para nada la determinación general realizada legalmente por el legislador[436]. En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5 del Decreto Legislativo 813) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199 del CP). En estos casos no existe una infracción del mandato de determinación, pues los elementos generales de la forma de conducta sancionada (no ajustarse a las normas tributarias o comerciales referidas a la manera de llevar la contabilidad) se encuentran

---

[432] vid., así, Kühl, *FS-Lackner*, p. 833.

[433] Kühl, *FS-Lackner*, p. 836 y s.

[434] Vid., la referencia a esta clasificación de las cláusulas de remisión, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.; Schünemann, *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales*, p. 176 y ss.

[435] Vid., sobre la discusión, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 370; Ransiek, *Gesetz*, p. 111; Kühl, *FS-Lackner*, p. 828 y s.; Abanto Vásquez, *RPCP* 9, p. 18.

[436] Vid., en este sentido, Otto, *Jura* 1991, p. 310 en referencia al Tribunal Constitucional Alemán.

determinados por la ley penal[437]. Si bien cabe imaginar un abuso de los conceptos generales de la ley penal en blanco por parte de la regulación administrativa complementaria, estos peligros tendrían que ser evitados por el juez mediante una corrección de las regulaciones administrativas excesivas. Siguiendo con los ejemplos citados: si se incluyen como obligaciones de carácter contable, cuestiones referidas sólo al tráfico comercial y no al ámbito específico de la contabilidad de un negocio, el juez podrá dejar de lado la norma administrativa de referencia y proceder a una interpretación judicial de los conceptos generales de la ley penal. La fundamentación jurídica de tal proceder se encontraría en el mandato constitucional que en caso de conflicto de leyes obliga al juez a preferir una ley sobre una norma de menor jerarquía.

Dentro de las cláusulas dinámicas se incluyen los casos de remisión a las reglas técnicas generalmente reconocidas[438]. La doctrina penal tiene una posición crítica sobre la posibilidad de que las leyes penales en blanco se remitan a reglas técnicas, pues no se cumpliría con el principio de publicidad, lo que impediría el conocimiento de la prohibición penal por parte de los ciudadanos[439]. Al respecto habría que determinar si la referencia a reglas técnicas constituye un supuesto de ley penal en blanco o si se trata, más bien, de un elemento normativo del tipo. Al igual que en los delitos culposos o imprudentes, en los que el deber de cuidado no se encuentra muchas veces positivizado, las reglas de la técnica son conocimientos que cabe imputar a personas que se mueven en ámbitos especializados y que, por lo tanto, deben constituirse en referentes del comportamiento del autor[440]. Sobre la base de estas ideas, puede decirse que la admisión de reglas técnicas en la configuración de los tipos penales no es una forma de ley en blanco que se remite a aspectos desconocidos por los ciudadanos, sino el recurso a reglas especializadas que permiten conocer la aptitud lesiva del comportamiento.

---

[437] A la ley penal en blanco debe exigírsele la descripción abstracta de la conducta; en este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 258 y s.; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 836.

[438] Vid., sobre las normas técnicas SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, p. 237 y ss.

[439] Así, SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal en blanco*, p. 46

[440] Similarmente, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, p. 244, señala que "*las normas técnicas pueden operar, fundamentalmente, integrando un concepto jurídico indeterminado que sirve de parámetro para formular un juicio de valor y determinar los deberes de cuidado exigibles a quienes participan en actividades de riesgo, esto es, en un nivel de imputación*".

Otro supuesto de remisión que resulta igualmente discutido es el caso de las cláusulas de remisión inversa, en donde una ley extra-penal se remite a una ley penal para el castigo de determinada conducta[441]. Esta remisión no generaría mayores problemas si la conducta pudiese subsumirse en el tipo penal remitido[442], pues no sólo no se desnaturaliza el tipo penal, sino que se ofrecería una mayor seguridad jurídica[443]. Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extra-penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal, como sucede, por ejemplo, con el artículo 23.6 del D.S. Nº 018-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. Este artículo establece concretamente que, "(e)n concordancia con lo establecido en el artículo 392 del CP, incurre en delito de concusión el Ejecutor o Auxiliar coactivo que, a pesar de tener conocimiento de la interposición de la demanda de revisión judicial, exija la entrega de los bienes mientras dure la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva". Como puede verse, esta cláusula de remisión inversa extiende, por un lado, la aplicación del artículo 392 del CP *a los auxiliares coactivos* en clara contravención al tenor de dicho artículo y por otro lado, da a entender que su ámbito de aplicación alcanza también al delito de concusión, lo que no es así, pues dicho artículo sólo está referido a los delitos de peculado y malversación[444].

La doctrina penal peruana ha visto con sentido muy crítico las cláusulas de remisión inversa que desbordan el alcance de los tipos penales a los que se remiten, en la medida que pueden afectar el principio de legalidad y permitir el castigo de conductas que no tienen el suficiente desvalor como para ser merecedoras de sanción penal[445]. Parece lógico pensar que una conducta típica determinada fuera del Derecho penal responde más a objetivos de carácter extrapenal que a la efectiva protección de bienes jurídicos. En esta línea, Doval Pais advierte el peligro "*de que el órgano emisor de normas extrapenales incluya una cláusula de remisión inversa que eleve* de facto *a la categoría de delito una conducta que por su remota relación con el*

---

[441] Vid., Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales*, p. 229.

[442] En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, Tiedemann, *Einführung*, p. 60 y s.

[443] Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, Bacigalupo Zapater, *Sanciones administrativas*, p. 29 y ss.; Doval Pais, *Posibilidades y límites*, p. 205; Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales*, p. 231 y s.

[444] Así, Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 581 y s.

[445] En este sentido, Yon Ruesta, *Derecho* 53 (2001), p. 977.

objeto remitido desde la ley penal o por su irrelevancia, excediese del ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal"[446]. Por eso, no pueden admitirse cláusulas de remisión inversa como la que contiene el artículo 23.6 del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, en donde se desborda la configuración típica y se pretende subsumir conductas que se encuentran al margen de lo establecido como punible por el legislador penal.

b.2.2) La accesoriedad administrativa de acto

La accesoriedad administrativa en el Derecho penal abarca todas las formas mediante las cuales los presupuestos del tipo penal no se determinan de manera independiente, sino en relación con normas o decisiones de la Administración[447]. En este sentido, se diferencia entre accesoriedad conceptual, accesoriedad administrativa de leyes y accesoriedad administrativa de acto[448]. La primera forma de accesoriedad se refiere a los tipos penales que contienen elementos normativos con contenido definido en el ámbito jurídico-administrativo, lo cual no presenta mayores problemas respecto del mandato de determinación, en tanto se considera legítimo el uso de elementos normativos en los tipos penales (contrato, procedimiento administrativo, etc.)[449]. Tampoco la accesoriedad administrativa de leyes resulta opuesta al mandato de determinación, ya que se trata de supuestos de leyes penales en blanco que hacen una remisión a normas administrativas como criterios de especificación[450], tal como sucede, por ejemplo, con el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del CP. El punto de discusión recae concretamente sobre la llamada accesoriedad administrativa de acto, la cual se presenta en los tipos penales que exigen un determinado acto administrativo, o su inexistencia, para poder sancionar penalmente

---

[446] Vid., DOVAL PAIS, *Posibilidades*, p. 207 y s.

[447] Vid., así, SCHALL, *NJW* 1990, p. 1265.

[448] Vid., con mayores referencias, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorierät*, p. 11 y ss.; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO, *Jura* 1991, p. 309 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 74 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Revista penal* 4 (1999), p. 37.

[449] Vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 185, en tanto resulta la única manera de permitir al juez tener en cuenta la multiformidad de la vida. Por su parte OTTO, *Jura* 1991, p. 309 y s., si bien señala que este tipo de accesoriedad no presenta objeciones constitucionales, no debe olvidarse que la función del Derecho penal no coincide con la del Derecho administrativo y, por ello, puede dar un contenido distinto a los conceptos.

[450] Vid., en este sentido, SCHALL, *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO, *Jura* 1991, p. 310; DE LA MATA, N./DE LA MATA, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 496.

cierta conducta[451]. En tanto la realización del tipo penal depende de un acto de la administración, se plantea la pregunta de si con ello no se estará otorgando a la Administración facultades decisorias sobre la relevancia penal de ciertas conductas[452].

Para demostrar si en los casos de accesoriedad administrativa de acto se presenta una infracción del mandato de determinación, debemos precisar la naturaleza de esta forma de accesoriedad. Si bien hemos señalado que la accesoriedad administrativa de leyes engloba los casos de leyes penales en blanco con normas administrativas complementarias, hay que añadir que cabe hablar también de una ley penal en blanco cuando la remisión se hace a un acto administrativo regulativo que especifica un elemento del tipo penal[453]. Por ello, hay que diferenciar dentro de los casos de accesoriedad administrativa de acto, los supuestos en los que se configura una ley penal en blanco (por ejemplo, la determinación de los productos de primera necesidad en el delito de especulación del artículo 234 primer párrafo del CP), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico del delito respectivo (por ejemplo, el delito de extracción ilegal de bienes culturales del artículo 228 del CP, en su modalidad de no retorno del bien cultural, que requiere que el sujeto activo tenga una autorización administrativa para sacar del país un bien cultural prehispánico)[454]. En el primer grupo de supuestos de accesoriedad administrativa de acto (leyes penales en blanco), se cumplirá con el mandato de determinación si la ley penal establece suficientemente los criterios de decisión y deja al acto administrativo simplemente el establecimiento de criterios de especificación. En el segundo grupo, bastará con que el legislador penal haga, además de una descripción de la conducta punible, una referencia expresa a un acto de la administración en un sec-

---

[451] En este sentido, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34.

[452] En tanto se le transfiere a la Administración facultades de decisión sobre el ilícito penal que le corresponden únicamente al legislador penal. Vid., así, RANSIEK, *Gesetz*, p. 112 y s.; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1266; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 130.

[453] En este sentido WARDA, *Abgrenzung*, p. 6; LANGE, *JZ* 1957, p. 237; TIEDEMANN, Voz: Blankettstrafgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 819; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 129.

[454] En estos casos no se castiga una conducta precisada por una ley complementaria extrapenal, sino el simple hecho de no cumplir con lo establecido por la autoridad administrativa. Similarmente, OETKER, *Gerichtsaal*, 64 (1904), p. 160 y ss.; NEUMANN, en *Strafrechtliche Abhandlung*, p. 25 y ss.; WARDA, *Abgrenzung*, p. 16; RANSIEK, *Gesetz*, p. 115; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 835.

tor específico, para entender que la determinación típica de la conducta prohibida se ha cumplido suficientemente[455].

b.2.3) Las cláusulas generales: Especialmente el fraude a la ley penal

En el Derecho penal se entiende por cláusula general el concepto general, empleado en la configuración de un tipo penal, que requiere de una valoración complementaria por parte del juez para determinar la tipicidad de una conducta concreta[456]. Ejemplo de cláusula general en nuestro Código penal es la "índole obscena" de la conducta constitutiva del delito de exhibicionismo. En principio, las cláusulas generales resultan poco conciliables con el mandato de determinación[457], por lo que, para evitar el arbitrio judicial, siempre sería más conveniente el empleo de conceptos determinados. Sin embargo, en determinados ámbitos especialmente cambiantes, como sucede, por ejemplo, en el terreno de la moral pública o de la realidad económica, el legislador necesita incorporar cláusulas generales que le den al juez una mayor capacidad de adaptar los tipos penales a los cambios de la realidad[458]. Si se exigiese, por razones de seguridad jurídica, un sistema de tipificación casuística en estos ámbitos, se le impediría al juez penal llevar a cabo una administración de justicia material que responda a la nueva configuración de la realidad penalmente regulada[459]. Por lo tanto, el recurso a cláusulas generales será legítimo si no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas en ámbitos culturalmente variables o dinámicos[460]. Esto no significa, sin embargo, admitir tipos penales sin contenido propio, sino que hay que recurrir a conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado y admitir una mayor participación creadora del juez, puesto que no existe

---

[455] Similarmente, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 35; RANSIEK, *Gesetz*, p. 116 y s.

[456] Vid., con mayores detalles, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 249 y ss.; HAFT, *JuS* 1975, p. 479; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 4, n.m. 425 y ss. Una delimitación de las cláusulas generales frente a las leyes penales en blanco y los elementos normativos, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 95 y s., acercándolas más a los elementos normativos.

[457] En este sentido, HAMMAN, *Grundgesetz*, p. 48 y ss.; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 182 y s.; FRANCIA ARIAS, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611.

[458] En este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 255; NAUCKE, *Über Generalklauseln*, p. 15 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 24; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 61.

[459] Vid., así, LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 183; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 13.

[460] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 25.

otra manera de llevar a cabo una Administración de Justicia ajustable a ámbitos especialmente variables[461].

Un caso muy controvertido de cláusula general es aquélla que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley penal (*Umgehungsverhalten*)[462]. Se trata de tipos penales que permiten la sanción de actos que no están descritos de manera específica en la ley, pero que van igualmente contra el fin de protección de la norma penal[463]. La doctrina mayoritaria entiende que esta forma de tipificación atenta contra el principio de legalidad (mandato de determinación y prohibición de analogía), pues otorga al juez un poder de configuración de las conductas prohibidas únicamente con base en la *ratio legis* (fin de protección de la norma)[464]. Sin embargo, para poder negar o afirmar una infracción al principio de legalidad, es necesario hacer previamente algunas consideraciones más detenidas acerca de las formas de hacer frente al fraude a la ley penal.

Siguiendo el planteamiento de STÖCKEL[465], existen, en principio, dos formas de sancionar las conductas de fraude a la ley en el Derecho penal. La primera se materializaría a través de la inclusión de un instituto jurídico-penal de fraude a la ley en la Parte General del Código Penal, con el que se castigaría las conductas que, mediante una conducta evasiva del tipo penal, infringen el sentido de la norma. A esta vía se la considerado, sin embargo, inconstitucional, pues facultaría al juez a realizar un proceso analógico en cualquier tipo penal de la Parte Especial[466]. La segunda

---

[461] En este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 308 y ss.; TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 696; EL MISMO, *Poder económico*, p. 34; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 87..

[462] Sobre el concepto de fraude a la ley en el Derecho penal, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 14; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 371; BRUNS, *GA* 1986, p. 1 y s.; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 81; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 11. El fraude a la ley no es una figura novedosa, pues puede encontrarse ya en el jurista romano Paulo una aproximación conceptual a esta forma de actuación (D. 1,3,29: "*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*" "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido" [D'ORS, *Digesto de Justiniano*, I (1968), 1,3,29, p. 57].

[463] Vid., en este sentido, STÖCKEL, *ZRP* 1977, p. 134 y s.

[464] Vid., así, TIEDEMANN, *NJW* 1980, p. 1558; EL MISMO, *Lecciones*, p. 145; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, pp. 98, 141; OTTO, *ZStW* 96 (1986), p. 372; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 61; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 90; RÖCKL, *Das Steuerstrafrecht*, p. 299.

[465] Vid., STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, pp. 75 y ss., 115 y ss.; EL MISMO, *ZRP* 1977, p. 134 y ss.

[466] En este sentido, BRUNS, *JZ* 1956, p. 182; STÖCKEL, *ZRP* 1977, p. 135 y s.; TIEDEMANN, *Anuario de Derecho penal*, www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

forma de sanción consiste en la creación de tipos penales especiales que sancionen, en determinados ámbitos específicos, conductas de fraude a la ley. Si bien con este proceder se cumple formalmente el principio de legalidad al expedirse una ley penal que sanciona las conductas de fraude a la ley, no se excluye un proceso analógico que, en el caso concreto, tiene que llevar a cabo el juez[467]. Si en el tipo penal de la Parte Especial sólo se indica que se castigan las conductas de fraude a ley penal, entonces también se estará autorizando la utilización de la analogía para fundamentar una sanción penal[468].

Del análisis de las posibles alternativas de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal habría que concluir su incompatibilidad con el principio de legalidad. Por lo tanto, la única alternativa legítima sería la creación de las llamadas leyes casuísticas que, como lo señala unánimemente la doctrina, poco se ajustan a la finalidad del Derecho penal[469]. Sin embargo, el propio STÖCKEL plantea una tercera vía para sancionar conductas de fraude a la ley, la cual ciertamente no es más que una forma depurada de la segunda vía. Ésta se llevaría a cabo con base en leyes penales de fraude a la ley relativamente determinadas, en las que se seguiría trabajando con el concepto de fraude a la ley, pero con una especificación de lo que, para el delito en concreto, se entiende por tal[470]. Esta especificación podría realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extra-penales que especifiquen tales conductas[471].

---

[467] Vid., similarmente, STÖCKEL, *ZRP* 1977, p. 136; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 117 y s.; RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

[468] Vid., críticamente, VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 325.

[469] Sobre las leyes penales casuísticas para la lucha contra el fraude a la ley, vid., STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 48; NIPPOLDT, *Die Strafbarkeit*, p. 196; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 41 y s.

[470] En este sentido, TIEDEMANN, Voz: Umgehung, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK, *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 152, quien señala que la otra posibilidad sería hacer una revisión anual de las leyes penales con peligro de conductas de fraude a la ley para poder incluir estas conductas en el tipo penal. Crítico frente a la conciliación de esta forma de regular el fraude a la ley con el principio de legalidad, RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 280.

[471] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

La primera de las formas mencionadas de regulación de las conductas de fraude a la ley penal es asumida por el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 literal f del CP, en tanto no sólo se sanciona penalmente a quien utiliza una marca idéntica a una registrada en el país, sino también a quien utilice una marca "similar" a la registrada. En estos casos, no se afecta, en rigor, el mandato de determinación, pues el propio tipo penal especifica la modalidad de conducta fraudulenta sancionada penalmente[472]. La regulación del fraude a la ley penal mediante una remisión a normas extrapenales resulta ciertamente más discutible, pues la determinación de las conductas fraudulentas no se lleva a cabo en el propio tipo penal, sino en leyes complementarias. Un ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el delito de fraude de subvenciones del Derecho penal alemán, en el que se utiliza un procedimiento de criminalización que sigue los siguientes pasos: se abarca acciones de fraude en el ámbito jurídico-administrativo previo a la norma penal, se prohíbe administrativamente estas acciones, se declaran extra-penalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa[473]. Con esta forma de regulación no tiene lugar, en sentido estricto, un proceso analógico en el Derecho penal, pues finalmente las leyes administrativas establecen cuáles son las conductas de fraude a la ley prohibidas. Para ello, las leyes administrativas tendrían que determinar suficientemente las conductas infractoras y no utilizar a su vez criterios generales que lleven igualmente a una interpretación analógica[474]. Este modelo resulta cuestionable, sin embargo, por el lado de la ley penal en blanco, en tanto puede constituir una infracción al mandato de determinación dejar a la norma administrativa la determinación de las conductas penalmente sancionadas. Para evitar tal reproche, será necesario que la ley penal establezca siquiera los elementos generales de la conducta sancionada de fraude a la ley y no lleve a cabo una simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de

---

[472] En este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 371; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 75.

[473] Vid., sobre esto, STÖCKEL, *ZRP* 1977, p. 135; TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 35 y s. Coincidentemente, BRUNS, *GA* 1986, p. 24.

[474] Vid., en este sentido, STÖCKEL, *ZRP* 1977, p. 137; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 42; BRUNS, *GA* 1986, p. 25. Por esta razón, se muestra crítico POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 402 y ss., ante la opinión de la doctrina que defiende la realización de una defraudación tributaria mediante fraude a la ley, interpretando delito tributario correspondiente con una norma tributaria que prohíbe en general el abuso de las formas jurídicas para no pagar impuestos.

cláusulas generales, de manera que se tratará de un sistema de regulación que utiliza conjuntamente una cláusula general y una cláusula de remisión. Sólo si se cumple los requisitos mínimos de determinación exigidos a ambas cláusulas, podrá justificarse el uso de esta técnica de tipificación de las conductas de fraude a la ley penal.

c. La prohibición de retroactividad (lex praevia)

El principio de legalidad previsto en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política señala que la determinación de la conducta delictiva y de la pena correspondiente debe ser previa a la realización de la conducta. Como consecuencia de esta exigencia constitucional, las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley con anterioridad a la realización del delito[475]. Razones de seguridad jurídica proscriben la posibilidad de sancionar penalmente una conducta, aun cuando sea considerada especialmente reprobable, si es que previamente no fue calificada de delictiva y se previó una sanción penal[476]. Las leyes penales son, pues, irretroactivas. Esta regla general, sin embargo, encuentra excepción cuando la ley penal posterior resulta, en el caso concreto, más favorable al reo[477]. A esta aplicación retroactiva excepcional de la ley penal se le conoce con el nombre de retroactividad benigna.

El alcance de la garantía de la prohibición de retroactividad de la ley penal resulta discutido en ciertos puntos. Por un lado, resulta controvertido si el término "ley penal" debe limitarse a las leyes penales materiales o si cabe incluir también a las leyes penales procesales y de ejecución penal. Por otro lado, se discute si la irretroactividad de la ley penal está referida únicamente a la imposición de las penas o si también cabe aplicar este principio a las medidas de seguridad. Veamos con mayor detenimiento estos dos tópicos de discusión.

---

[475] Así, la prohibición de retroactividad de las leyes penales como una garantía derivada del principio de legalidad, BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 61.

[476] Vid., la seguridad jurídica como fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 216; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, p. 21; OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 123 y ss.

[477] Vid., BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 65 y ss.

c.1.) La irretroactividad de las leyes penales procesales y de ejecución

Como se ha indicado, un tema sumamente debatido es si la exigencia del carácter previo de la ley penal se limita únicamente a la ley penal sustantiva o si se extiende también a las leyes procesales y de ejecución penal. Mientras que la doctrina nacional se inclina por exigir el carácter previo también respecto de las leyes procesales y de ejecución[478], el Tribunal Constitucional ha defendido un parecer negativo en ambos supuestos.

En el caso de la ley procesal penal, el Tribunal Constitucional ha señalado que "*En el Derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen*" (STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC del 27 de agosto de 2003). Esta postura estaría confirmada por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que dispone que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, resulta pertinente precisar que este mismo dispositivo procesal admite, también para la ley procesal penal, la posibilidad de una aplicación retroactiva excepcional, cuando dicha ley esté referida a derechos individuales y sea más favorable al procesado.

Para poder dar una respuesta al interrogante planteado, resulta necesario aclarar la vigencia temporal de la ley procesal. La irretroactividad de la ley procesal no tiene como punto temporal la comisión del hecho delictivo, sino la realización de los actos procesales correspondientes. En este sentido, la aplicación temporal de las leyes procesales que regulan el inicio de un proceso penal no debe determinarse en función del momento de comisión del delito, sino del momento del procesamiento penal. Si bien ambos momentos podrían coincidir, también es verdad que, por ejemplo, la necesidad de satisfacer una condición objetiva de procedibilidad puede hacer que el inicio de un proceso penal sea posterior al momento de comisión

[478] Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, p. 39; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 898; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 82 y s., desde una concepción preventivo-general de la pena.

del delito o simplemente que el descubrimiento de los indicios suficientes para el procesamiento penal tenga lugar con posterioridad al hecho. Por lo tanto, la discusión sobre la retroactividad de la ley procesal penal debe tener como eje temporal el momento del acto procesal correspondiente y no el momento de la comisión del delito. En consecuencia, resulta correcta la regla general establecida en el Código Procesal Penal del 2004.

Lo anteriormente indicado, no impide que la ley procesal penal se pueda aplicar retroactivamente si es que incide de manera más favorable en los derechos individuales del procesado. Esta excepción a la regla está referida igualmente a los derechos de carácter procesal, es decir, a la vertiente garantista del proceso penal. Al procesado le asiste en el proceso penal un conjunto de derechos y garantías que pueden encontrar condiciones más estrictas o más flexibles para su ejercicio. Estas condiciones están reguladas por las leyes procesales, por lo que, en estos casos, cabe aplicar retroactivamente una ley procesal si es que ofrece condiciones más flexibles para el ejercicio de los derechos individuales en el proceso penal.

Respecto de las leyes de ejecución penal, se repite la misma situación que en las leyes procesales penales. La doctrina penal se inclina a exigir que la ley de ejecución penal sea anterior al delito[479], mientras que el máximo intérprete de la Constitución sostiene que: "*En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.° 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados*"[480]. Esta línea de pensamiento ha vuelto a ser reafirmada por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos "(...) *atendiendo a que las normas que regulan el acceso al beneficio de semilibertad no son normas penales materiales sino normas de derecho penitenciario, sus disposiciones deben ser consideradas como normas procedimentales, puesto que establecen*

[479] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 175; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 163.

[480] STC 2196-2002-HC/TC del 10 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico 9.

los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de acceder a beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados; por tanto, no se configura una situación de excepción amparable por el artículo 139, inciso 11, de la Constitución, por lo que serán de aplicación las normas vigentes al momento del inicio de la tramitación del beneficio penitenciario"[481]. En consecuencia, todo lo dicho respecto de las leyes procesales penales resulta aplicable a las leyes de ejecución penal, lo que significa que el requerimiento de una ley penal previa no exige que se determine previamente a la realización del delito cómo se ejecutará la pena que eventualmente se le imponga a los intervinientes en el delito.

Para expresar nuestro parecer ante la cuestión planteada, debe indicarse, en primer lugar, que dentro de la legislación penitenciaria cabe diferenciar disposiciones de carácter penal, administrativo y procesal, siendo de aplicación el principio de irretroactividad a las disposiciones que pueden considerarse penales, esto es, a las referidas a la ejecución de la pena y a la concesión de los beneficios penitenciarios[482]. Así como en la ley procesal se tiene que identificar el momento de su aplicación, lo mismo hay que hacer respecto de la ley de ejecución penal de carácter penal[483]. Siguiendo este orden de ideas, en el caso de las leyes que regulan las condiciones de ejecución de la pena la ley aplicable es la que rige al momento en que el condenado empieza a cumplir la pena, mientras que en el caso de las que regulan los beneficios penitenciarios debe tenerse en cuenta la que rige al momento de solicitar la concesión del beneficio penitenciario correspondiente. La irretroactividad de la ley penal penitenciaria significa que al condenado debe aplicársele la ley vigente al momento de iniciar el cumplimiento de su pena, mientras que los beneficios se someterán a la legislación vigente al momento de su solicitud. Por lo demás, al igual que en el ámbito penal y procesal penal, el Código de Ejecución Penal admite la aplicación retroactiva de la ley penitenciaria en los casos en los que sea más favorable al reo (artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal)[484].

---

[481] STC 01417-2008-HC/TC del 28 de noviembre de 2008, Fundamento Jurídico 5.

[482] Vid., esta distinción en Oliver Calderón, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 192 y ss.

[483] Igual criterio, aunque con resultados distintos a los aquí sostenidos, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 888.

[484] Sin embargo, Abanto Vásquez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 566, desliza la posibilidad de que la retroactividad de la ley penitenciaria se limite a las leyes materiales que podrían jugar algún

c.2) La irretroactividad en el caso de las medidas de seguridad

Otro tema especialmente debatido es si el carácter previo de la ley penal es una exigencia que se queda en la imposición de la pena o si alcanza también a la aplicación de las medidas de seguridad. En la doctrina penal algunos autores sostienen el parecer de que el carácter previo de la ley penal se tiene que limitar a la pena, de manera tal que las medidas de seguridad podrán introducirse con posterioridad al hecho peligroso o endurecerse por razones de prevención especial[485]. Nuestra regulación positiva no sigue, sin embargo, esta línea de pensamiento, en tanto dispone en el artículo II del Título Preliminar del Código penal que el principio de legalidad, incluido por tanto la exigencia de la ley previa, abarca también a las medidas de seguridad[486]. En este sentido, nadie puede ser sometido a una medida de seguridad que previamente no se encuentre establecida en la ley penal[487]. Esta solución legal encuentra pleno fundamento en la necesidad de una garantía de objetividad que fundamenta el principio de legalidad[488], lo que posiblemente no podría alcanzarse si se parte de una función de prevención general negativa.

d. La prohibición de analogía (lex stricta)

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces[489], en la medida que les impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta, tal como lo dispone el artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código penal[490]. El tenor literal no sería realmente un método de interpretación, sino un límite a la interpretación de la ley penal[491]. Para determinar este límite habría que determinar el tenor gramatical de la ley por medio del uso ordinario del

---

papel durante el tiempo de ejecución de la pena (p.e. la reducción de la pena que lleva a la excarcelación del condenado).

[485] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 53, salvo que la ley disponga otra cosa.

[486] En este sentido, BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 146 y s.

[487] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 178; OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, p. 164.

[488] Como lo hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 56. Igualmente, como protección de la confianza en la Administración de Justicia, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 322.

[489] MIR PUIG, *Introducción*, p. 145; HASSEMER, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 150.

[490] Vid, SÁNCHEZ MERCADO, *La analogía en el Derecho penal*, p. 73.

[491] Vid., así, ENGISCH, *Einführung*, pp. 73, 83. La doctrina actualmente dominante, vid., por todos, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55.

lenguaje[492]. Si este margen interpretativo es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, entonces se caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal[493]. La interpretación de la ley penal solamente puede llegar hasta donde lo permita su tenor literal.

Las afirmaciones arriba realizadas muestran un sistema coherente con conceptos claramente diferenciados (tenor literal, interpretación y analogía). Sin embargo, la perfección de esta construcción teórica ha comenzado a ser cuestionada por una parte de la doctrina penal. Como idea fundamental hay que señalar que es realmente difícil marcar fronteras precisas entre interpretación y analogía, pues resulta claro que todo proceso interpretativo se lleva a cabo mediante razonamientos analógicos[494]. En este sentido, interpretación y analogía no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo[495]. Por lo tanto, no se trata de establecer los límites entre una interpretación conforme al tenor de la ley y analogía más allá de dicho tenor, sino que ahora se habla, más bien, de una analogía permitida y de una analogía prohibida[496].

d.1) La analogía permitida por el tenor de la ley

Para poder determinar en sede penal el límite de lo permitido en los procedimientos analógicos, se recurre usualmente al criterio del tenor literal de la ley penal determinado por el lenguaje cotidiano. Sin

---

[492] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 20; AROCENA, *Interpretación*, p. 76 y ss.

[493] Vid., así, RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 23.

[494] En este sentido, SAX, *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, p. 97 y ss.; KAUFFMANN, Arthur, *Analogie und „Natur der Sache"*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 95, 98; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; EL MISMO, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 164; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 574. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55.

[495] Así, expresamente, HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29. En la doctrina nacional se ha puesto de manifiesto esta vinculación por BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 111 y ss., con la llamada interpretación analógica, en la que la analogía se permitiría por la propia ley penal. Anteriormente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Revista de Derecho Público* 1936, p. 50 y ss.

[496] Vid., así, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 22; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55. En nuestro país, hace la diferenciación SÁNCHEZ MERCADO, *La analogía en el Derecho penal*, p. 79 y ss. Escéptico frente a la posibilidad de diferenciar entre analogía permitida y analogía prohibida, HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.

embargo, la seguridad que puede ofrecer el lenguaje cotidiano respecto del significado de las palabras resulta también cuestionable. JAKOBS ha indicado con acierto que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso[497], pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc. [498]. Así, el lenguaje cotidiano ofrece un arsenal de significaciones que de ninguna manera establecen un límite externo a la labor de interpretación de la ley penal[499]. En la interpretación de la ley no hay un límite literal definitivo, sino que esto depende de la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen, sino el que puede atribuírseles[500]. Por esta razón, la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido y ofrecer, por tanto, seguridad en la interpretación penal, es formar un sistema en el que las leyes penales se encuentren vinculadas, de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar[501]. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema[502]. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales.

A partir de las ideas arriba expuestas, puede construirse los límites que el principio de legalidad realmente establece a la interpretación de la

---

[497] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37, le objeta a Jakobs que cuestionar la capacidad de determinación del lenguaje, significaría negar la posibilidad de comunicación, sin embargo, creo que la argumentación correcta es precisamente la contraria. Es decir, que lo que demuestra que el lenguaje cotidiano no constituye un criterio preciso es el hecho de que siempre entre las personas caben malinterpretaciones.

[498] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35. Similarmente, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 82 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 27 y s. De una opinión distinta, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 30, en tanto sostiene que el tenor literal de la ley debe tener efectos preventivos.

[499] Consideran que la variedad de significaciones del lenguaje ordinario se limitan mediante el contexto, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 37. Frente a ello, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35, señala que si bien el contexto puede reducir el arsenal de significaciones, no excluye, sin embargo, la falta de seguridad respecto del contexto relevante para la interpretación.

[500] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 37.

[501] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38.

[502] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 38, con mayores referencias.

ley penal. La ley, como sabemos, tiene un nivel de generalización y deja al juez la tarea de especificar en el caso concreto los elementos del tipo penal[503]. El juez no puede, por tanto, realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal para un supuesto concreto. Si el juez penal generaliza más los conceptos utilizados por la ley penal con la finalidad de incluir un determinado hecho concreto en el ámbito de regulación de la ley penal, entonces habrá realizado una analogía prohibida por el Derecho penal[504]. La cuestión central será precisar cuándo tiene lugar esta generalización de los conceptos contenidos en el tipo penal.

Para precisar el significado de los elementos del tipo penal el juez recurre al fin de regulación. Esta determinación de sentido sólo podría llegar hasta donde lo permite el tenor literal de la ley, pero, como ya lo hemos dicho, este tenor no se determina conforme al lenguaje cotidiano, sino conforme a la idea de un sistema conceptual de carácter jurídico-penal[505]. La analogía prohibida le impide al juez realizar una mayor generalización, es decir, una ampliación tal del significado de los conceptos establecidos en la ley penal, que su uso en otros supuestos interpretativos rompa la unidad conceptual del sistema penal[506]. Aun cuando el juez penal sólo pretenda sancionar conductas igualmente reprochables, no puede llevar a cabo esta mayor generalización del significado y ampliación del ámbito de aplicación[507], pues con ello estaría configurando un nuevo sistema de regulación y usurpando aspectos reservados al legislador penal. Se trataría de una analogía penalmente prohibida.

---

[503] En este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

[504] En sentido similar, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 575, señala que "*se trata de analogía si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión*".

[505] Hassemer, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 161, destaca que el lenguaje que debe utilizarse no es el de la calle, sino el de los penalistas; de lo contrario, sólo llevará a resultados falsos o impracticables por haber recurrido a parámetros inadecuados.

[506] En este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33.

[507] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 34, 40 y s., sin embargo, acepta determinados casos en los que sí puede justificarse una generalización del entendimiento mayor al usualmente establecido, para lo cual exige como presupuestos: una continuidad del desarrollo del concepto, la existencia de una arbitrariedad valorativa, la necesidad de una regulación igualitaria y la idoneidad para resolver la cuestión de fondo. Críticamente frente a Jakobs, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 39.

Por ejemplo: El peculado por extensión del artículo 392 del Código penal admite como posible autor de este delito a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente. Si el juez penal considera que también habría que castigar a los agentes de retención que deben retener el pago de dinero por orden de autoridad competente, estaría haciendo una analogía prohibida. Si se quiere ampliar el concepto "depositario" para incluir también a los agentes de retención, se rompería la unidad conceptual con el propio delito de apropiación ilícita agravada, pues el agente de retención no entra en posesión del dinero o de un bien para hacer un uso determinado, sino que simplemente no debe entregarlo a quien le corresponde, procediendo a retenerlo en favor del Estado. La falta de retención no puede equipararse a una apropiación.

d.2) La analogía permitida in bonam partem

Conforme al propio tenor del artículo III del Título Preliminar del Código penal, la analogía prohibida se presenta cuando se utiliza para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o la medida de seguridad que corresponde. Contrario sensu, la analogía que se utiliza para eximir o atenuar la pena resultará plenamente válida mientras no se oponga a lo dispuesto expresamente por la ley penal. A esta analogía se le conoce como analogía *in bonam partem*[508]. Un ejemplo de aplicación de la analogía *in bonam partem* podría ser el reconocimiento de un efecto eximente a supuestos equiparables a la fuerza irresistible prevista como causa de exclusión de la responsabilidad penal en el artículo 20 inciso 6 del CP. En efecto, los casos de actos reflejos o de estados de sonambulismo, los ataques de epilepsia o las convulsiones que produzcan la afectación de un bien jurídico deben ser tratados también como causas de exclusión de la responsabilidad penal, ya que, aun cuando no estén expresamente contemplados en el artículo 20 del CP, no hay duda que resultan completamente equiparables a la fuerza irresistible que sí se encuentra expresamente regulada.

[508] Sobre la analogía permitida en los usos *in bonam partem*, SÁNCHEZ MERCADO, *La analogía en el Derecho penal*, p. 101 y ss.

d.3) La analogía intra legem

La analogía permitida más allá del tenor de la ley no se reduce a los supuestos de analogía *in bonam partem*, pues puede ser que el propio tipo penal recurra a una operación analógica para precisar algún elemento típico. Se trata de la llamada analogía *intra legem*[509], la cual permite utilizar la analogía en la interpretación típica, tal como se hace en el delito de violación sexual con la cláusula general de "otros actos análogos" o en el delito de estafa con el elemento abierto de "otra forma fraudulenta". Sin embargo, debe quedar claro que esta permisión de la analogía al interior del tipo penal no significa abrir el ámbito de aplicación del tipo penal a cualquier supuesto similar, sino que es el propio tipo penal el que establece los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley[510].

4. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad se encuentra reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual exige, para la imposición de una pena, la responsabilidad penal del autor[511]. Si bien este artículo utiliza el término "responsabilidad", el análisis de los proyectos de Código penal de 1985 y 1986 muestra que la idea del legislador penal era hacer referencia a la "culpabilidad"[512]. El motivo por el cual operó el cambio de términos fue la intención del legislador de evitar que el empleo del término "culpabilidad" se asocie con las teorías retribucionistas de la pena[513]; más aún, si el texto final del artículo IX del Título Preliminar sacó de los fines de la pena la función retributiva contemplada en los proyectos anteriores. En este sentido, puede decirse que el empleo de la palabra "responsabilidad" en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal actual no se debió

---

[509] Vid., Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 306 y s. Por su parte, Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 382, la llama analogía anticipada.

[510] Similarmente, Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 307.

[511] Vid., Bramont Arias, *Derecho* 46 (1992), p. 25 y s.; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 110. Considera este artículo sólo una referencia indirecta del principio de culpabilidad, Castillo Alva, *Principios*, p. 506.

[512] Informa sobre esta situación Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1596, agregando críticamente que el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 vuelve a utilizar en el artículo VII del Título Preliminar el término "culpabilidad".

[513] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 110.

a un abandono del principio de culpabilidad, sino a un distanciamiento con posturas retribucionistas de la pena.

El principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso lesivo pueda atribuírsele como un hecho suyo. En esta formulación lo primero que destaca es que la culpabilidad del autor se determina en relación con un hecho (Derecho penal de acto), de manera tal que no cabe admitir planteamientos que sustenten la culpabilidad en el modo de vida del autor (Derecho penal de autor)[514]. Esta afirmación no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia penal, pues elementos como el dolo, la imputabilidad, o los criterios de medición de la pena tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo que están vinculados a la personalidad del agente. Lo que no resulta de recibo es que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor[515]. En este orden de ideas, hay razones atendibles para cuestionar, por ejemplo, la compatibilidad de la agravante del delito de favorecimiento de la prostitución prevista en el artículo 179 inciso 6 del CP con un Derecho penal de acto, en la medida que sustenta la agravación de la pena en el hecho de que el autor del delito haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida[516].

Especialmente discutible es si las figuras de la reincidencia y la habitualidad resultan compatibles con un Derecho penal de acto. En la exposición de motivos del Código penal actual se señaló expresamente que estos supuestos de agravación carecían de lógica, humanidad y sentido jurídico, resultando no sólo contrarias a un Derecho penal de acto, sino también al principio del *non bis in idem*.[517] Se llegó incluso a decir que, desde el

---

[514] Sobre la distinción entre un Derecho penal del hecho y un Derecho penal de autor, vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 1, precisando que si bien en la aplicación de medidas de seguridad puede apreciarse una incidencia determinante de un Derecho penal de autor, la exigencia de un hecho lesivo como presupuesto (medidas de seguridad postdelictuales) mantiene esta vía del Derecho penal unida a un hecho (n.m. 23).

[515] Vid., Vid., JESCHECK, *Tratado*, PG, I, p. 30; YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, p. 317.

[516] Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, p. 324.

[517] Textualmente se indicó lo siguiente: "*Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad*

punto de vista de la prevención general, la reincidencia y la habitualidad no habían servido para atemorizar a los delincuentes, por lo que habría que proscribir estas formas aberrantes de castigo. Este postulado original del Código penal, sin embargo, ha sido dejado de lado, primero de forma particular en la legislación antiterrorista y posteriormente de manera general. En efecto, en la actualidad las figuras de la reincidencia y la habitualidad han recobrado vigencia mediante la incorporación en el Código penal de los artículos 46-B y 46-C a través de la Ley 28726 de mayo de 2006[518], sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 014-2006-PI/TC[519].

En lo que respecta a su compatibilidad con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional considera que la reincidencia no cuestiona un Derecho penal de acto, pues la culpabilidad no puede ser evaluada aisladamente, "*sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado*". Por su parte, la Corte Suprema de la República sostiene que la reincidencia se sustenta en razones de prevención especial, ajenas por tanto a la culpabilidad por el hecho, la cual debe servir de límite a los fines de prevención especial que sustentan la reincidencia[520]. Sin embargo, esta argumentación no explica cómo se puede justificar el incremento de la pena abstracta del delito sin afectar el principio de la responsabilidad por el hecho. En nuestra opinión, hay serios reparos para congeniar la figura de la reincidencia con un Derecho penal de acto, pues sustenta la pena agravada (no la pena concreta) en actos distintos al delito come-

---

en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233°, inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social".

[518] Disposiciones que han sido posteriormente modificadas para intensificar su contenido, mediante las leyes 29407 de septiembre de 2009 y 29570 de agosto de 2010.

[519] Vid., con mayor detalle, el análisis de crítico de Oré Sosa, *Temas de derecho penal*, p. 181 y ss.

[520] Así el Acuerdo Plenario 01-2008/CJ-116, punto 12.

tido[521]. Los argumentos de prevención especial a los que recurre la Corte Suprema para fundamentar la figura de la reincidencia, podrían influir en la determinación de la pena concreta, pero no en la modificación del marco penal abstracto del delito.

A. La función de la culpabilidad

La exigencia de una culpabilidad del autor en la imputación penal puede fundamentarse desde distintas perspectivas. En una visión retributiva de la pena, la culpabilidad del autor se constituye en el fundamento mismo de la pena, siendo su punto de partida el libre albedrío de la persona, es decir, la posibilidad que tiene el ser humano de actuar libremente[522]. La culpabilidad jurídico-penal sería, desde esta perspectiva, un juicio de reproche al autor por el mal uso de su libertad, esto es, por haber podido y debido actuar conforme a Derecho[523]. A esta comprensión de la culpabilidad se le ha cuestionado fundamentalmente la imposibilidad de una prueba empírica de la libertad de actuación[524], repercutiendo esta imposibilidad de prueba especialmente en la idoneidad de la culpabilidad para ser un criterio de medición de la pena[525].

Las tesis retribucionistas de la pena se encuentran actualmente cuestionadas[526], por lo que a la pena se le asigna, más bien, una función esencialmente de prevención, lo que influye evidentemente en la configuración de la culpabilidad. Si la pena apunta a disuadir a los ciudadanos para que no cometan delitos, existe siempre el peligro latente de que se llegue a ciertos excesos al pretender alcanzar un mayor nivel de fuerza intimidatoria. La medida de la pena respondería únicamente a la necesidad de intimidar a los potenciales delincuentes, lo que, en términos punitivos, podría significar un incremento desproporcionado de las penas[527]. Por esta razón, se hace necesario encontrar ciertos límites a la posibilidad de exceso de una visión

---

[521] Similarmente, ORÉ SOSA, *Temas de derecho penal*, p.195 y s.; ALCOCER POVIS, *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, p. 108. De otro parecer, VILLA STEIN, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 753.

[522] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

[523] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139: "*Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad*".

[524] Así fue fundamentalmente la crítica de ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad*, p. 76. En esta línea, también, ROXIN, *Problemas básicos*, p. 203 y ss.

[525] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 23.

[526] Aunque han tenido cierto resurgimiento de la mano de los trabajos de KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, p. 50 y ss. y de PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 75 y ss.

[527] Así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 66.

preventiva de la pena. La culpabilidad encontraría precisamente en este lugar su función, es decir, dejaría de ser el fundamento de la pena, como lo veían los retribucionistas, para convertirse, más bien, en un límite al ejercicio del *Ius puniendi* del Estado[528]. El punto central de discusión en un planteamiento preventivo de la pena residiría en determinar qué naturaleza tiene el límite constituido por el principio de culpabilidad frente al poder del Estado, es decir, si se trata de un límite interno que comparte una lógica preventiva o si se trata de un límite externo a la lógica preventiva.

En la doctrina penal domina el parecer de que la culpabilidad asume aspectos tanto preventivos, como garantistas. Pero entonces, como bien lo apunta SILVA SÁNCHEZ, esta configuración de la culpabilidad ya no sería propiamente un límite externo a los fines de prevención general negativa, sino, más bien, una síntesis de fines preventivos, otros fines utilitaristas y fines garantistas[529]. Por lo tanto, más que un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, la culpabilidad sería una síntesis de los fines del Derecho penal. Precisamente ya en 1976 JAKOBS había destacado que la configuración de la culpabilidad dependía de la función del Derecho penal. Sólo el fin del Derecho penal dota a la culpabilidad de contenido, sostenía el mencionado autor alemán[530]. A mayor abundamiento: JAKOBS entiende que la función del Derecho penal es restablecer la vigencia de la norma infringida mediante la imposición de una pena, de manera tal que solamente cabrá hablar de culpabilidad del autor cuando exista la necesidad social de una pena para restablecer la vigencia de la norma defraudada. Únicamente cuando no sea necesario solucionar el conflicto penal mediante la imposición de una pena, podrá entrarse a discutir una situación de exculpación. De hecho, la admisión de ciertos supuestos de inimputabilidad por situaciones de anormalidad psicológica, por ejemplo, ha dependido de que la medicina haya encontrado remedios para su tratamiento[531]. A esta interpretación funcional se le objeta fundamentalmente que la culpabilidad ya no estaría configurada en atención a las circunstancias del autor, sino a criterios de necesidad social. Con ello, se estaría finalmente instrumentalizando al individuo por intereses sociales de reestabilización[532].

---

[528] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, p. 153 y ss.
[529] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 295.
[530] JAKOBS, en *Estudios*, p. 78 y ss.
[531] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 80.
[532] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 33. La respuesta a esta crítica, JAKOBS, en *Estudios*, p. 365 y s.

En nuestra opinión, la visión funcional de la culpabilidad acierta al señalar que la culpabilidad no puede determinarse desligada de la sociedad concreta en la que el Derecho penal cumple su función social, pues la configuración de la responsabilidad del autor de un delito está influida indudablemente por la forma en la que está estructurada una sociedad. Sin embargo, esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la culpabilidad penal se determine completamente por la eventual configuración de la sociedad o las necesidades sociales de imputación. La ordenación social no puede desconocer ciertos aspectos ontológicos de la persona que no son materia de libre disposición por la forma de constitución de una sociedad. En este orden de ideas, la desestabilización de una norma solamente puede provenir de la actuación de una persona, entendida como ser racional y libre. En la medida que la culpabilidad jurídico-penal debe partir necesariamente de una persona que ha actuado libremente, no es posible imputar un hecho a una persona sin una culpabilidad individual.

B. Las manifestaciones del principio de culpabilidad

La exigencia de la culpabilidad para imponer una pena repercute en la constitución de las reglas de imputación penal. En efecto, no sólo se hace necesario que en la teoría del delito exista una categoría denominada "culpabilidad", sino que la exigencia de culpabilidad influye también en la configuración del injusto penal. Se trata de las llamadas dos manifestaciones del principio de culpabilidad[533]. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. En la categoría de la culpabilidad, se exige, a su vez, que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas.

a. La imputación subjetiva

La necesidad de una imputación subjetiva para la configuración del injusto penal tiene su razón de ser en la exigencia de una culpabilidad del autor. Sin una subjetivización de la imputación no es posible que se pueda sostener que el hecho delictivo le pertenece al autor, es decir, que se trata

[533] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 153.

de un hecho propio. Esta subjetivización se expresa, en principio, como dolo, pero también puede satisfacerse con la culpa. Lo que queda claramente descartado es que se pueda atribuir a alguien un hecho lesivo por la sola realización objetiva de ese hecho.

Por otra parte, queda claro que imputar penalmente un hecho a quien lo ha causado sin la posibilidad de prever su realización, no tiene ninguna utilidad desde el punto de vista de la función atribuida al Derecho penal. Para los que le asignan a la pena una función motivadora, no tiene sentido la imposición de una pena a la realización fortuita de una lesión del bien jurídico, pues esta lesión no habría podido evitarse con una amenaza de pena dirigida al autor[534]. A éste no se le puede, pues, reprochar no haberse motivado suficientemente para actuar conforme a Derecho. Para los que atribuyen a la pena una función estabilizadora tampoco resulta lógico castigar las actuaciones inevitables, pues estas actuaciones no tienen un sentido social perturbador[535], en la medida que el autor no plantea un mundo distinto al reconocido por el Derecho. Siendo ello así, no resulta necesario reestabilizar normativamente algo que no se ha desestabilizado socialmente.

La exigencia de dolo o culpa se encuentra expresamente contemplada en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. En este dispositivo penal se proscribe expresamente cualquier forma de responsabilidad objetiva[536]. La jurisprudencia nacional ha reafirmado reiteradamente el sentido de este precepto en diversas ejecutorias supremas. Basta con citar aquí la sentencia del Exp. R.N. N° 607-98-Lima, en donde se dice literalmente lo siguiente: "*El Código penal vigente, en el numeral sétimo de su Título premilitar, 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 éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)*"[537]. En consecuencia, un hecho lesivo

---

[534] Así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 153.

[535] Vid., JAKOBS, en *Los desafíos*, Yacobucci (dr.), p. 120 y s.

[536] Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 111.

[537] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal comentado*, 37. Igualmente la Ejecutoria Suprema del Exp. N° 4031-98 del 17 de noviembre de 1998 (citada por PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, p. 93 y s.).

solamente podrá ser penalmente relevante, si puede imputarse subjetivamente al autor, es decir, si el hecho ha sido realizado de manera dolosa o culposa.

b. El sujeto responsable

La exigencia de un sujeto responsable para poder imputar un delito a alguien se explica en razón de la función atribuida al Derecho penal. Así, para los que sostienen que la función de la pena es prevenir la lesión de bienes jurídicos mediante la motivación de los ciudadanos o del delincuente, resulta lógico que esta labor de motivación solamente puede exigirse respecto de sujetos que reúnan la capacidad mínima de motivación[538]. Por el contrario, para los que sostienen que la pena cumple una función estabilizadora, solamente la actuación de un sujeto culpable podrá tener sentido social y, por tanto, requerir de una reestabilización contrafáctica. En el caso de sujetos considerados socialmente irresponsables, su actuación no producirá ningún efecto comunicativo, sino que se le tratará, desde el punto de vista penal, como un hecho proveniente de la naturaleza[539]. Como puede verse, sea por razones de motivación, sea por motivos de comunicación social, la atribución de responsabilidad penal debe recaer necesariamente sobre un sujeto responsable capaz de recibir una imputación penal.

5. El principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos[540]. La doctrina penal nacional entiende predominantemente que este principio se encuentra reconocido en el artículo VIII del Título Preli-

---

[538] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3: "*El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho*", a lo que agrega también la necesidad preventiva de sanción penal.

[539] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 60 y s.

[540] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 260; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 280. El Tribunal Constitucional ha dispuesto también que este principio impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 197).

minar del Código penal[541], en donde se establece que "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". La propia exposición de motivos del Código penal es de esta interpretación al precisar que "*el artículo VIII exige la proporcionalidad de la pena con la responsabilidad por el hecho*". 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 entidad de la pena[542]. Desde esta comprensión se podría llegar 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 informaría igualmente la proporcionalidad de la pena, por lo que podría afirmarse que el artículo VIII del Título preliminar del Código penal reconocería como criterio informador de la cuantía de las penas el hecho delictivo contemplado en todos sus aspectos dogmática-

---

[541] Vid., BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), p. 26; PEÑA CABRERA, *Tratado*, p. 97; VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal comentado*, p. 37 y s. Entienden, por el contrario, que sólo se reconoce el principio derivado de la prohibición de exceso, CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 294; URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 713.

[542] Con base en la bipartición de la teoría del delito, MIR PUIG, *Introducción*, pp. 158, 164, señala incluso que el principio de proporcionalidad atiende exclusivamente al injusto del hecho, mientras que el principio de culpabilidad opera sólo en el ámbito de la categoría de la culpabilidad.

mente relevantes. La Corte Suprema parece mostrarse 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[543].

Un aspecto importante que cabe precisar es que el artículo VIII no establece propiamente una estricta observancia de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho, sino que la establece, en todo caso, como límite máximo (prohibición de exceso)[544]. Este límite sólo 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.

La ley que incorporó en el Código penal nuevamente las figuras de la reincidencia y la habitualidad, modificó el tenor del artículo VII del Título Preliminar, para exceptuar la observancia del principio de proporcionalidad en el caso de reincidencia o habitualidad del agente del delito[545]. Esta diferencia en la aplicación de la ley penal se sustentaría, sin embargo, en una diferencia de las personas (primarias o habituales), lo que podría poner en duda la compatibilidad de esta excepción con el principio de igualdad ante la ley. Por lo anterior, consideramos que las figuras de la reincidencia y la habitualidad no deben quedar al margen del principio de proporcionalidad, sino que deben encontrar en este criterio de la intervención penal su propia lógica. El Tribunal Constitucional considera que estas agravantes no infringen el principio de proporcionalidad en su variante de prohibición de exceso[546]. Por nuestra parte, consideramos que lo más adecuado habría sido considerar la reincidencia o habitualidad solamente como criterios de individualización de la pena que lleven a los jueces a imponerles

---

[543] Vid., así, la Sentencia R.N. Nº 3588-99 La libertad de fecha 29 de octubre de 1999 (CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 66 y s.).

[544] Vid. CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 294; URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 713.

[545] Vid., ORÉ SOSA, *Temas*, p. 196.

[546] Vid., ORÉ SOSA, *Temas*, p. 196 y s.

hasta el máximo de pena prevista para el delito, como así se ha hecho al incorporárseles como criterios de medición de la pena en el artículo 46 del CP[547]. Pero lo que no se puede hacer es considerar estas circunstancias también como agravantes que incrementan el marco penal abstracto del delito cometido nuevamente y, para evitar cualquier cuestionamiento a la legitimidad de dicho incremento, excluir en estos casos la observancia del principio de proporcionalidad.

A. 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[548]. 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 centran 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[549]. La determinación de la gravedad de la pena no puede limitarse 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 punitivas. La proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del sistema social[550].

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 sólo puede hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho[551]. Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres

---

[547] Del mismo parecer, Urtecho Navarro, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15, septiembre 2010, p. 72.

[548] Vid., en este sentido, Roxin, *Problemas básicos*, p. 13; Villa Stein, *Derecho Penal*, PG, p. 98. De otro parecer, Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, PG, p. 54.

[549] Vid., así, Roxin, *Problemas básicos*, p. 18.

[550] Vid. Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 259.

[551] Vid. Mir Puig, *Introducción*, p. 158 y s.; El Mismo, *Derecho Penal*, L 4/75; Luzón Peña, *Curso*, PG, 1, p. 86; Serrano-Piedecasas Fernández, *Conocimiento*, p. 108 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PG, p. 102.

de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales[552]. 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[553]. 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[554]. Desde posturas preventivas, consideramos que esta última interpretación de las garantías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la correcta.

Las posibilidades de justificación del principio de proporcionalidad de las penas no se limitan a puntos de partida 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 de reestabilización, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que trasmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía[555]. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho. La cantidad de pena necesaria para reestabilizar 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

[552] Vid., así la crítica de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 240.

[553] Vid., en este sentido, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 381 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 249; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 284.

[554] En esta línea discurre el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

[555] Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER, *Tratado*, II, p. 398.

hacia arriba[556]. Lo que en cualquier caso no puede admitirse es que se reestabilice una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivó la defraudación. La pena debe no sólo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse al hecho defraudador.

B. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad

a. La proporcionalidad abstracta

La observancia de la proporcionalidad abstracta tiene lugar en la propia creación de las leyes penales[557]. 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[558]. Con base en este principio, algunos autores defienden incluso la despenalización de ciertos delitos de bagatelas[559].

Si se admite la necesidad de castigar penalmente cierta conducta, deberá precisarse seguidamente el tipo de pena y la cantidad de la misma que resulten proporcionales al hecho[560]. 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[561]. Del

---

[556] En el mismo sentido, desde la lógica preventiva, ROXIN, *Problemas básicos*, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259: "*En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo*".

[557] Vid., CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 302.

[558] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 2, n.m. 9; FREUND, *Strafrecht*, AT, § 1, n.m. 19; PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 439; YACOBUCCI, *El sentido*, p. 338 y ss.; BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 98.

[559] Vid., así NAUCKE, *Derecho Penal*, p. 105

[560] Vid., NAUCKE, *derecho Penal*, p. 105.

[561] Vid., SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento*, p. 109.

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[562]. Muchos más aspectos del juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar sólo 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 ellos, la comisión dolosa más que la culposa[563]. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales[564].

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho se formule de manera general con base en 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[565]. 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[566]. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como

---

[562] En el mismo sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 402; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 303. A este respecto escribe PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 101: "*Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado*".

[563] Vid., HASSEMER, *Fundamentos*, p. 279 y ss.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 305 y s.

[564] Así, con referencias a tipos penales específicos, URQUIZO OLAECHEA, en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 716 y s.

[565] Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 399 y s.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 312; CONTRERAS GONZÁLEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 61 y s.

[566] Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por DREHER *FS für Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 37 y s.), 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 sólo puede hacer un juicio de prognosis 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.

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 victima en caso de no existir una sanción estatal[567]. 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[568]. 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 desocializar al sujeto[569]. 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[570]. Como se sabe, los tipos penales no hacen una descripción de un hecho particular ni establecen una pena específica para el caso concreto, sino que esa labor se la dejan propiamente al juez penal[571]. 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 imponer-

---

[567] Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 401. Críticamente, CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 313.

[568] Vid. CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 313 y s.; CONTRERAS GONZÁLEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 62.

[569] Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 40.

[570] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 163; JAÉN VALLEJO, *Justicia penal contemporánea*, p. 40; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 318.

[571] Vid., con mayores precisiones, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 25 y ss.

se al autor del hecho[572]. No obstante, esta libertad no es completamente discrecional, sino que debe tener en cuenta ciertos parámetros fijados por el legislador. Los criterios para decidir la pena a imponer dentro del marco mínimo y máximo establecido por ley, se encuentran regulados actualmente en el artículo 46 del CP[573]. 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[574].

C. Los parámetros de la proporcionalidad

La necesidad racional de una relación de proporcionalidad entre la pena y el delito cometido no basta para conseguir que este principio tenga vigencia efectiva. Para hacer efectiva la vigencia del principio de proporcionalidad, se necesita determinar los parámetros de la proporcionalidad[575]. Como lo hemos señalado, la relación de proporcionalidad se mantiene fundamentalmente entre el hecho y la pena, por lo que 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 entre el daño producido por el delito y el daño infligido como castigo al autor[576]. 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

---

[572] 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 (*Serie de jurisprudencia* 3, Academia de la magistratura, Lima, 2000, p. 119).

[573] Vid. CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 325 y s. En el mismo sentido, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento*, p. 109.

[574] Vid. así la referencia de PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG, p. 492; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 404 y s.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 325.

[575] En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 260.

[576] Vid., CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 281.

relación entre el autor y su hecho[577]. 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 con base en criterios de equivalencia empírica y ha pasado a depender de una valoración social del mismo[578]. 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[579] 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[580].

b. La gravedad de la pena

En cuanto a los criterios de determinación de la gravedad de la pena, esta gravedad no presenta mayores problemas en el caso de diferencias cuantitativas entre una misma clase de pena. El punto de discusión se ubica, más bien, en el caso de la distinta gravedad de las clases de pena. En primer lugar, hay que señalar que se ha dejado de lado referentes empíricos para definir qué pena es más grave y se acepta cada vez más que esta gravedad tiene claros condicionamientos culturales[581]. Por ejemplo, en determinadas sociedades, como las orientales, resulta más grave la deshonra que la muerte misma, mientras que en nuestra sociedad, influenciada 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,

---

[577] A esta perspectiva, Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 399, denomina subjetivista, en oposición a la que se centra en el daño producido por el delito.

[578] Vid., en este sentido, Mir Puig, *Introducción*, p. 159 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PG, p. 100; Bramont Arias, *Derecho* 46 (1992), p. 27.

[579] Vid. Castillo Alva, *Principios*, p. 282.

[580] Vid. la crítica de García Cavero, *RPCP* 10, p. 228, a este modo de operar ante la situación de inseguridad ciudadana.

[581] Vid. Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 260; Mir Puig, *Introducción*, p. 158; Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 398.

torturas o trabajos forzados[582]. Es así que la privación de la libertad (derecho reconocido en la actualidad a todos los ciudadanos), se ha constituido en la forma de reacción penal que se ajusta a los delitos más graves, aunque debe también reconocerse que existe un sector doctrinal abolicionista que se opone a esta forma de reacción penal. Pero con independencia de esta orientación crítica al sistema penal, el hecho es que en nuestro sistema penal la pena privativa de libertad se reserva a los hechos más graves, por lo que habrá que recurrir a otras clases de pena (multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres) para hechos socialmente menos lesivos.

D. La proporcionalidad en las medidas de seguridad

Como ya se vio, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal 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[583], como la propia legislación penal vigente (artículo 73 del CP), limitan la imposición de la medida de seguridad en atención a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la del 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 (inimputable) 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 inimputable. La medida de seguridad se impone a una per-

[582] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 261.

[583] Vid., NAUCKE, *Derecho Penal*, p. 123; MIR PUIG, *Introducción*, p. 158; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 260, nota 332; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 44 y s.; YACOBUCCI, *El sistema*, p. 352.

sona en incapacidad de mejorar por sí sola, siendo la peligrosidad de futuros delitos lo que ofrece la autorización para tal intervención del Estado.

E. Un caso especial de proporcionalidad: El principio de *non bis in idem*

El hecho de que, por lo general, la conducta delictiva se subsuma en varios tipos penales o en una infracción administrativa plantea ineludiblemente el problema de la doble punición del mismo hecho[584]. Sobre el concurso de leyes penales no vamos a entrar, pues este aspecto será tratado de manera específica en la lección referida al concurso de delitos. Aquí vamos a limitarnos al caso, relativamente frecuente, en el que la realización del delito infringe no sólo la norma penal, sino también una norma administrativa que contempla la imposición de una sanción administrativa como consecuencia jurídica. Para evitar la excesiva reacción que podría producirse por la duplicidad de sanciones (administrativa y penal)[585], se han desarrollado diversos criterios materiales y procesales que limitan la sanción a una sola que cubra suficientemente la necesidad de sanción[586]. Estos criterios se agrupan en el llamado principio del *non bis in idem*, reconocido expresamente en el artículo 230 inciso 10 de la Ley 27444 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) y en el Art. III del Título Preliminar del CPP. Dentro de este principio la doctrina penal distingue una vertiente material y otra procesal[587].

Desde el punto de vista material, el principio del *non bis in idem* busca evitar una *sobrerreacción* del ordenamiento jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida[588]. Para ello es nece-

---

[584] Vid., así, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 9.

[585] La doctrina penal sostiene mayoritariamente que el fundamento por el cual se considera indebida esta duplicidad de sanciones, es el principio de legalidad y de proporcionalidad. Vid., sobre esto, Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 128 y s.; Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 165 y ss.

[586] Vid., en este sentido, Benlloch Petit, *PJ*, 51, p. 307. Para mayor información sobre las generalidades de este principio, Schroeder, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; Queralt Jiménez, *LH a Juan del Rosal*, p. 885 y ss.

[587] Así lo ha hecho la sentencia del TC Exp. N° 2050-2002-AA-TC de 16 de abril de 2003. No obstante esta distinción, ambas formas de manifestación del principio tienen el mismo fundamento, tal como lo señala Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

[588] A partir de esta idea, el TC ha derivado, como la doctrina, el principio *non bis in idem* de los principios de legalidad y de proporcionalidad. Sobre este, con mayores referencia, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 3.

sario primeramente precisar cuándo nos encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto (STS de 30 de enero de 1981)[589], nuestra legislación positiva señala que existe una situación de *bis in idem* cuando se presenta una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal)[590]. Esta exigencia se encuentra, por lo demás, reiteradamente respaldada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano[591].

En cuanto a la identidad de sujetos, existe una especial discusión sobre la posibilidad de imponer una sanción penal a las personas naturales que actúan como órgano o representante de una persona jurídica y una multa administrativa a la persona jurídica representada. En principio no debería haber mayor inconveniente para este proceder[592]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta doble imposición de sanciones solamente es posible si es que se fundamentan en el mismo hecho, de manera tal que no puede iniciarse simultáneamente ambos procesos sancionatorios con el riesgo de sustentarse en una base fáctica contradictoria[593]. En consecuencia, el proceso penal contra las personas individuales debe resolverse en primer término, siendo posible que posteriormente se imponga una sanción administrativa a la persona jurídica sobre la base de los hechos determinados en sede judicial.

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones concurrentes. Debe de tratarse del mismo hecho. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar las valoraciones sobre el hecho, sino su entendimiento como un acontecimiento real acaecido en un determinado momento y lugar[594]. La inclusión de elementos accidentales no relevantes, no permite afirmar que se trate de un hecho distinto y que se pierda, por tanto, la identidad de hecho[595]. Podría decirse, sin embargo, que un mismo hecho puede dar lugar a sanciones distintas que se

---

[589] Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 53 y ss.

[590] Vid., igualmente, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, p. 62.

[591] Vid., los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ ROBLES BRICEÑO, *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, p. 297 y ss.

[592] Vid., así, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

[593] Vid., igualmente, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

[594] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del ne bis in idem*, p. 65.

[595] REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del ne bis in idem*, p. 68.

sustentan en criterios de desvalor distintos (por ejemplo, en el concurso ideal de delitos), pero la justificación de este proceder no se encuentra en el plano del hecho, sino en el plano de las valoraciones, lo que debe ser considerado, por lo tanto, en el aspecto referido a la llamada identidad de fundamento.

El Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia decisiva de la identidad de fundamento[596]. La determinación de esta identidad no está, sin embargo, libre de problemas[597], pues no resulta sencilla de establecer para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para una comprensión cuantitativa de la diferenciación entre ilícito administrativo y penal no habría, al parecer, mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico[598]. No obstante, esta interpretación llevaría a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, en la que prácticamente siempre estaría excluida la posibilidad de imponer conjuntamente una sanción penal y una administrativa. Por eso, no debe sorprender que la propia jurisprudencia constitucional intente atemperar la radicalidad de esta consecuencia, creando excepciones como la llamada "relación de especial sujeción" en el llamado Derecho administrativo disciplinario[599], lo que ha sido, además, ratificado por la sentencia vinculante R.N. Exp. N° 2090-2005. No puede, por lo tanto, partirse de una identidad de fundamento entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, sino, más bien, de fundamentos distintos. Pero es posible que la imposición de una sola sanción satisfaga el requerimiento de los ámbitos sancionatorios concurrentes.

En atención a las consideraciones hechas en el párrafo precedente, parece mucho más adecuado seguir el planteamiento que sostiene que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos, por lo tanto, el *non bis in idem* no debe requerir en estricto una identidad de fundamento entre los órdenes sancionatorios concurrentes, sino, en todo caso, de una identidad

---

[596] Vid., con mayores referencia, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 4.

[597] Vid., García Alberó, *Non bis in idem*, p. 63 y s.; Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 342.

[598] Así, Benlochh Petit, *PJ* 51, p. 344 y s.

[599] Vid., con mayor detalle, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 15 y s.

de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, consideramos que la identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción satisfaga la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

La opinión dominante entiende que, en caso de sanción tanto penal como administrativa, debe prevalecer la sanción penal[600], en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal). Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar, en varios casos, a desplazar la sanción penal por la alta cuantía de la multa administrativa. En nuestra opinión, consideramos que lo conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio de *última ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico[601]. La sanción penal cubriría empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, si un mismo hecho constituye un delito y a la vez una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la mas grave desde el punto de vista normativo. Por lo demás, esta solución cuenta actualmente con una disposición absolutamente clara al respecto, como lo es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el que se dispone que "*El derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo*".

Los escritos especializados reconocen que el principio del *non bis in idem* tiene además una vertiente de carácter procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto[602]. La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina y la legislación penales, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo[603]. Para el inicio del proceso penal bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes

---

[600] Vid. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167.

[601] Así, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167, hablan de un plus de antijuridicidad.

[602] Vid., SCHROEDER, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 305.

[603] Vid., así, BOIX REIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

correspondientes, sin que sea necesaria una prejudicialidad administrativa. Pero lo que no está lo suficientemente aclarado es qué sucede con el procedimiento administrativo sancionador ya iniciado o por iniciarse si se abre un proceso penal por el mismo hecho contra la misma persona. La respuesta más lógica será aquélla que señala que el procedimiento administrativo no debe iniciarse o, si ya se inició, deberá suspenderse, de manera tal que se evite infringir lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LPAG que prohíbe que el acto administrativo contravenga resoluciones judiciales firmes. Solamente si en sede penal no se impone una sanción penal con base en los criterios jurídico-penales de determinación de responsabilidad, la Administración estará facultada para iniciar un expediente administrativo sancionatorio y evaluar a partir de los hechos determinados judicialmente si procede, conforme a los criterios administrativos, la imposición de una sanción administrativa[604].

6. El principio de resocialización

El artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal contempla la resocialización como una función de la pena, hay que precisar que no se trata de su función legitimante. Incluso puede cuestionarse si la resocialización es realmente una función de la pena, pues, como ya lo ha demostrado la experiencia de las tendencias resocializadoras, hasta ahora no ha podido encontrarse mecanismos seguros para conseguir reinsertar al preso en la sociedad[605]. La resocialización o readaptación del delincuente es, en todo caso, sólo una garantía, una posibilidad de mejora que se ofrece al condenado[606], pero no lo que legitima la existencia del Derecho penal. La pena debe prestar las condiciones para la readaptación del condenado que así lo desea, o evitar la desocialización que provocan las penas de larga duración. Pero lo que no puede legitimar la pena es la incidencia en la personalidad del ser humano, obligándolo a pensar y actuar de una manera determinada[607].

---

[604] Vid., en el mismo sentido, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 19.

[605] Así, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 28; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 99.

[606] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 262.

[607] Igualmente Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 31; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 99.

El Tribunal Constitucional ha seguido la línea de entender que la resocialización constituye una garantía a favor del condenado. Por lo tanto, los beneficios penitenciarios, que apuntan a la resocialización del condenado, no tienen el carácter de un derecho fundamental, sino que constituyen la plasmación de una garantía individual, cuya materialización la puede ponderar el Estado con otros intereses en juego. Así, el Tribunal Constitucional ha dicho textualmente lo siguiente: "*En estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que, aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso debe obedecer a motivos objetivos y razonables, por lo que la resolución judicial que se pronuncia al respecto debe cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales*"[608].

En el marco de la concesión de beneficios penitenciarios, el Poder Judicial ha emitido la RES. ADM. N° 297-2011-P-PJ que establece criterios para la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. De destacar en esta circular es que se precisa que, como la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la de un estímulo o incentivo y no la de un derecho, el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 49 y 54 respectivamente, del Código de Ejecución Penal no asegura su otorgamiento. La concesión de uno de estos beneficios constituye una actividad discrecional del Juez –aunque jurídicamente vinculada–, quien solamente puede otorgarlos si se cumplen las presupuestos materiales puntualizados en el fundamento jurídico tercero (artículos 50, segundo párrafo, y 55, última frase del primer párrafo, del Código de Ejecución Penal), siempre que permitan razonablemente una prognosis positiva de readaptación social del interno. El órgano jurisdiccional ha de justificar, mediante la motivación pertinente, con absoluta claridad y rigor jurídico, la estimación o desestimación del beneficio penitenciario solicitado. El juez está autorizado a examinar críti-

[608] STC N° 2700-2006-PHC/TC (caso Víctor Alfredo Polay Campos). Esta línea de argumentación se ha confirmado en la STC N° 03186-2008-HC, fundamento jurídico 2.

camente el informe sobre el grado de readaptación del Interno que acompaña la Administración Penitenciaria, el cual no es vinculante, por lo que puede ordenar, dentro de plazos breves, se amplíe y complete el referido informe, así como disponer la realización de una pericia, la elaboración de informes por las autoridades o personas jurídicas o la actuación de las diligencias que resulten indispensables para la justa decisión del beneficio penitenciario solicitado.

V. El Derecho penal del enemigo

La vigencia de los principios político-criminales hasta ahora expuestos adquiere características restrictivas ante determinadas formas de criminalidad especialmente graves. Estas restricciones se han buscado explicar a través del llamado Derecho penal del enemigo. La idea de un Derecho penal del enemigo entra en la doctrina penal contemporánea de la mano de los trabajos dogmáticos del Prof. Günther Jakobs, primero de manera referencial en su trabajo de 1985 sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico y luego de manera abierta en su conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de 1999 en Berlín. A partir de entonces Jakobs se ha encargado de desarrollar los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el llamado Derecho penal del enemigo[609], llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* aparecido en lengua castellana en el 2003[610]. A partir del planteamiento esbozado por Jakobs se ha iniciado una fuerte discusión doctrinal sobre el llamado Derecho penal del enemigo, la cual se ha llevado a cabo desde diversas perspectivas que van desde el plano dogmático hasta el ideológico.

Bajo la denominación "Derecho penal del enemigo" se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea[611]. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la

---

[609] Muy importante es, a nuestro parecer, su trabajo *Personalität und Exklution im Strafrecht*, publicado en lengua castellana en *El Funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, Bogotá, 2003, p. 71 y ss.

[610] Jakobs, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 21 y ss. Una versión alemana se publicó el mismo año en: *Foundations and limits of Criminal Law and Criminal Procedure* –An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung–, 2003, p. 41 y ss.

[611] Vid., Cancio Meliá, *RPCP* 13, p. 155.

imposición de la pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos[612], el Derecho penal del enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos. Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad[613] y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos sujetos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal[614].

Las afirmaciones precedentes requieren, sin embargo, de una precisión muy importante. Si bien el Derecho penal del enemigo destaca fundamentalmente una función cognitiva de aseguramiento, lo cierto es que no se trata al delincuente como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término[615]. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto. En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el enemigo no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, JAKOBS habla en la actualidad de una *despersonalización parcial* del enemigo[616].

---

[612] JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, p. 139: "*El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos*".

[613] Vid., sobre la autoexclusión JAKOBS, en *El funcionalismo en Derecho penal*, LH al Prof. Günther Jakobs, p. 85 y ss.

[614] Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 137 y s.; EL MISMO, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 40 y s.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 123.

[615] Vid., así, PASTOR, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, LH al Prof. Dr. Günther Jakobs, p. 780.

[616] Vid., JAKOBS, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cancio/Feijoo (ed.), p. 44 y ss.

A partir de las ideas generales esbozadas sobre el Derecho penal del enemigo, la doctrina penal ha intentado establecer cuáles son sus características esenciales. JAKOBS, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales[617]: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal (incluiría también garantías de orden sustantivo y penitenciario[618]). A estas características CANCIO MELIÁ agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por JAKOBS) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales[619].

Si se analiza la legislación penal peruana actualmente vigente se podrá constatar sin mayor dificultad que en determinados ámbitos de regulación de las conductas punibles se ha asumido de manera clara las características constitutivas del llamado Derecho penal del enemigo. Esta constatación se aprecia fácilmente en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada (especialmente, tráfico ilícito de drogas, secuestro y lavado de activos), los abusos sexuales de menores de edad y los delitos de corrupción. En consecuencia no puede desconocerse que en la actual legislación penal existen figuras delictivas que reúnen los rasgos característicos de lo que en la discusión doctrinal se llama Derecho penal del enemigo[620]. Cosa distinta es que se repudie el término de enemigo para caracterizar este ámbito del Derecho penal, posiblemente por el sentido político que podría conllevar.

La cuestión que debe discutirse no es, por tanto, si existe un Derecho penal del enemigo, sino, más bien, si en un Estado de Derecho la configuración de un Derecho penal tal es posible. El Tribunal Constitucional se ha mostrado absolutamente en contra de esta posibilidad al señalar expresamente que "*la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo, es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciuda-*

---

[617] Vid., JAKOBS, en *Escuela de verano*, p. 138.

[618] Así, el endurecimiento del Derecho penitenciario en la legislación penal del enemigo es destacado por GRACIA MARTÍN, *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 11.

[619] Vid., CANCIO MELIÁ, *RPCP* 13, p. 156.

[620] Vid., con mayor detalle, GARCIA CAVERO, en *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, p. 925 y ss.

danos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos, sino más bien enemigos"[621]. Estas consideraciones del Tribunal Constitucional pueden entenderse de dos maneras: o como que no es posible de ninguna manera establecer una vigencia distinta de las garantías penales en función de los delincuentes, o como que no es necesario hablar de Derecho penal del enemigo para poder justificar legítimamente la limitación de ciertas garantías penales. La primera interpretación no parece ajustarse a la forma de proceder del Tribunal Constitucional en temas como la detención preliminar, la proporcionalidad de las penas o la reincidencia, por lo que sólo cabrá entender su afirmación en el segundo sentido de los posibles.

En nuestra opinión, no existen problemas de legitimidad para sustentar un régimen penal de excepción que contenga penas severas, adelante las barreras de protección, utilice elementos típicos abiertos y restrinja ciertas garantías jurídico-penales. Sin embargo, hay que resaltar especialmente que con esta afirmación no se quiere legitimar cualquier forma de Derecho penal, pues una legislación penal restrictiva de garantías sólo será de recibo excepcionalmente si sus restricciones se encuentran justificadas en razones objetivas de excepción y respeten el contenido esencial de los derechos constitucionales[622]. Lo que, en todo caso, debe quedar claro es que no se puede negar de plano la configuración de un Derecho penal especialmente severo y restrictivo de ciertas garantías, por lo que la legislación penal no puede ser considerada ilegítima por el solo hecho de intensificar los estándares ordinarios de represión penal. Pero lo que hoy presenta serias dudas es si todas estas restricciones de garantías e intensificación de los criterios de interpretación se pueden explicar racionalmente en la construcción dogmática del Derecho penal del enemigo.

---

[621] STC N° 0003-2005-PI/TC del 9 de agosto de 2006.

[622] Vid., igualmente, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, p. 75; GRACIA MARTÍN, *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 29.

SEGUNDA PARTE

LEY PENAL

LECCIÓN 5
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. Introducción

Una de las manifestaciones del principio de legalidad, como mecanismo constitucional de protección del ciudadano ante el abuso de poder, es la prohibición de condenar sin una ley previa que tipifique la conducta delictiva y establezca la sanción correspondiente. En este sentido, el artículo 2 inciso 24 literal d) del la Constitución Política dispone que nadie puede ser 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. A partir de esta disposición constitucional la doctrina mayoritaria concluye que las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente[623], siendo la ley penal vigente al momento de la realización del hecho delictivo la que resulta aplicable (*tempus regit actus*). Esta conclusión no tiene, sin embargo, un carácter incontrovertible, pues un sector de la doctrina penal ubica el momento relevante de la aplicación temporal de la ley penal en la sentencia[624]. Pero con independencia de esta disputa doctrinal, ambas posturas coinciden en aplicar la pena más favorable al reo en caso de una sucesión temporal de leyes penales desde la realización del delito hasta el cumplimiento de la pena. En esta lección, se abordarán las distintas cuestiones generales que

---

[623] Vid., sobre la prohibición de retroactividad como derivado del principio de legalidad, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 1; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 51; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 24; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 249. Algunos lo consideran incluso parte del mandato de determinación, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 6; RANSIEK, *Gesetz*, p. 8; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 14.

[624] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 50, pone una atención mayor a la relación existente entre el hecho delictivo y la imposición de la condena como actos con sentido comunicativo en la sociedad.

se presentan en la aplicación temporal de la ley penal, intentando destacar las particularidades de enfoque que tiene cada una de las perspectivas antes mencionadas.

II. La ley penal aplicable

Una persona sólo puede ser perseguida penalmente si existe una ley penal que califique su actuación previamente como delito. La situación ideal, en cuanto a la aplicación temporal de la ley penal, sería que la regulación jurídica vigente al momento de la realización del hecho siga siendo la misma que rige al momento de la imposición de la pena y de la ejecución de la condena[625]. En este supuesto no habría más que una regulación jurídico-penal al momento de juzgar el hecho, imponer la sanción penal prevista en la ley y cumplir con la ejecución de la pena impuesta. Sin embargo, las leyes penales, como toda ley humana, no tienen vocación de eternidad, por lo cual resulta lógico que con el transcurso de tiempo resulten derogadas o modificadas. Así, si entre el momento de la realización del hecho delictivo y el efectivo cumplimiento de la pena, tiene lugar una modificación de la regulación jurídico-penal, será absolutamente necesario determinar cuál ley penal resulta aplicable.

En estos casos, resulta sumamente importante precisar cuándo ha tenido lugar una modificación efectiva de la regulación jurídico-penal y en qué sentido (derogación, modificación parcial o modificación total). Puede suceder que una sucesión de leyes no necesariamente signifique la derogación o modificación de la ley penal anterior, tal como lo ha puesto de manifiesto César ABANTO en el caso del delito de apropiación de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones en relación con el Código penal de 1991 y la regulación especial de los delitos tributarios[626].

La legislación penal actual establece que la ley penal aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible, aunque excepcionalmente se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo (artículo 6 primer párrafo del CP)[627]. La regla general de

---

[625] En este sentido, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 796 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 68; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 32; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 26 y s.

[626] Vid., ABANTO, César, *RPCP* 11, p. 77 y ss.

[627] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 822; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 139.

la prohibición de retroactividad de la ley penal constituye un límite formal a la actividad jurisdiccional, en tanto al autor solamente se le puede aplicar la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho punible. No obstante, la justificación de esta regla no puede sustentarse únicamente en el mandato legal contenido en el artículo 6 del CP, sino que hay que encontrar el fundamento material que motiva esta ordenación de la aplicación temporal de la ley penal. La determinación de este fundamento material solamente puede alcanzarse si se tiene claro cómo la temporalidad de la ley penal incide en la función del Derecho penal.

1. La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal

Si se asume que la función de la pena es la prevención general, la ley penal tendrá que ser previa al delito cometido, pues de no existir al momento del hecho no podrá generar un efecto preventivo-general[628]. Así es como puede entenderse la formulación clásica de Feuerbach de que "*la imposición de una pena presupone una ley penal*"[629]. Dado que la ley penal establece las consecuencias negativas que una actuación contraria al Derecho produciría, resulta consecuente con este punto de partida sancionar al infractor con la ley penal vigente al momento del hecho[630], pues es esta ley la que efectivamente ha tenido en cuenta el autor (psicológica o normativamente) para advertir las consecuencias de su actuación[631]. Por el contrario, la condena con la ley vigente al momento de la expedición de la sentencia o en una etapa intermedia, no tendría fundamento legitimante desde una perspectiva preventiva, en la medida que el efecto intimidatorio

---

[628] Defienden una visión preventivo general como fundamento jurídico-penal de la ley penal en el tiempo, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 1; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 24; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 19; Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 6; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 259; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 698; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, PG, p. 136; Blanco Lozano, *CPC* 71 (2000), p. 285; Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 313.

[629] Feuerbach, *Tratado*, § 19.

[630] Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 6; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 225.

[631] Si la pena confirma la seriedad de la amenaza penal tendrá que corresponderse con aquélla que efectivamente ha procurado un efecto preventivo-general. En este sentido, esta comprensión del Derecho penal presenta a la pena como consecuencia jurídica del hecho realizado que debe establecerse mediante una declaración judicial. La crítica a esta interpretación de la aplicación temporal de la ley penal, puede verse en Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apto 4, n.m. 49, en el sentido de ver el delito y la pena como una secuencia *eo ipso* y no como actos comunicativos.

(o el diálogo racional con la norma) sólo podría haber tenido lugar con la ley vigente al momento del hecho. Si se condena con ley distinta a la vigente al momento del hecho, se hará con base en una ficción, pues la ley posterior no ha generado, ni ha podido generar, efecto motivatorio alguno.

La situación se presenta distinta en una concepción del Derecho penal como mecanismo de reestabilización, ya que la ley penal adecuada para la imposición de una pena no es la que se encuentra vigente al momento de la comisión del delito, sino la que se encuentra vigente al momento de la condena por el delito[632]. El punto de partida de esta concepción es que entre el delito y la pena existe una relación comunicativa en el sentido de que la pena reafirma la vigencia de una expectativa normativa defraudada por el delito[633]. Por esta razón, sólo al momento de condenar es necesario determinar si la expectativa se encuentra aún defraudada y si requiere, por tanto, de una reestabilización normativa[634]. Para exigir tal reestabilización es necesario que la expectativa defraudada todavía necesite mantenerse en la sociedad como parte de su identidad normativa esencial, pues de lo contrario la imposición de la pena se convertirá en un acto vacío de sentido. A este planteamiento podría reprochársele, sin embargo, que si el momento central de la vigencia temporal de la ley se pone en el momento de la sentencia, entonces cabría justificar también la aplicación de la ley penal posterior desfavorable.

Para sortear la objeción señalada no puede recurrirse simplemente al mandato constitucional de prohibición de retroactividad de la ley penal, pues se trataría de una solución parcial y externa al sistema penal[635]. La aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho más favorable debe encontrar su justificación en la propia función de reestabilización. En este sentido, conviene recordar nuevamente que el Derecho penal mantiene ciertas expectativas normativas fundamentales también en el proceso de reestabilización de la expectativa defraudada. La imposición de una pena

---

[632] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 50.

[633] Vid., esta relación comunicativa entre delito y pena, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 11.

[634] En este sentido JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 50, señala que no basta que en el pasado la amenaza penal esté contemplada en la ley, sino que debe requerirse que esa amenaza se materialice. Fundamental, en este sentido, es que los casos antiguos (*Altfälle*) continúen siendo un conflicto social en la nueva regulación jurídica, en el sentido de una continuidad del injusto.

[635] Vid., de la misma opinión, SOMMER, *Das »mildeste Gesetz«*, p. 49.

con la finalidad de restablecer suficientemente la vigencia de una expectativa defraudada, no puede olvidar que el sujeto de sanción es una persona que no debe salir perjudicada por una variación de los criterios de valoración social[636]. En este orden de ideas, la utilidad social no puede pasar por encima de la persona y desconocer que el Derecho penal sirve finalmente para que ésta pueda orientarse en la sociedad[637]. El admitir una posible valoración posterior más grave del hecho (con la correspondiente mayor penalidad) afectaría gravemente el modelo de orientación del sujeto, en el sentido de la estabilidad de las estructuras con las que efectivamente se orienta. Si una persona tiene que considerar en cada actuación la posibilidad de un cambio futuro de valoración de la sociedad, la seguridad del modelo de orientación resultaría afectado considerablemente, de manera que se convertiría en poco confiable[638]. Dicho en breves palabras: La necesidad de reestabilización del sistema no puede afectar su propia funcionalidad para el desarrollo de las personas.

De lo expuesto puede concluirse que tanto desde una visión de prevención general como de reestabilización del Derecho penal, la ley penal vigente al momento del hecho resulta la aplicable, siempre que no haya leyes penales posteriores que resulten más favorables. En el caso de la prevención general porque solamente la ley vigente al momento del hecho ha podido desarrollar un efecto motivatorio en el autor del delito, mientras que en el caso de la reestabilización porque no se puede cambiar el modelo de orientación del autor con la inclusión posterior de criterios de valoración social más intensos, es decir, que incrementen la gravedad de la reacción penal. A la pregunta de cuál de estas perspectivas es la que ha asumido el Código penal peruano, no es posible responder de forma definitiva. Si bien podría decirse que el artículo 6 del CP reconoce como regla la aplicación de la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho punible –lo que se ajustaría a la visión preventiva–, también es verdad que el artículo 7 del Código penal permite la liberación del condenado en caso de leyes posteriores que despenalizan el delito por el que se le ha condenado, lo que sólo podría justificarse con un entendimiento de la pena como mecanismo

---

[636] De manera similar, en el sentido de la garantía de objetividad que ofrece la vinculación a la ley, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apto 4, n.m. 48.

[637] Vid., en este sentido, como respeto a la libertad ciudadana, Berner, *Wirkungskreis*, p. 50, en el sentido de que el ciudadano pueda actuar sin temor al futuro.

[638] Larenz, *Derecho justo*, p. 91 reconoce como expresión del principio de confianza en el Derecho público el tema de la retroactividad de la ley.

de estabilización de expectativas de conducta defraudadas, pues la ejecución de la pena no confirma la seriedad de la amenaza, sino la necesidad de devolver la vigencia a una expectativa social defraudada. Por nuestra parte, consideramos que las reglas sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo se ordenan con criterios más uniformes desde una perspectiva reestabilizadora del Derecho penal.

2. El momento del hecho

Dado que el hecho delictivo puede adquirir ciertos niveles de complejidad, la determinación de la ley penal vigente al momento del hecho requiere fijar el criterio de determinación de cuál es el momento del hecho. El artículo 9 del CP se encarga precisamente de llevar a cabo esta labor. En efecto, en este dispositivo penal se dispone que dicho momento 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. Como puede verse, nuestro texto punitivo sigue la teoría de la acción en lugar de la teoría del resultado o la teoría mixta, pues centra el momento del delito en el momento de la acción u omisión penalmente relevante[639]. Esta opción del Código Penal resulta plenamente justificada, en la medida que ya la ejecución de la conducta típica implica una defraudación de la norma penal.

La determinación de la ley penal vigente al momento del hecho no es ajena a la presencia de supuestos problemáticos. Así, resultan discutibles los casos en los que una ley penal entra en vigencia entre el inicio y la finalización de la acción u omisión que configura el hecho delictivo. Esta situación se presenta en el caso de los llamados delitos permanentes y continuados, ya que la acción lesiva se realiza a lo largo del tiempo[640]. En la medida que se trata de una conducta permanente o continuada, la entrada en vigencia de la ley penal durante el periodo de permanencia o continuidad de la conducta constituirá también una ley vigente al momento del hecho, pues el

---

[639] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 234; REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 9, p. 337; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 125. Igualmente en el Derecho penal alemán, vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 52; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 53. Respecto del Derecho español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 146 y s.

[640] Vid., sobre estos supuestos, con mayores referencias, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 393 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 185 y s.; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 126.

hecho sigue en permanente o continua ejecución. Sin embargo, queda claro que el juicio de desvalor penal no puede tener en consideración la parte precedente del hecho permanente o continuado, pues su realización se hizo antes de la entrada en vigencia de la ley penal.

Las ideas precedentes han sido asumidas por el Tribunal Constitucional en el caso del delito de desaparición forzosa. Así concretamente señala que "*la garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*"[641].

No obstante, lo verdaderamente discutible del desarrollo hecho por el Tribunal Constitucional no es el principio general reconocido sobre la determinación de la ley vigente al momento del hecho en los delitos permanentes, sino que se haya considerado que el delito de desaparición forzosa tenga, en nuestro sistema penal, el carácter de un delito permanente. En efecto, el intérprete máximo de la Constitución señala que: "*(t)al es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. En consecuencia, si bien la figura típica de la desaparición forzada de personas no estuvo siempre vigente en nuestro ordenamiento, ello no es impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por este delito por hechos que hubieran tenido origen en una detención ocurrida antes de la entrada en vigencia de este delito en nuestro Código Penal, siempre que la permanencia del mismo, consistente en el desconocimiento del paradero de la víctima, persista hasta el momento en que el delito ya estaba contemplado en nuestro ordenamiento*"[642].

La Corte Suprema sigue el parecer desarrollado por el Tribunal Constitucional. En el Acuerdo Plenario N° 9-2009, se asume como pauta interpretativa vinculante del delito de desaparición forzosa la siguiente: "*El delito*

---

[641] STC N° 2488-2002- HC/TC del 18 de marzo de 2004, fundamento jurídico 26.
[642] STC N° 2798-04-HC/TC, del 9 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 22.

de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero (...) Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente -dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente-; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima -ésta "aparece"-, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general".

El artículo 320 del CP castiga como delito de desaparición forzosa al funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada. Si bien la desaparición forzosa se inicia con una privación de la libertad, lo central de este delito está en los actos que producen la desaparición del detenido. No se trata, por lo tanto, de una figura equiparable al secuestro, pues no se trata de mantener privado de la libertad a una persona, sino de desparecerlo. Cómo se ha realizado esta desaparición (normalmente la muerte), no es algo que requiera el tipo penal para su configuración, pero queda claro que no se trata de una acción que se lleva a cabo de manera permanente por el funcionario público. En este sentido, no cabe hablar de un delito permanente, sino de un delito instantáneo con resultado permanente[643] que aligera el objeto de prueba, de manera que se pueda castigar sin tener certeza sobre la muerte con el descubrimiento del cadáver.

La situación podría ser distinta si, como sucede en otros países, la tipificación del delito de desaparición forzosa estuviese centrado en una

[643] Una diferenciación que ha sido asumida expresamente en el Pleno Jurisdiccional de Ica de 1998 (Tema 2).

omisión del funcionario público de no suministrar información sobre el paradero del desaparecido, algo que, por lo demás, resultaría contrario al principio constitucional del *nemo tenetur* si es que es el mismo al que se le atribuye la desaparición. Pero, en cualquier caso, el tipo penal de desaparición forzosa no está configurado como un delito permanente[644], por lo que no cabe aplicar una ley penal no existente al momento de la realización de una conducta con la sola permanencia del resultado. Aplicar una ley penal posterior a la realización de la conducta que no es permanente, sino que produce un resultado permanente, por más que se intente sostener lo contrario por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, constituye una violación a la exigencia de la ley penal previa. Es tarea del legislador hacer el cambio de la configuración del tipo penal, no de los tribunales ordinarios o constitucionales.

Otro punto discutido es el referido a los supuestos en los que tiene lugar una sucesión de leyes penales durante la ejecución de un delito permanente o continuado, es decir, si durante la permanencia o continuidad del hecho delictivo se suceden distintas leyes penales. Lo primero que debe aclararse es si existe una sucesión de leyes penales en el tiempo, de manera tal que resulte aplicable la ley penal más favorable al reo. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el caso de un delito tributario continuado, señalando que: "*(c)uando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata*"[645]. En consecuencia, niega que en estos casos se presente un conflicto de leyes en el tiempo que deba resolverse con la aplicación de la ley penal más benigna, sino que la ley penal aplicable es la última norma vigente durante la ejecución del delito, sea más o menos favorable. El sentido de esta decisión no puede compartirse, pues queda claro que se trata de una misma conducta que ha tenido distintas valoraciones a lo largo de su realización, por lo que no hay motivo para seguir el mandato constitu-

---

[644] Vid., así también, Vélez Fernández, *La desaparición forzosa*, p. 133 y ss. De un parecer distinto, apoyado en el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en la sentencia antes referida del Tribunal Constitucional, Rivera Paz, *Una sentencia histórica*, p. 54 y ss., pero sin ninguna referencia a la estructura del tipo penal previsto en el artículo 320 del CP.

[645] STC N.° 0901-2003-HC/TC del 12 de mayo de 2003, fundamento jurídico 3.

cional de aplicar la ley penal más favorable. No se puede dar cabida a la ley penal intermedia más favorable y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de que se tenga en cuenta la ley más favorable en caso de un delito ejecutado permanentemente o de forma continuada.

III. La ley penal más favorable

Conforme a lo establecido por el artículo 6 del CP, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales se aplicará la ley penal más favorable al reo[646]. El supuesto del que parte el dispositivo acabado de citar es un conflicto de leyes penales en el tiempo, lo que precisa primeramente determinar cuándo tiene lugar semejante situación de conflicto. Constatada una situación de conflicto de leyes en el tiempo, el paso siguiente consiste en aplicar la ley penal más favorable, lo que requiere, a su vez, contar con criterios definidos para determinar cuál de las leyes penales en conflicto resulta la más favorable. Los pasos de este procedimiento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no se presentan, por lo general, con la sencillez de su formulación, sino que dan lugar a un conjunto de particularidades y aspectos problemáticos que serán analizados a continuación.

En relación con el tema de la retroactividad benigna se presentan diversas cuestiones que no se abordarán con mayor detenimiento, pero que caben mencionarse brevemente. Por un lado, se encuentra la cuestión referida a qué aspectos de la modificación legal alcanza el beneficio de la ley más benigna; esto es, si se limita a las disposiciones del Derecho penal material o si abarca también a las disposiciones de Derecho procesal penal, incluidas las disposiciones de ejecución de la pena[647]. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto señalando que la retroactividad benigna es aplicable solamente a la normativa penal sustantiva, pues la regla constitucional de la irretroactividad de la ley penal no admite la excepción de benignidad para las normas procesales y de ejecución penal[648]. Sin embargo, la regulación incorporada en el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal admite la posibilidad de una aplicación

---

[646] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 176; BELLO GORDILLO, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 66.

[647] Sobre esto vid., extensamente, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 272 y ss.

[648] STC N° 1300-2002-HC/TC del 27 de septiembre de 2003, fundamento jurídico 9; STC 01417-2008-HC/TC del 28 de noviembre de 2008, Fundamento Jurídico 5.

retroactiva de las leyes penales procesales referida a derechos individuales, siempre que fuese posible, lo que lleva a plantear si este nuevo escenario legislativo ha flexibilizado lo decidido por el Tribunal Constitucional o si cabe discutir la constitucionalidad de la referida regulación procesal. En el ámbito de la ejecución penal se cuenta igualmente con el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal que establece la aplicación retroactiva de la ley penitenciaria más favorable al reo, lo que resulta poco conciliable con lo establecido por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, se discute también la cuestión de si la retroactividad benigna alcanza tanto a las disposiciones de la parte especial como de la parte general, al supuesto de hecho como a las consecuencias jurídicas, a los presupuestos de punibilidad, etc.[649]. En principio, no hay ninguna objeción de fondo para limitar la aplicación de la retroactividad benigna a sólo algunos ámbitos de la normativa penal sustantiva, centrándose el debate, más bien, en la posibilidad de combinar las leyes penales en relación con estos aspectos. El tema de la combinación de leyes será abordado más adelante con mayor detalle.

1. El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto

Un conflicto de leyes penales en el tiempo solamente tiene lugar si ha existido efectivamente un cambio en la regulación penal vigente al momento del hecho, pues puede ser que una sucesión de leyes penales no necesariamente implique la creación de una situación jurídica distinta a la dispuesta en una ley penal anterior. Así sucede, por ejemplo, cuando las leyes penales que se suceden en el tiempo reproducen exactamente el injusto y la pena prevista, modificando otros aspectos de la ley. Tampoco puede hablarse de una sucesión de leyes penales en el tiempo cuando existe solamente un cambio jurisprudencial sobre la interpretación de una ley penal, tal como lo ha indicado expresamente el precedente vinculante establecido en las sentencias vinculantes R.N. Exp. N° 1550-2006-Piura y R.N. Exp. N° 1920-2006-Piura. En estos casos no se presentará ningún problema de aplicación temporal de la ley penal, pues no hay propiamente un conflicto de leyes penales en el tiempo.

Los conflictos temporales aparecen, más bien, cuando la ley penal vigente al momento del hecho no regula el delito o la pena de la misma ma-

[649] vid., con mayores detalles, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 272 y ss.

nera que la ley vigente durante el procesamiento penal o la ejecución de la pena. Esta pérdida de identidad puede tener lugar por una derogación de la ley vigente al momento del hecho o por una modificación de la misma. En el primer caso la conducta realizada quedará despenalizada, por lo que no podrá imponerse una pena al autor o ésta tendrá que extinguirse de pleno derecho si ya hubiese sido impuesta, tal como lo dispone el artículo 7 del CP. Por el contrario, en el caso de una modificación de la ley penal, la conducta seguirá siendo delito, aunque con un estatuto jurídico distinto, por lo que en estos casos habrá que aplicar la ley penal más favorable al reo. Si el proceso penal todavía no cuenta con una condena firme, el juez tendrá que aplicar la ley penal más favorable. Si el autor del delito está cumpliendo condena, podrá pedir la sustitución de la pena impuesta por una más benigna en función de la nueva ley penal más favorable. Esta excepción a la cosa juzgada no autoriza, sin embargo, al juez de la sustitución a cuestionar o no aplicar los criterios establecidos en la sentencia que impuso la pena con la ley penal anterior, sino simplemente a ajustar los criterios establecidos en la sentencia anterior al nuevo marco penal más favorable[650].

Para poder decidir cuándo la ley penal ha quedado derogada y cuándo ha operado sólo una modificación legal resulta necesario acudir al criterio de la continuidad del injusto (*Unrechtskontinuität*)[651]. Si existe una continuidad del injusto en la sucesión de las leyes penales, entonces solamente habrá tenido lugar una modificación de la normativa penal que no impide la imposición de una pena y el cumplimiento de la condena, respetando ciertamente el criterio de la ley penal más favorable[652]. Si esta continuidad no tiene lugar, entonces se habrá producido una despenalización, de manera tal que los casos cometidos durante la vigencia de la ley penal anterior dejarán de ser punibles[653]. Lo fundamental será entonces precisar cuándo existe una continuidad del injusto y cuándo no[654].

---

[650] Así lo ha dispuesto el Acuerdo Plenario N° 2-2005/DJ-301-A.

[651] En este sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 511; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 16. Críticamente ante el requisito de la continuidad del injusto, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 798; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 27; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 29 y ss.; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 10, en el sentido de que no cabe una sanción ni con el derecho antiguo ni con el nuevo; sólo excepcionalmente cabe condenar cuando la nueva regulación signifique una pura ampliación del anterior tipo penal.

[652] En este sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 204.

[653] Vid., así, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 509.

[654] Precisamente, por la falta de concreción, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 29, reprocha a este criterio ser tan vago que apenas permite deducciones seguras.

La jurisprudencia y doctrina alemanas antiguas interpretaron el requisito de la continuidad del injusto de una manera amplia, en el sentido de que para sancionar la conducta juzgada bastaba el hecho de que en la ley antigua y en la nueva esta conducta fuese punible[655]. Esta concepción amplia de la continuidad del injusto resulta, sin embargo, incompatible con la actual regulación jurídico-penal, pues la función garantista del Derecho penal determina una vinculación con los tipos penales y no sólo con las consecuencias jurídicas[656]. Una consideración genérica de la punibilidad de la conducta, significaría renunciar al carácter limitador de cada tipo penal. Por esta razón, la fundamentación del requisito de la continuidad del injusto debe de realizarse desde una perspectiva más garantista o, lo que es lo mismo, más ajustada al tenor de cada tipo penal.

En la doctrina penal no se ha discutido con mayor profundidad sobre el fundamento de la continuidad del injusto, si bien hay un acuerdo sobre la necesidad de que este criterio se mueva dentro de la función de garantía del principio de legalidad[657]. En este sentido, por ejemplo, Tiedemann construye la continuidad del injusto con base en la idea de la previsibilidad objetiva, según la cual si la modificación de la ley penal supera el marco objetivo de previsibilidad de lo punible, tendrá que negarse la continuidad del injusto y, en virtud de la protección de la confianza, habría que dejar al autor libre de pena. Si la nueva tipificación del injusto se mantiene, por el contrario, dentro de la función de garantía, entonces podrá aplicarse la nueva ley al hecho anterior, siempre que se trate de una ley más favorable[658]. Esta comprensión de la continuidad del injusto con base en su límite, a pesar de su innegable utilidad, resulta de alguna forma incompleta, puesto que deja de lado la fundamentación de la continuidad en si misma.

El requisito de la continuidad del injusto es el reflejo de la valoración social sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta.

---

[655] Vid., la mención a este criterio de interpretación en Tiedemann, *FS-Peters*, p. 203; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502. Actualmente la jurisprudencia alemana mantiene todavía un concepto amplio, el *fin de protección invariado*, que se constituye en centro de crítica por parte de la doctrina [vid., con detalle, Dannecker, *op. cit.*, p. 503 y ss. (espec. p. 507)].

[656] En este sentido, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

[657] Vid., Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 24 y s.; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

[658] Tiedemann, *FS-Peters*, p. 204. Sigue este planteamiento Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 507.

No cabe duda que un cambio de leyes penales significa un cambio de valoración respecto del carácter social del hecho. Sin embargo, hay que precisar cuándo se trata de un cambio de valoración sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta y cuando sólo una variación del contenido de tal valoración. Si se modifica solamente la parte referida a la sanción penal, el carácter defraudatorio del hecho tipificado se mantendrá completamente, con la única diferencia que se ha modificado la medida o forma de pena necesaria para restablecer la defraudación[659]. En estos casos habrá una continuidad del injusto. La situación adquiere contornos distintos si se modifican aspectos referidos al injusto que expresa la forma de conducta socialmente defraudatoria. Para precisar si en estos casos hay una continuidad del injusto, será necesario determinar si se trata de la misma expectativa normativa de conducta y si se abarca la misma forma de defraudación. Si se trata de una expectativa normativa distinta, como por ejemplo el cambio del delito de ofensa a Dios por el de renta usuraria, tan citado por la doctrina alemana[660], no se presentará una continuidad del injusto de ambos tipos penales, a pesar de que el hecho concreto pueda defraudar las expectativas de ambos tipos penales[661].

Tampoco se presentará una continuidad del hecho si la expectativa de conducta sigue siendo la misma, pero la forma de defraudación resulta siendo distinta. La determinación objetiva del injusto penal que realiza el legislador alcanza también a la forma de defraudación de la expectativa social[662], por lo que si se protege el mismo bien jurídico (la vigencia de la misma norma social), pero frente a otra forma de ataque, entonces no será posible hablar de una continuidad del injusto. Por ejemplo: no habrá continuidad del injusto respecto de una falsa declaración incorporada en un documento privado si es que el delito de falsificación ideológica se limita al instrumento público. Los cambios en el injusto penal, que implican una modificación de la forma de defraudación de la expectativa social, pueden presentarse de la siguiente manera:

---

[659] Así la opinión de que la variación de la pena no presenta mayores problemas en la continuidad del injusto, RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 9; SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 793.

[660] Por utilizar el ejemplo de SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 793, ampliamente extendido en la doctrina penal.

[661] Similarmente, pero con base en el concepto de bien jurídico, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 205 y ss., quien justamente encuentra dificultades de fundamentación para el caso de bienes jurídicos supraindividuales, por lo que necesita recurrir a la forma de ataque.

[662] En el mismo sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, 205 y s., con base en la acción lesiva y las formas de ataque del bien jurídico.

- *La ampliación de la forma de defraudación*: En este supuesto se amplía el ámbito del injusto penal, por lo que la continuidad del injusto se mantiene. Por ejemplo: si el medio de comisión de un delito que era solamente la violencia, se amplía también a la intimidación[663].
- *La sustitución de algún aspecto de la forma de defraudación*: En este supuesto la ley posterior sustituye algún elemento típico de la conducta. Para determinar si existe una continuidad del injusto, resulta necesario diferenciar si se trata de elementos cualificantes o constitutivos del tipo básico. En el primer caso, la identidad se mantiene respecto del delito base (por ejemplo, la agravación en el delito de tráfico de drogas por la calidad del agente de ser autoridad pública elegida por sufragio popular que ya no se incluye en el texto actual, modificado por el Decreto Legislativo 982), mientras que en el segundo caso no existe ya continuidad y, por tanto, debe considerarse la conducta impune (por ejemplo, si es que el delito contra la propiedad industrial dejase de estar referido a la marca para pasar a proteger únicamente el nombre comercial)[664].
- *La reducción de la forma de defraudación*: En caso que se limite la forma de defraudación de la expectativa de conducta, la continuidad del injusto solamente podrá afirmarse si es que se trata de injustos que reúnen los elementos incorporados en la ley penal posterior (por ejemplo, si el tipo penal exige que el daño tenga mayor entidad para que configure delito, solamente habrá continuidad respecto de los hechos que alcanzan dicha entidad)[665].

Un sector de la doctrina considera que la determinación objetiva de la continuidad del hecho resulta de alguna manera arbitraria y que incluso iría en contra del principio de culpabilidad[666]. Por otro lado, se presenta una interpretación más moderada que exige simplemente que la determinación objetiva de la continuidad del injusto se adapte –o cuando menos

---

[663] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 74.
[664] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 75.
[665] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 76.
[666] HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 30, afirma que el requisito de la continuidad del injusto va en contra del principio de culpabilidad, aun cuando intente limitarse a lo que resulta objetivamente previsible (parecer de TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 204).

no infrinja– al principio de culpabilidad[667]: No basta que exista una continuidad del hecho, sino que es necesario además que el autor haya actuado dolosa o culposamente en relación con la nueva ley penal, es decir, que la culpabilidad del autor debe estar referida también al nuevo tipo penal[668]. En nuestra opinión, esta observancia del principio de culpabilidad no es propiamente un elemento adicional a los criterios de determinación de la continuidad del injusto antes desarrollados, sino que se encuentra ya dentro de estos criterios. Como se sabe, el injusto (hecho) incluye también la parte referida al tipo subjetivo (imputación subjetiva), de manera que el dolo o la culpa deben fundamentarse igualmente en la nueva ley penal que mantiene una identidad material con la ley anterior. Respecto de la categoría de la culpabilidad, sucede prácticamente lo mismo, pues, como lo hemos indicado, la identidad del injusto significa mantener el carácter defraudatorio de determinadas formas de conducta, de manera que resulta necesaria la capacidad de poder defraudar expectativas normativas de conducta. Ya que el concepto de culpabilidad se estructura con base en la capacidad del autor de poder defraudar expectativas de conducta (titularidad del rol), puede decirse que la continuidad del injusto implica también la imputación culpable.

2. La aplicación de la ley penal más favorable

Si entre las leyes penales que se suceden en el tiempo tiene lugar una relación de continuidad del injusto (conflicto de leyes en el tiempo), el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política establece que se aplicará la ley penal que resulte más favorable al reo. Esta disposición jurídica es entendida, por lo general, como un derecho constitucionalmente reconocido del reo, sin entrar a buscar su racionalidad en la construcción del propio sistema penal. Sin embargo, y en la medida que el Derecho penal no puede quedar sometido a un decisionismo ciego al problema penal, resulta necesario que el mandato constitucional de la aplicación de la ley penal más favorable cuente con un fundamento jurídico-penal. Dado que existe consenso en la doctrina penal para considerar también la aplicación de la llamada ley penal intermedia, es decir, a la ley penal que rigió entre la ley penal vigente al momento del hecho y la vigente al momento de la senten-

[667] Así, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 514.
[668] En este sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 515.

cia, la labor de fundamentación debe ser lo suficientemente amplia como alcanzar a todas estas leyes penales.

La perspectiva preventivo-general, como ya se dijo, considera que la ley penal aplicable es la vigente al momento del hecho, pues es ella la que ha desplegado los efectos de motivación sobre el infractor de la norma penal. Está claro que, desde este punto de partida, resulta problemático justificar la aplicación de la ley penal posterior más favorable al reo, pues se trata de una ley que el autor no ha tenido en cuenta en su proceso de motivación o de decisión racional. Para poder justificar la aplicación retroactiva excepcional de la ley penal más favorable al reo, los defensores de la visión preventiva del Derecho penal recurren fundamentalmente a razones de carácter político-criminal que se superponen a la lógica de la motivación, o proceden a hacer un traslado de la cuestión a la llamada norma secundaria dirigida al juez. Veamos ambas variantes con mayor detenimiento.

Dentro de los que acuden a razones político-criminales para justificar la retroactividad benigna cabe mencionar a ROXIN. El Profesor Emérito de la Universidad de Munich señala que "*si el legislador al momento de la condena considera una conducta menos o en lo absoluto merecedora de pena, no tendría sentido político-criminal condenar al autor según un parecer ya abandonado*"[669]. Como puede verse, ya no es una razón derivada de la motivación la que permite recurrir a la norma posterior más favorable, sino otros criterios político-criminales de decisión impuestos al juez. Pero este cuestionable cambio de criterio que le resta, cuando menos, uniformidad a la ordenación de las reglas sobre la aplicación de las leyes penales en el tiempo, vuelve a relativizarse, una vez más, para justificar

---

[669] En este sentido, concretamente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 62; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 16; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, p. 195 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 699; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 823; BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 314; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 177. Considera esta fundamentación insuficiente, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 21. El Tribunal Constitucional Peruano ha asumido la perspectiva político-criminal en la STC Exp. N° 02283-2006-PH/TC del 11 de septiembre de 2007, en donde dice textualmente: "*Ello (esto es, la aplicación retroactiva de la ley penal), sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución)*".

la consideración de las leyes penales intermedias en la determinación de la ley penal más favorable, en tanto se acude al mandato legal, y no a una fundamentación preventiva o político-criminal; la aplicación de la ley penal intermedia se sustentaría en una especie de derecho adquirido durante la vigencia de dicha ley[670].

Otro sector de la doctrina, que se mantiene igualmente en una visión preventiva del Derecho penal, intenta fundamentar el cambio de criterio en la distinta naturaleza de las normas. Por ejemplo, SCHROEDER recurre a la llamada norma secundaria para sustentar que, al momento de la sentencia, deba regir la ley vigente en ese momento, dejándole a la norma primaria la función de permitir una aplicación de la ley solamente a hechos futuros[671]. Esta perspectiva ha sido desarrollada con mayor profundidad por DANNECKER[672], quien procura también interpretar las disposiciones del Código penal que regulan la validez temporal de la ley penal como una cuestión de la norma secundaria (dirigida al juez). Este autor tiene claro que la prohibición de retroactividad y el mandato de aplicación de la ley penal más favorable no se pueden explicar desde la norma primaria dirigida al ciudadano, por lo que sostiene que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no constituye una regla de validez (que sigue el principio de que la ley posterior deroga la anterior), sino una regla de aplicación judicial (*Rechtsanwendung*) que se dirige a los jueces y no a los ciudadanos[673]. DANNECKER le asigna al principio de irretroactividad de la ley penal un fundamento constitucional (de Derecho público) basado en la protección de la libertad ciudadana como derecho fundamental, mientras

---

[670] Respecto de la ley intermedia ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 63. Igualmente aceptan la aplicación de leyes intermedias favorables, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 29; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 23; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 6; BLANCO LOZANO, *CPC* 71 (2000), p. 292 y s; BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318. Una fundamentación convincente procura alcanzar DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 432 y s., desde la perspectiva de la recognoscibilidad objetiva del ciudadano de la ley penal, pero cuando enfrenta su solución al principio de igualdad, deja el problema sin responder (p. 433). Precisamente ya BERNER, *Wirkungskreis*, p. 55, se mostraba con base en estas ideas contrario a la aplicación de la ley intermedia más favorable por constituir una iniquidad. En razones no científicas, sino en sentimientos humanitarios, se apoyaba, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 157, para legitimar la aplicación de la ley penal intermedia más favorable.

[671] Vid., así, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 786. Similarmente, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 19 y s.; TIEDEMANN, voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2, utilizando los conceptos de norma de comportamiento y norma de sanción.

[672] DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 229 y ss.

[673] DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 253 y ss.

que jurídico-penalmente acepta como fundamento una visión preventivo-general del Derecho penal[674]. Pero para justificar la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, Dannecker recurre al principio de proporcionalidad y a los fines de la pena (merecimiento y necesidad de pena) que el juez debe observar[675].

Pese a los esfuerzos argumentativos de los planteamientos preventivo-generales, queda claro que la retroactividad benigna no se sustenta en una razón derivada de la función de motivación de las leyes penales, sino de otros criterios político-criminales o de decisión impuestos al juez. Pero aun cuando se pueda justificar con esta argumentación la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable, ésta no tendría por qué alcanzar a la ley penal intermedia más favorable, pues se trata de una ley que ni fundamenta una relación de motivación, ni se encuentra vigente al momento de la decisión del juez. Ante esta situación, se levanta la sospecha de si realmente no se está disfrazando con un ropaje político-criminal o de teoría de las normas, lo que en realidad no puede explicarse desde posturas preventivo-generales, es decir, si lo que en realidad sucede en estos casos es que la función de la pena se corresponde más con la ley vigente al momento de la condena que con la vigente al momento del hecho.

Para los que le asignan al Derecho penal una función de reparación o reestabilización no hay mayor problema en aceptar la aplicación de la ley penal posterior más favorable en lugar de la vigente al momento del hecho delictivo. Una pena solamente debe imponerse o seguir ejecutándose tal como se impuso, si es que la defraudación de la norma producida por el delito sigue siendo una perturbación social que requiere ser reestabilizada de la forma legalmente prescrita. Por lo tanto, si con posterioridad a la realización del delito la gravedad de la defraudación producida se reduce por cambios de valoración social, lo que habrá que hacer es aplicar la ley penal posterior más favorable. No es una valoración político-criminal lo que fundamenta este proceder, sino una consecuencia dogmática sobre el sentido y la finalidad de la pena. En este orden de ideas, la ley penal intermedia debe ser también considerada, pues si en determinado momento se asumió un estatuto más favorable para el autor del delito, la sociedad

---

[674] Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 267.

[675] Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 409 y ss. Estas ideas para fundamentar la aplicación de la ley más favorable, las expuso anteriormente Tiedemann, *FS-Peters*, p. 195.

debe mantener esa forma de restablecer la vigencia de la norma defraudada como garantía de objetividad, aun cuando los criterios de reestabilización sean luego otros.

3. La determinación de la ley penal más favorable

La determinación de la ley penal más favorable requiere diferenciar primeramente si se trata de una variación del hecho delictivo o de una variación de la consecuencia jurídica. En caso de que el hecho delictivo sea idéntico y sólo cambie la penalidad, se aplicará como ley más favorable la que tenga menor penalidad cualitativa (por ejemplo, la multa frente a pena privativa de libertad) o cuantitativa[676]. Si la variación tiene lugar en el ámbito del hecho delictivo habrá que establecer si se mantiene la identidad del injusto conforme a los parámetros antes explicados. Una vez afirmada la continuidad del injusto, deberá procederse a hacer un comparativo entre las leyes penales que se suceden para determinar cuál de dichas leyes resulta la más favorable al reo.

Para evaluar cuál ley penal es más favorable, debe tenerse en cuenta todos los aspectos penalmente relevantes del caso concreto. La doctrina penal es unánime al señalar que la determinación de la ley penal más favorable debe hacerse mediante una perspectiva de análisis del caso concreto, esto es, no mediante una comparación abstracta de los textos legales, sino mediante una referencia al caso concreto[677]. En el caso de leyes penales simples no hay mayores problemas, pues se trata de dispositivos jurídicos que contienen únicamente una descripción de la conducta delictiva y de la pena a imponer[678]. La situación se torna más complicada en el caso de leyes penales complejas (como, por ejemplo, un Código penal), en la medida que no se regula solamente la tipicidad de la conducta, sino aspectos generales del hecho punible que pueden tener incidencia en

---

[676] Estos supuestos no ofrecen mayores problemas como lo pone de manifiesto HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 43; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 12; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

[677] Originalmente, ABEGG, *Neues Archiv des Criminalrechts* 13 (1832), p. 492. En el mismo sentido, SOMMER, *Das »mildeste Gesetz«*, p. 74 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 77; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 24, 42; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 11; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 501; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 233; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 826; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 144; BLANCO LOZANO, *CPC* 71 (2000), p. 290; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 179 y s.; CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 245.

[678] Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 182.

la punición de la conducta. En este sentido, la determinación de la ley penal más benigna debe abarcar no sólo los aspectos relevantes contenidos en el tipo penal de la Parte Especial, sino también las disposiciones de la Parte General referidas tanto al hecho punible (por ejemplo, los plazos de prescripción), como a las consecuencias jurídicas del delito (por ejemplo, la suspensión de la ejecución de la pena). Como puede verse, no se trata de un procedimiento sencillo que se satisfaga con una simple comparación de los tipos penales.

La determinación de lo más favorable al reo ha encontrado cierta polémica en la doctrina penal en relación con leyes penales que contemplan tanto aspectos favorables como desfavorables para el reo. Mientras unos autores defienden la alternatividad de las leyes en conflicto, otros consideran más adecuado el llamado principio de combinación de los tipos penales[679]. En el fondo de esta discusión se encuentra la difícil delimitación entre la función creadora del juez y la exclusividad de la labor legislativa del legislador. Si lo más favorable al reo debe determinarse alternativamente o mediante una combinación, es algo que, según nuestro parecer, no debe responderse de manera general[680], sino en atención a la divisibilidad de las decisiones legislativas establecidas en la ley. Si se trata de leyes simples o complejas indivisibles, no cabrá más que la alternatividad, mientras que si los aspectos de una ley penal compleja resultan divisibles en varias decisiones legislativas, la combinación de decisiones legislativas de diversas leyes más favorables resultará posible[681]. La indivisibilidad de la regulación está en función de la estructuración de la ley penal, en el sentido de tratarse de elementos que definen conjuntamente el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. Veamos estas afirmaciones generales en la solución de supuestos específicos.

---

[679] Vid., sobre los extremos de esta discusión, Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318 y s.

[680] Como, por el contrario, lo hace el Acuerdo Plenario N° 2-2006-CJ-2006 a favor de la combinación de leyes y, por su parte, el voto en minoría en dicho acuerdo a favor de alternatividad estricta. Una solución general a favor de la alternatividad también fue asumida por el Código penal español de 1995, al establecer en su Segunda Disposición Transitoria que la determinación de la ley más favorable se hace con las normas completas de uno u otro código. Vid., al respecto, Serrano Gómez, *La prescripción del delito*, p. 120; Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 243 y s.

[681] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 182 y s. No obstante, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 836 se muestran críticos ante esta propuesta por no definir con precisión los criterios para hacer la distinción.

Las regulaciones complementarias más favorables: Muy discutido fue en nuestro país la constitucionalidad de una línea jurisprudencial que consideraba conforme con el principio de "lo más favorable al reo" la combinación de una norma para tipificar la conducta y otra norma para determinar los plazos de prescripción[682]. La doctrina penal se mostró en su momento muy crítica frente a este proceder de los tribunales, calificándolo como contrario a los principios informadores de nuestro sistema jurídico-penal[683]. Por nuestra parte, entendemos que resulta acertado rechazar la aplicación del principio de combinación en estos casos, pero no por una inconstitucionalidad general de cualquier forma de combinación, sino porque con este proceder el juez estaría configurando una nueva regulación sin atender a los criterios generales establecidos por el legislador. La prescripción de un delito se establece de forma indivisible con la conducta penalmente sancionada, pues el plazo de prescripción se determina con base en la pena prevista por el tipo penal correspondiente. En consecuencia, la indivisibilidad de la regulación penal impide la combinación de leyes favorable al reo.

- *La pluralidad de consecuencias jurídicas del delito*: Otro supuesto en el que se discute sobre la procedencia o no de una combinación

---

[682] Vid., así, las sentencias de la Corte Suprema, Exp. N° 662-92 Lima de 5 de mayo de 1993 (*RPCP* 4, p. 751 y ss.) y Exp. N° 4882-98 Ancash de 26 de abril de 1999 [Revista peruana de jurisprudencia, 1 (1999), p. 316 y s.]. Limita la línea jurisprudencial que admite el principio de combinación, la sentencia de la Corte Suprema Exp. 2476-98 Lima de 20 de noviembre de 1998. Rechaza expresamente la posibilidad de combinar leyes en estos casos el voto en minoría en el Acuerdo Plenario N° 2-2006.

[683] Vid., en este sentido, CARO JOHN, *RPCP* 4, p. 733 y ss. Este autor ha vuelto a publicar sus ideas, con nuevas referencias, en un libro que recoge diversos artículos suyos (*Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010), en el que me cita como un autor que se limita solamente a cuestionar la constitucionalidad de la combinación de leyes porque el juez estaría creando una nueva regulación (*lex tertia*). Esta cita, además de dar la impresión falsa de que soy contrario ante toda forma de combinación de leyes (ya en la primera edición de mi libro de *Derecho penal económico*, Parte General del 2003, que es el que el referido autor cita, indiqué expresamente que no podía rechazarse, en general, una combinación de leyes penales), no es exacta en cuanto a que el rechazo que hago –reitero: en ciertos casos– de la combinación de leyes, se sustente en su inconstitucionalidad, pues textualmente puse de manifiesto que dicho rechazo no se debe a una inconstitucionalidad general de cualquier forma de combinación. La razón del rechazo está en la indivisibilidad de determinada regulación penal compleja (lo que se puede apreciar claramente en la primer edición de este libro, p. 170), por lo que el juez no puede configurar una nueva regulación sin atender a este criterio legislativo de la indivisibilidad de la regulación.

de leyes, tiene lugar cuando los tipos penales prevén diversas consecuencias jurídicas (penas principales, accesorias, consecuencias accesorias) que, por un lado, agravan la situación y que, por otro, la atenúan. Ante este problema la doctrina penal se encuentra dividida. De un lado, un sector señala que debe hacerse una determinación alternativa estricta, en el sentido de considerar como más favorable en conjunto la ley antigua o la ley nueva[684]. De otro, se presenta una posición que entiende que cabe una consideración individualizada de cada consecuencia jurídica para precisar cuál es más favorable[685]. Este segundo método de determinación es el más adecuado, en tanto permite diferenciar cada consecuencia jurídica desde su legitimación particular, lo cual constituye parte de la función atribuida a los tribunales. Esta consideración individualizada de las consecuencias jurídicas permite, por otra parte, reconocer que la ley más favorable se determina solamente en las penas principales y accesorias, pero no en las consecuencias accesorias y las medidas de seguridad. Si bien nuestra legislación penal no niega expresamente la posibilidad de aplicación retroactiva de medidas de seguridad más benigna, resulta indiscutible que su imposición se determina con base en intereses sociales predominantes (artículo VIII del Título Preliminar del Código penal) y, por ello, no se vincula al principio de lo más favorable al reo[686].

4. Los efectos de la aplicación de la ley más favorable

La aplicación de la ley penal más favorable tiene efectos diversos según el momento en el que se encuentre la imposición de la sanción penal. Si la sucesión de leyes se produce durante la sustanciación del proceso penal, el juez penal tendrá que utilizar la más favorable al momento de establecer la sanción correspondiente al delito cometido. Si la sucesión de leyes penales se produce una vez que la pena ya ha sido impuesta por el juez, la ley posterior más favorable producirá el efecto de ajustar la conducta impuesta a la nueva regulación penal más favorable mediante un pronunciamiento

---

[684] En este sentido, Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 12.

[685] Vid., así, Sommer, *Das »mildeste Gesetz«*, p. 92 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 78; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 45; Eser, en Schönke/ Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 34; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

[686] Vid., en relación con el Derecho español, Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, PG, p. 141.

judicial. Así, en concreto, el artículo 6 segundo párrafo del CP dispone que 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.

IV. La vigencia temporal en el caso de leyes penales especiales

1. Las leyes penales temporales

A. Concepto

Resulta usual encontrar como punto de partida para la explicación de las leyes temporales (*Zeitgesetze*), su oposición frente a las llamadas leyes duraderas (*Dauergesetze*)[687]. Ya que las leyes duraderas están pensadas para tener una vigencia indefinida, las leyes temporales se equiparan a aquellas leyes que tienen como objetivo conseguir un determinado resultado específico (*Maßnahmegesetze*). Esta equiparación resulta, sin embargo, incorrecta por dos razones: en primer lugar, porque las leyes que toman medidas con base en una finalidad específica no tienen necesariamente un plazo de vigencia determinado o determinable, ya que su vigencia dependerá de la obtención o no del objetivo planteado; y, en segundo lugar, porque toda ley, incluso la llamada duradera, tiene siempre una condicionalidad temporal[688]. En este sentido, el criterio de identificación de las leyes temporales no es la durabilidad o no de la regulación, sino el hecho de que el legislador haya planteado un determinado tiempo de vigencia para la ley, luego del cual dejará de ser aplicable a nuevos casos[689]. Siguiendo esta idea, el artículo 8 del CP establece que las llamadas leyes temporales se caracterizan efectivamente por tener un plazo de vigencia determinado[690].

---

[687] Vid., así, la referencia a esto, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445.

[688] Vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 74.

[689] En este sentido, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 446.

[690] En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. En relación con el Derecho penal alemán, distinguiendo las leyes temporales de otras leyes que pueden ser definidas por el tiempo (*Maßnahmegesetze* y *Gelegenheitsgesetze*), HASSEMER, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 201 y ss. (espec. p. 203).

B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales

El artículo 8 del CP establece que las leyes penales temporales se aplicarán a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigencia al momento de sentenciar[691]. Como puede verse, esta regulación jurídica admite una excepción al principio general que establece que en caso de derogación de la ley penal, procede absolver al autor[692]. Como hasta ahora lo hemos venido explicando en la exposición, es necesario dar a esta disposición legal un fundamento jurídico-penal, para lo cual puede recurrirse nuevamente a las dos perspectivas que se encuentran en disputa: la perspectiva de la motivación y la perspectiva de la reestabilización.

Desde la lógica de la prevención las leyes penales temporales se entienden bajo la perspectiva del autor y su proceso de motivación. Para evitar que estas leyes temporales pierdan su autoridad, resulta necesario confirmar la seriedad de la amenaza penal, aun cuando ya no rijan justamente porque su plazo de vigencia ha expirado[693]. Si la ley penal dejase de aplicarse luego de un plazo determinado, el autor podría cometer un delito durante la última fase de duración de la vigencia de la ley, con la certeza de que luego no podrá ser sancionado con la ley penal infringida porque ya no estará vigente al momento de la sentencia[694]. En este sentido, es necesario asegurar la aplicación de la sanción prevista aún después de transcurrido el plazo de vigencia de la ley[695]. Sin embargo, a esta argumentación podría preguntársele por qué no valen aquí las razones político-criminales que se han esgrimido para fundamentar la retroactividad benigna[696]. Si la conducta del autor ya no es,

---

[691] Vid., con mayores detalles, GARCÍA CANTIZANO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. Igualmente en el Derecho penal alemán, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 62.

[692] Pero no se trata de una excepción al principio de aplicación de la ley más favorable (así, por ejemplo, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66), sino al principio de que las infracciones a una ley derogada no requieren ser reestabilizadas.

[693] Vid., en este sentido, la fundamentación de los efectos de la ley temporal con base en la autoridad de la ley, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 47; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 14. Críticamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 63.

[694] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; ESER, en Schönke/ Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 36; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 237; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 892.

[695] Por esta razón, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66, señala que el autor que ha infringido una ley penal sólo puede salir beneficiado de un cambio de valoración político-criminal, pero no de un cambio de las circunstancias fácticas o económicas.

[696] Por ello, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 198, critica esta fundamentación de la ley temporal, por constituir una exageración de la perspectiva preventivo general. En el mismo sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 235.

por la razón que sea, considerada delictiva al momento de la sentencia, no habrá motivo para hacer efectiva la sanción. De alguna manera, parecería que en estos casos se estaría actuando con una cierta arbitrariedad respecto del uso de las llamadas razones "político-criminales".

La interpretación restabilizadora, por el contrario, entiende las leyes temporales como todavía vigentes para el enjuiciamiento de casos antiguos, de manera que sólo han perdido virtualidad para regular nuevos supuestos[697]. En este sentido, las conductas realizadas durante el plazo de vigencia plena de la ley temporal siguen constituyendo un conflicto actual y requieren, por tanto, de una solución jurídica[698]. La ley temporal tiene, en este sentido, una vigencia relativa al momento de sentenciar, en tanto se mantiene la necesidad de reestabilizar las expectativas defraudadas de los casos antiguos. Si las leyes temporales se considerasen absolutamente derogadas, no podría alegarse razón alguna para una aplicación retroactiva, más aún si con ellas se criminalizan conductas, como es aquí el caso. Por estas razones, resulta más conveniente entender que las leyes penales temporales están (parcialmente) vigentes al momento de la decisión, pues existe todavía la necesidad social de restablecer la vigencia de las expectativas defraudadas en los casos antiguos. En nuestra opinión, ésta es la interpretación más adecuada de las leyes temporales.

C. El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales

La doctrina penal clasifica las leyes penales temporales en dos grupos con la finalidad de decidir si se aplican a ambos grupos las mismas reglas de vigencia temporal[699]. Por un lado, se reconocen las llamadas *leyes temporales en sentido estricto*, las cuales se caracterizan por tener un plazo de vigencia establecido expresamente mediante fechas-calendario o la designación de un suceso temporal específico (como una guerra, una epidemia, etc.)[700]. Respecto de estas leyes penales existe completa unanimidad en la

[697] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 62; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445. En contra, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 47.

[698] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 63. En el mismo sentido, aunque con distinta fundamentación, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 97.

[699] Crítico frente a los criterios clasificatorios de la doctrina penal, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 50.

[700] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65. Esta fijación del plazo se puede hacer desde un principio o mediante una norma jurídica posterior (vid., así, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 37). En nuestro país, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 236, califica a estas leyes no como temporales, sino como excepcionales.

doctrina para considerarlas dentro del concepto de leyes temporales[701], lo que en nuestro Derecho positivo significa estar incluidas en el artículo 8 del CP. La controversia surge frente a las llamadas *leyes temporales en sentido amplio*, pues en estos casos su provisionalidad sólo puede determinarse mediante la consideración del contenido y el fin de la regulación –esto es, mediante una labor de interpretación[702].

Dos cuestiones generales se discuten especialmente sobre la interpretación amplia de las leyes temporales. El primer punto de división está referido al tratamiento de las llamadas leyes penales temporales en sentido amplio. Mientras un sector acepta aplicar la regulación de las leyes temporales también a las que lo son en un sentido amplio[703], otro sector considera que la vigencia de la ley no puede establecerse en función de la determinación del contenido y el fin de la regulación[704]. El principal fundamento para rechazar la equiparación de las leyes penales temporales en sentido estricto con las leyes penales temporales en sentido amplio es su incompatibilidad con el principio de legalidad[705].

El segundo punto de discusión se presenta dentro del sector doctrinal que acepta tratar como leyes temporales a las que lo son en sentido amplio. Por un lado, una tendencia doctrinal defiende una interpretación restrictiva que sólo admitiría como leyes temporales en sentido amplio aquéllas que están referidas a circunstancias especiales o excepcionales condicionadas por el tiempo, de manera que con la desaparición de estas circunstancias especiales, las leyes penales quedarían sin objeto de regulación (por ejemplo, un proceso de integración económica)[706]. Esta interpretación de las llamadas leyes temporales en sentido amplio, precisa además que debe tratarse de una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no de un cambio en la valoración jurídica de los hechos, pues en este últi-

---

[701] Vid., en este sentido, respecto del Derecho penal alemán, TIEDEMANN, Voz: Zeisgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 37.

[702] Vid., TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 198; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 30.

[703] Cfr., por todos, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 37.

[704] En este sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 200 y ss. (espec. pp. 200, 207); JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 51 y ss.; RÜPING, *NStZ* 1984, p. 451; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 448 y s.

[705] Así, expresamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 65.

[706] Así, el parecer de ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 37; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 15; TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 33.

mo supuesto lo que resulta aplicable es lo más favorable al reo y, por tanto, habría que proceder a la absolución del autor[707]. En tanto se trata de una cuestión de interpretación, deben utilizarse criterios restrictivos y sólo aceptar los casos en los que existe una clara referencia a sucesos especiales condicionados temporalmente[708].

Frente a la interpretación restrictiva de las leyes temporales en sentido amplio, se presenta un parecer más extensivo que incluye dentro de las leyes temporales no sólo los casos de leyes que tienen como objeto circunstancias fácticas especiales condicionadas por el tiempo, sino también las que regulan todo tipo de relaciones fácticas cambiantes (por ejemplo, las condiciones del mercado). A este último parecer, utilizado sobre todo por algunas sentencias de la jurisprudencia alemana[709], se le reprocha hacer uso de criterios tan generales que prácticamente no permiten diferenciar las leyes temporales de las leyes duraderas, pues, como ya lo hemos dicho, toda ley tiene en cierta forma una condicionalidad temporal[710]. La ley temporal debe ser solamente aquélla que desde su formulación dependa de modo especial de una circunstancia transitoria y, por ello, presente desde el principio un carácter excepcional[711].

Nuestro parecer coincide con una interpretación limitada de las leyes temporales, en la medida que con estas leyes penales se realiza una actividad criminalizadora que permite imponer una sanción penal a casos antiguos, aunque la ley penal ya no tenga vigencia al momento de la sentencia[712]. El punto más cuestionable de nuestra interpretación se encuentra en el hecho de excluir de las leyes temporales las llamadas leyes temporales en sentido amplio (interpretadas extensiva o restrictivamente). El Código penal en su artículo 8 dice que las leyes penales son aquéllas que están destinadas a regir por un tiempo determinado, lo que parecería abarcar

---

[707] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 39.

[708] En este sentido, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 279; HASSEMER, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 203 ys.

[709] Vid., la referencia en TIEDEMANN, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 442 y s.

[710] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 64; KUNERT, *NStZ* 1982, p. 276; TIEDEMANN, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

[711] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 64.

[712] Así TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 201 y s.; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 30; RÜPING, *NStZ* 1984, p. 451.

también las leyes temporales en sentido amplio. Sin embargo, para poder decidir esta cuestión, resulta necesario determinar si un criterio material basta para calificar una ley penal como temporal o si siempre resulta necesaria la fijación concluyente de un término de duración.

Un sector de la doctrina penal, basado en algunas decisiones de los tribunales alemanes[713], pretende encontrar un criterio material de diferenciación mediante la distinción entre la variación de las circunstancias fácticas o económicas y la variación de los criterios de valoración. Las leyes temporales son aquéllas que suponen una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no una variación del parecer jurídico, pues ninguna ley puede pretender tener siempre la misma valoración jurídica[714]. Otro sector, por el contrario, se muestra escéptico ante la idoneidad de tal criterio de distinción, pues en la práctica legislativa resulta prácticamente imposible distinguir cuestiones referidas a lo fáctico y cuestiones referidas a lo jurídico-valorativo[715]. Con este último parecer doctrinal hay que convenir que una separación de los aspectos fácticos y los jurídicos resulta muy difícil de materializar, ya que el cambio de las situaciones fácticas lleva consigo también una modificación en el objeto de referencia de la valoración jurídica. En este sentido, pretender que haya cambios solamente fácticos, sin cambios valorativos, resulta ingenuo[716]. Una ley penal promulgada en un momento de crisis económica con la finalidad de hacer frente a las dificultades que están unidas a tal crisis, deja de tener vigencia no sólo porque ha pasado fácticamente la situación de crisis, sino también porque el gobierno ya no la *estima* necesaria[717]. Ni siquiera las leyes temporales en sentido estricto podrían sustentarse sólo en una cuestión fáctica, pues el hecho de que estén sujetas a un plazo de vigencia determinado (hecho fáctico) ha dependido de una decisión valorativa del legislador (fijación de

---

[713] Vid., este desarrollo jurisprudencial, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 437 y ss.

[714] En este sentido, por ejemplo, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 66; Eser, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 39.

[715] Tiedemann, *FS-Peters*, p. 199; Kunert, *NStZ* 1982, p. 276; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, pp. 235, 448. Advierte el problema de este criterio, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 47 y s.

[716] En este sentido resultan acertadas las apreciaciones de Tiedemann, *FS-Peters*, p. 198 y ss.

[717] Vid., así, por ejemplo, Schmidt, *SJZ* 1949, p. 668, en referencia a la ley de simplificación de la legislación penal económica de 1949, se mostraba crítico al establecimiento de un plazo de vigencia (31.03.50), pues entendía que en esa fecha con seguridad aún sería necesario mantener la vigencia de la mencionada ley penal. En este sentido, una ley temporal necesita no sólo de un plazo de vigencia, sino de una necesidad de su vigencia en el tiempo mencionado.

un plazo). Por lo tanto, las leyes temporales no pueden definirse con simples criterios materiales sin una fijación del plazo hecha por el legislador (de manera calendaria, o mediante hechos temporales). Una ley temporal necesita siempre de una decisión formal, por lo que *sólo las leyes temporales en sentido estricto son tales.*

2. Las leyes penales en blanco

Los criterios de ordenación de la vigencia temporal de las leyes penales se presentan controvertidos cuando la modificación de la ley penal no se lleva a cabo de manera directa, sino por una vía indirecta[718]. En este apartado, vamos a centrarnos en los casos en los que la modificación se hace a la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco[719]. Si bien en la doctrina se acepta, en principio, la aplicación de la ley más favorable también en caso de modificación de la normativa extrapenal de remisión de una ley penal en blanco[720], se discute sobre sus presupuestos y los casos en los que podría afirmarse el carácter temporal de la ley en cuestión, de manera tal que en este último supuesto tendría que observarse las reglas especiales de aplicación temporal de las leyes penales temporales.

A. La ley penal en blanco más favorable

En la doctrina penal actual se encuentra extendido el parecer de que la modificación de la normativa de remisión de leyes penales en blanco permite también la aplicación de la ley más favorable al reo, pues en estos casos de alguna manera se produce también una modificación del tipo penal[721]. Sin embargo, se reconoce que no toda modificación de la nor-

---

[718] En este sentido, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 33.

[719] Otros casos de remisión indirecta tiene lugar en relación con los tipos penales abiertos, los elementos normativos del tipo que recurren a criterios de valoración jurídicos y, por tanto, dependiente de un contexto normativo extrapenal, o los actos concretos de la Administración a los que está referido el tipo penal. Sobre estos supuestos, vid., DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 465 y ss.

[720] Así en nuestro ámbito nacional, el parecer de VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 170 y s.

[721] En este sentido, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8a; KUNERT, *NStZ* 1982, p. 277; TIEDEMANN, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; EL MISMO, *Einführung*, p. 80; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 471. En el mismo sentido se presenta la jurisprudencia de los tribunales españoles, como lo pone de relieve, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 80 y ss.

mativa extrapenal significa una modificación de la ley penal en blanco que traiga consigo la consideración de la ley más favorable. Si la modificación de la normativa extrapenal deja intacto el fin de protección y la forma de ataque de la ley penal en blanco, no se tratará propiamente de una modificación relevante de la disposición penal[722]. Como puede verse, la doctrina trae al ámbito de las leyes penales en blanco la teoría de la continuidad del injusto.

En una línea diferenciadora se mueve también el criterio desarrollado por JAKOBS, según el cual para determinar si procede la aplicación de la normativa extrapenal más favorable para la determinación del delito, es necesario diferenciar si se trata de una ley penal en blanco que asegura la obediencia de la norma complementaria o que asegura el efecto de la regulación que persigue la normativa extrapenal de remisión[723]. Dentro del primer supuesto podría entrar, por ejemplo, el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243A del CP si es que los requisitos legales omitidos no se exigen posteriormente en una nueva regulación administrativa. Si la conducta delictiva depende de la omisión de requisitos que la nueva normativa administrativa ya no impone, deberá considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune su conducta. En el segundo grupo de leyes penales en blanco podrían encontrarse aquellos casos en los que la ley penal sólo asegura un efecto de la regulación extrapenal. Si bien la normativa extrapenal, sobre cuyos efectos se configura la ley penal en blanco, deja de estar vigente, esto no afectará la responsabilidad penal del autor en el sentido de una derogación de la regulación extrapenal de remisión[724]. Un ejemplo de esta ley penal en blanco es el delito de defraudación tributaria, en tanto la

---

[722] Vid., en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 25; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 65; ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26; SILVA SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 715 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 47 y ss.

[723] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 70 y ss. Sigue este criterio, RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8a y 8b, señalando que en el fondo las normas jurídicas que complementan leyes penales se diferencian de aquéllas que se refieren a elementos normativos del tipo penal. Considera que el criterio de Jakobs es similar al basado en la continuidad del injusto, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26. Críticamente ante este criterio diferenciador, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 36, por considerarlo demasiado vago e innecesariamente complicado y que finalmente en los casos concretos resulta difícil de separar.

[724] Con mayores ejemplos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 90 y s., negando la existencia propiamente de una sucesión de leyes.

punición se rige por la deuda tributaria tal como existe o se origina en el momento del hecho[725]. En estos casos, la modificación de las leyes tributarias de remisión no significa propiamente una modificación de la ley penal en blanco que lleve consigo la impunidad del autor por el delito cometido sobre los efectos de la anterior regulación tributaria[726]. Sólo si la pretensión tributaria del Estado deja de tener fundamento en la nueva regulación, podría aplicarse lo más favorable al reo y declarar la impunidad de su conducta.

Frente al parecer diferenciador basado en la continuidad del injusto o en el fin de protección de la ley penal en blanco, se presenta la interpretación de TIEDEMANN, para quien una modificación de las leyes extrapenales de remisión que no se agote en meras cuestiones técnicas lleva necesariamente a una modificación de la ley penal en blanco[727]. Precisamente respecto del delito de defraudación tributaria, afirma este autor que no debe interesar si la pretensión tributaria surgida con la legislación tributaria anterior se mantiene también en la nueva regulación tributaria. TIEDEMANN fundamenta su posición con base en una separación de la regulación jurídica tributaria frente a la penal, en el sentido de que no interesa si tributariamente el Estado mantiene o no la pretensión de cobro de la deuda tributaria, sino solamente el hecho de que con base en la nueva regulación tributaria a la que se remite la ley penal en blanco el hecho realizado ya no constituye una conducta punible[728]. Si la acción delictiva lesionó un interés penalmente protegido y éste sigue estando lesionado porque se mantiene la pretensión de cobro del Estado, no afecta la aplicación jurídico-penal de lo más favorable (declarar la impunidad). La aplicación de la ley penal favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de

---

[725] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c.

[726] En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 114 y s.

[727] TIEDEMANN, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4. Mantienen una posición similar a la de Tiedemann, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 37 y ss.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 493.

[728] Vid., con mayor detalle, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 84; EL MISMO, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4, que ciertamente acepta que para poder hablar de una modificación y, por tanto, ver la ley más favorable, se requiere de algo más que una simple modificación de la cuantía de tasas o mínimos no imponibles; se requiere un cambio de valoración. Sobre la posibilidad de aplicación retroactiva de las leyes complementarias en el delito fiscal español, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 305 y s.

determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada a la lesión del bien jurídico[729].

Por nuestra parte, coincidimos con el parecer de Jakobs, en la medida que permite distinguir los casos en los que la ley penal resulta realmente modificada y los casos en los que la modificación de la normativa extrapenal no produce un efecto cambiante en las penales. Pero con independencia de si se asume una postura más o menos estricta en la modificación de las leyes penales en blanco, lo cierto es que si se acepta -de manera más o menos amplia- que la modificación de la normativa extrapenal produce también una modificación en la ley penal en blanco, la consecuencia lógica de ello será la aplicación de lo más favorable al reo y, por tanto, la impunidad. Sin embargo, frente a este parecer se levanta la objeción de que las leyes penales en blanco que se remiten a normas extrapenales temporales pueden ser también leyes temporales, de manera que a su modificación no le debe alcanzar el principio de determinación de lo más favorable al reo. Veamos a continuación las interrogantes que suscitan tal consideración.

B. La ley penal en blanco como ley penal temporal

El punto de partida para resolver la cuestión planteada consiste en precisar si las leyes penales en blanco, en razón del carácter cambiante de la normativa extrapenal de remisión, son leyes temporales. En caso de llegar a una respuesta afirmativa, una modificación relevante de la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco no tendría que llevar consigo la aplicación de la ley penal más favorable, sino que la normativa extrapenal anterior seguiría rigiendo para los casos antiguos. Si, por el contrario, se trata de leyes ordinarias, entonces habrá que aceptar, de ser el caso, la aplicación de la ley más favorable y proceder a una absolución.

Ya hemos indicado que la ley temporal no sólo se caracteriza por estar referida a circunstancias especiales de carácter temporal, sino que es necesaria además la decisión del legislador de establecer un plazo de vigencia. En este sentido, solamente las llamadas leyes penales temporales en sentido estricto pueden formar parte del tipo de leyes reguladas en

[729] Vid., Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4 y s.

el artículo 8 del Código penal. Con base en estas consideraciones, puede afirmarse que si una ley penal en blanco está sujeta a un tiempo de vigencia debido a un plazo fijado expresamente para la normativa extrapenal de remisión, no habrá ningún inconveniente en considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales previstos[730]. Esta afirmación ha producido, sin embargo, un enfrentamiento en la doctrina penal sobre todo para el caso del delito de defraudación tributaria, en el que existe una vinculación con leyes tributarias de carácter temporal (especialmente en el impuesto a la renta).

Por un lado, se presenta una interpretación del delito de defraudación tributaria en el sentido de considerarlo un tipo penal autónomo y que, por tanto, no constituye una ley penal en blanco[731]. Por otro lado, se encuentra la doctrina mayoritaria que califica al delito de defraudación tributaria propiamente como una ley penal en blanco, centrándose la discusión, más bien, en si se trata de una ley temporal o no. Un sector doctrinal considera que, en principio, la defraudación tributaria constituye una ley temporal cuando la legislación tributaria de remisión está pensada para regir durante un período determinado (tributación por períodos), de manera que trascurrido dicho período no tendría por qué perder la capacidad de juzgar los casos antiguos[732]. Frente a este parecer se encuentra la opinión defendida fundamentalmente por TIEDEMANN, en el sentido de limitar a sólo muy pocos casos el carácter de ley temporal en el delito de defraudación tributaria[733]. Si bien la regulación tributa-

---

[730] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 66. Por el contrario, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 36, entienden que en las leyes penales en blanco resulta por lo general imposible establecer expresamente un plazo de vigencia, de manera que difícilmente pueden configurar leyes temporales.

[731] Vid., en este sentido, RÜPING, *NStZ* 1984, p. 451: la ley penal (defraudación tributaria) sólo se remite al Derecho tributario para determinar el origen y monto de la deuda tributaria, de manera que un cambio de contenido en las leyes tributarias debe también tener efecto en la determinación de la ley penal.

[732] Así, fundamentalmente, FRANZHEIM, *NStZ* 1982, p. 137 y s.; PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281. Por su parte KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278, señala que no puede hacerse una afirmación general sobre el carácter temporal del tipo penal de defraudación tributaria, sino que este carácter depende de la regulación tributaria específica; en este sentido, sólo una consideración individualizada permite determinar si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco temporal, lo cual debe hacerse con una valoración *ex ante* de la específica legislación tributaria (del impuesto a la renta, a las ventas, etc.).

[733] Cuando menos para los casos del impuesto a la renta y el impuesto a las corporaciones, pues en impuestos en los que se persigue un determinado objetivo político-fiscal, puede

ria puede recurrir a una tributación por períodos –dice este autor–, esto no afecta la validez temporal del Derecho penal, pues no se trata de una regulación vinculada al tiempo, sino de una técnica de liquidación que recurre a períodos de tiempo para un mejor control y organización de la recaudación tributaria[734].

Los argumentos expuestos muestran que la discusión doctrinal parece haberse centrado en el criterio material de una ley penal temporal, es decir, en su condicionalidad temporal. Sin embargo, como ya lo hemos mencionado anteriormente, no basta la existencia de tal condicionalidad para hablar de una ley penal temporal, sino que además es necesario el establecimiento de un período de vigencia por parte del legislador (de manera directa o indirecta). La argumentación de Tiedemann parece orientada a demostrar que, a pesar incluso del establecimiento de un período de vigencia por parte de la ley tributaria complementaria, falta en muchos casos la base material para considerar la ley penal en blanco como una ley temporal, pues se trata de una cuestión de técnica legislativa y no propiamente de una condicionalidad temporal. Sólo cabría una ley penal temporal si el objeto de regulación tuviese lugar en un único o en pocos períodos determinados[735].

Por nuestra parte, consideramos, por el contrario, que es posible afirmar el carácter de ley temporal en el caso de delitos tributarios cuya norma tributaria de remisión tiene una vigencia temporal determinada[736]. Como el propio Tiedemann lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal[737], de manera que resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. En este sentido, el elemento decisivo resulta el criterio formal de un plazo de vigencia establecido por el legislador. Si el legislador ha fijado expresamente, por vía directa o indirecta, un plazo de vigencia, no habrá ninguna razón de fondo para negar el carácter temporal de esta ley penal. Sólo en caso de que se trate de un cambio de la identidad de la sociedad en el sector de la recaudación

---

presentarse una ley temporal. Vid., con mayor profundidad, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 40 y ss.; Tiedemann, *Einführung*, p. 84.

[734] Vid., con mayor detalle, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

[735] Vid., en este sentido, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

[736] En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 117.

[737] Cfr., Tiedemann, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

tributaria (por ejemplo, una derogación del impuesto), pueden declararse impunes los casos antiguos de defraudación[738]. Precisamente para estos casos resulta aplicable la última parte del artículo 8 del Código penal que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos[739].

[738] Similarmente, PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281.
[739] Vid., similarmente, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278.

LECCIÓN 6
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

I. Introducción

La existencia de Estados con sus propios ordenamientos jurídicos lleva necesariamente a la conclusión de que el ámbito de vigencia espacial de cada ordenamiento jurídico no puede ser universal[740]. En este sentido, se requiere de una delimitación del ámbito espacial sobre el cual resulta aplicable una ley penal[741]. Para determinar hasta dónde se puede aplicar el Derecho penal interno de un Estado, se han desarrollado un conjunto de criterios agrupados bajo el nombre de *Derecho penal internacional*[742]. No obstante, si bien se usa el predicado de internacional, no se trata de un Derecho entre Estados[743] y ni tan siquiera de un Derecho de colisión como el Derecho internacional privado, pues no pretende solucionar los conflictos entre diversos Estados por el ejercicio del poder estatal[744]. El Derecho penal internacional[745] agrupa, más bien, los diversos criterios que, conforme

---

[740] Una pretensión de vigencia universal mantenía BINDING, *Handbuch*, I, p. 372.

[741] Vid., así, VOGLER, *FS-Grütner*, p. 150.

[742] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 1. Crítico frente a la denominación de Derecho penal internacional en oposición al Derecho internacional penal, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 271 y s.

[743] Vid., CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 255 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 195.

[744] Mantiene una visión del Derecho penal internacional como Derecho de colisión, SCHULTZ, *GA* 1966, p. 193. En contra de esta interpretación, ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 33 y s.; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 274. Una posición intermedia asumen JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 161 y s., en tanto el Derecho penal internacional constituye en una segunda línea un derecho de aplicación del Derecho penal; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 102 con la idea de un Derecho de colisión unilateral.

[745] Sobre las diversas acepciones del Derecho penal internacional, las cuales no se reducen solamente a la aplicación de la ley penal, sino que abarcan el Derecho internacional público, el Derecho supranacional y el Derecho de asistencia jurídica, vid., JESCHECK, *FS-Maurach*, p. 579; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 1 y ss.

a lo definido por el ordenamiento jurídico-penal, autorizarían la aplicación espacial de sus leyes penales[746]. Así, mientras que el principio de legalidad limita el poder punitivo al determinar las conductas que pueden sancionarse como delitos, el Derecho penal internacional delimita el poder jurisdiccional, es decir, hasta donde pueden sancionarse las conductas delictivas con la ley penal nacional[747].

Resulta pertinente diferenciar aquí el Derecho penal internacional del llamado Derecho internacional penal[748]. Este último se ocupa de establecer las condiciones jurídicas para reprimir los crímenes de guerra o contra la humanidad que se persiguen y sancionan por tribunales penales internacionales. El precedente más famoso de este Derecho internacional posiblemente sean los llamados tribunales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946), instaurados para juzgar los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial en la primera mitad del siglo XX[749]. Más cercano a nuestra memoria posiblemente sea el proceso penal abierto contra el gobernante serbio Milosevic por los crímenes cometidos durante la guerra en la ex Yugoslavia[750], aunque debido a su repentina muerte durante el proceso penal no pudo concluirse con una condena. En la actualidad se ha instaurado la Corte Penal Internacional Permanente para el procesamiento de los crímenes internacionales, como el delito de agresión, genocidio o contra la humanidad[751]. Pese a la importancia y actualidad de este ámbito del

---

[746] Es oportuna la precisión de SCHULTZ, *FS-von Weber*, p. 307; ESER, en Schönke/ Schröreder *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 2; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 587; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 150, de que no se trata de disposiciones de Derecho internacional público, sino de disposiciones de Derecho interno referentes a la aplicación de la ley penal interna. En cuanto al tratamiento de estas disposiciones legales por la doctrina penal, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 274, señala que la exposición de los principios del llamado Derecho penal internacional se hace sin esa ambición de sistematización que se aprecia en otros ámbitos de la dogmática penal.

[747] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 590.

[748] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 589; CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 256.

[749] Vid., con mayor detalle, JAEN VALLEJO, *Legalidad y extraterritorialidad*, p. 45 y ss.

[750] Vid., sobre las incidencias procesales de este caso, AMBOS, *Nuevo Derecho penal internacional*, p. 131 y ss.

[751] Ciertamente se habla ahora con mucha fuerza de una justicia universal, sobre todo frente a los llamados delitos contra la humanidad. Sin embargo, hablar a partir de este fenómeno de internacionalización de un orden normativo supranacional, resulta todavía discutido. La primera cuestión que habría que responder es si se trata efectivamente de un orden supraestatal con propios mecanismos de restabilización o simplemente de aspectos comunes de distintos ordenamientos particulares que se solucionan conjuntamente con la cooperación de los Estados. Una descripción de este fenómeno, RAGUÉS I VALLÈS, *La ley*,

Derecho internacional, esta lección va a limitarse al estudio del llamado Derecho penal internacional, pues de lo que se trata aquí es de determinar las condiciones de aplicación espacial de la ley penal peruana.

II. La vigencia espacial de la ley penal

Un Estado debe establecer cuál es el ámbito de vigencia espacial de sus leyes penales. Esta determinación no puede llevarse a cabo de manera arbitraria[752], por lo que resulta necesario explicar cómo los criterios que autorizan la aplicación de la ley penal nacional pueden alcanzar justificación desde la función atribuida a la pena[753]. En la actualidad, se acude de manera prácticamente unánime al criterio de la territorialidad[754], de forma tal que la ley penal se aplica a todos los delitos cometidos en el territorio estatal con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima. Pese al reconocimiento de la territorialidad como criterio de conexión básico, no se deja de admitir la posibilidad de recurrir a otros criterios de conexión complementarios, como lo son el principio de personalidad (activa y pasiva), el principio real o de protección, el principio de universalidad y el principio de Administración de Justicia por representación. Por lo tanto, no sólo se debe ofrecer una justificación penal de la territorialidad como principio básico de la aplicación espacial de la ley penal, sino que lo mismo debe hacerse con los otros principios complementarios igualmente reconocidos, si es que no se quiere caer en una regulación (parcialmente) arbitraria.

Siguiendo la orientación actualmente dominante en los distintos ordenamientos jurídicos, nuestro Código penal asume en su artículo 1 el criterio de territorialidad para determinar la vigencia espacial de la ley penal (*locus regit actum*)[755]. No obstante, se admite, bajo determinadas circuns-

---

abril de 2001, p. 1 y ss.; Ambos, Introducción, en *Dificultades*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), p. 34 y ss.

[752] Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 603.

[753] Vid., en este sentido, Pawlik, *ZIS* 7/2006, p. 275. La doctrina penal ha intentado darle a los principios de aplicación de la ley penal en el espacio (el llamado Derecho penal internacional) una fundamentación o, cuando menos, compatibilidad con el Derecho internacional penal, tal como se lo hace, por ejemplo, Ambos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 119 (2011), p. 1 y ss., acudiendo al principio de no intervención y al doble requisito del *Ius puniendi* nacional.

[754] Vid., en este sentido, Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 304.

[755] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 609.

tancias especiales, la posibilidad de acudir a los otros criterios de determinación de la vigencia espacial de la ley penal. En efecto, el propio artículo 1 del Código penal reconoce la existencia de ciertas excepciones al principio de territorialidad contenidas en el Derecho internacional, las cuales se desarrollan con mayor detalle en el artículo 2 de texto punitivo[756]. En consecuencia, la vigencia espacial de la ley penal peruana se rige, en principio, por el criterio de la territorialidad, aunque se admite, en determinados casos, otros criterios excepcionales que autorizan la aplicación de la ley penal peruana a delitos cometidos en el extranjero.

Conviene precisar que las reglas que regulan la aplicación espacial de la ley penal constituyen elementos del tipo penal, aun cuando no estén expresamente mencionadas en la descripción típica de la Parte Especial[757]. Esta lectura conjunta se deriva de la regla general prevista en el artículo 1 ó de la propia interpretación de ciertos tipos penales, como sería el caso de los delitos contra la seguridad en el tráfico rodado, los cuales, por razones evidentes, se refieren a las reglas de tránsito vigentes en el Perú[758]. Sólo en aquellos delitos en los que se protege al Estado y a las peculiaridades de su ordenamiento, se realiza una mención específica del ámbito de vigencia espacial[759], pero justamente porque en estos casos la vigencia de la ley penal sobrepasa muchas veces la delimitación territorial, como lo muestran los delitos de organización de grupo armado del artículo 326 ó de violación de la soberanía extranjera del artículo 337 del Código penal.

La afirmación de que las reglas referidas a la aplicación espacial de la ley penal forman parte del tipo penal tiene consecuencias muy importantes en el contenido del dolo del autor, pues si las reglas de aplicación de la ley penal se reconocen como parte del injusto, tendrán que ser abarcadas por el dolo del autor. Algunos autores han intentado matizar esta consecuencia lógica. Así SCHROEDER señala que las reglas de aplicación espacial forman

---

[756] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 610.

[757] En el mismo sentido, LEMKE, *NK* preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 12; PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 283. De una opinión distinta, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 180.

[758] En el mismo sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 3, aunque haciendo la importante matización de que debe tratarse de los preceptos penales que atienden a un determinado comportamiento en el tráfico, pero no los preceptos generales para la protección del individuo.

[759] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 2.

parte de la norma secundaria dirigida al juez para imponer la sanción correspondiente, pero no se trata de una norma primaria dirigida al ciudadano que deba ser abarcado por el dolo del autor[760]. Por su parte, ZIEHER asume una posición intermedia, en tanto considera que hay aspectos del ámbito de validez espacial de la ley penal que son neutrales al tipo, mientras que otros asumen funciones típicas[761].

1. El principio de territorialidad

El Estado establece, a través del legislador penal, qué conductas constituyen delitos y las penas aplicables en caso de realizarse tales conductas. En principio, parecería no tener importancia el lugar de realización de las conductas delictivas, pues el valor del bien jurídico protegido no depende del lugar en el que se encuentren[762]. En consecuencia, el principio básico de aplicación espacial de la ley penal sería el principio de universalidad, esto es, "*la mejor protección posible de todo lo que merezca protección*"[763]. Sin embargo, la soberanía del Estado, entendida en este caso como la capacidad para imponer efectivamente una sanción penal por la realización de un delito, se encuentra limitada por el territorio sobre el cual dicho Estado se asienta[764]. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos contemporáneos parten, a propósito de la aplicación espacial de la ley penal, del principio de territorialidad para determinar el ámbito de vigencia espacial de las leyes penales[765].

Al planteamiento precedente, que combina una norma primaria universal con una norma secundaria territorial, cabe oponerle una visión más

---

[760] Vid., SCHROEDER, *GA* 1968, p. 353 y ss.; EL MISMO, *NJW* 1969, p. 81.

[761] Vid., ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 49 y ss.

[762] Así, BINDIG, *Handbuch*, p. 386. Críticamente, VOGLER, *FS-Grützner*, p. 155; ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 65.

[763] Vid., SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 94 y s.

[764] Vid., OEHLER, FS-Grützner, p. 111; EL MISMO, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 152. Por el contrario, BINDING, *Handbuch*, I, p. 372; TAFEL, *Die Geltung*, p. 1, consideraban que la soberanía del Estado particular no podía limitarse a su territorio.

[765] En este sentido, OEHLER, *FS-Grützner*, pp. 112, 115; EL MISMO, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 122; EL MISMO, Voz: Internationales Strafrecht, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 5; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 167; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 4, n.m. 3; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 150; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 141; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 272; ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 41.

homogénea del fundamento del principio de territorialidad como el criterio básico de la aplicación de la ley penal en el espacio. Como se puso de manifiesto en la lección 3, la pena cumple una función de reestabilización de la norma infringida por el autor, lo que parte de entender que la relación entre el delito y la pena está constituida por un proceso comunicativo. Dicho proceso comunicativo presupone un conjunto de condiciones, en concreto que el autor del delito tenga la capacidad de comunicar una conducta capaz de poner en tela de juicio la vigencia de la norma. En principio, todas las personas que habitan en el territorio nacional están obligadas a respetar la identidad normativa de la sociedad en la que viven[766], por lo que las conductas defraudatorias que realicen dentro el territorio serán reprimidas legítimamente conforme a la ley penal nacional. El principio de territorialidad se presenta como un principio universal regionalmente circunscrito[767].

Como ya se indicado, el principio de territorialidad dispone que la ley penal peruana sea aplicable a toda infracción penal cometida en territorio nacional, sin tener en cuenta la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos afectados[768]. Para hacer operativo este principio resulta necesario dotar de mayor concreción a dos aspectos establecidos en la definición que acabamos de realizar. Por un lado, hay que fijar qué se entiende por territorio nacional, pues solamente teniendo en claro dicho concepto podrá determinarse el alcance de la territorialidad. En segundo lugar, resulta imprescindible establecer el criterio con el cual debe fijarse el lugar de realización de un hecho delictivo, pues no sólo hay que saber hasta donde llega el territorio, sino cuándo el delito se comete dentro del territorio. En lo que sigue nos vamos a encargar de precisar ambos aspectos del principio de territorialidad.

A. El territorio

Por territorio se entiende la superficie comprendida dentro de los límites políticos del país y el llamado mar territorial, así como el subsuelo y el espacio aéreo correspondientes al suelo y al mar territorial[769]. En el caso

[766] Similarmente, atendiendo a una competencia conjunta por asegurar la existencia de determinados ordenes jurídicos, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 284.
[767] Así, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 284.
[768] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 614.
[769] Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 187.

del Perú, el territorio nacional debe incluir también la parte de la Antártida que le corresponde conforme a los tratados internacionales. A todo este territorio se le conoce con el nombre de territorio natural. No obstante, la territorialidad a la que hace referencia la aplicación espacial de la ley penal no se reduce al territorio natural, sino que incluye el llamado territorio ficto, es decir, aquellos espacios ubicados fuera del territorio natural que, por razones de Derecho internacional, se consideran parte del territorio nacional. Como territorio ficto cabe mencionar, por ejemplo, los lugares ocupados por las agencias diplomáticas o las bases militares peruanas en países extranjeros[770]. Un caso especial de territorio ficto se encuentra regulado expresamente en el segundo párrafo del artículo 1 del CP. Se trata de la llamada teoría del pabellón o de bandera, conforme a la cual la ley penal peruana se aplica a los delitos cometidos en las naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren, así como a los cometidos en las naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía[771].

B. El lugar de realización del delito

a. Criterios de determinación del lugar del delito: El principio de ubicuidad

Cuando la conducta y el resultado de un delito se producen dentro de un mismo territorio, no existe mayor inconveniente para determinar el lugar de realización del delito. La situación se complica, más bien, cuando la conducta típica y el resultado típico tienen lugar en países diferentes, como sucede, por ejemplo, con el delito a distancia y el delito de tránsito. En el primero la actuación de carácter delictivo se realiza en un país y el resulta-

---

[770] Sin embargo, en el caso de los sedes diplomáticas o consulares, la doctrina nacional niega de manera cada vez mayor que se trate de un caso de territorio ficto, sino, más bien, de un tema de privilegios de derecho internacional en relación con la aplicación personal de la ley penal (así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 641; ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 47 y s.). En razón de ello, este último autor limita la aplicación de la ley penal del Estado titular de la sede solamente a los casos de delitos cometidos en el marco de la función diplomática o consular.

[771] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 187 y s.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 642 y ss., aunque muy críticos ante la consideración de un territorio ficto y la forma en la que se regula; ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 50 y ss.

do lesivo se produce en otro[772], mientras que en el segundo la acción delictiva se prolonga necesariamente a otros países para materializarse finalmente en un país diferente[773]. En estos casos, la única manera para poder considerar como lugar del delito a uno de los países en los que se realizó la acción o se produjo el resultado, sería admitiendo que la determinación del lugar del delito no requiere que el delito haya sido realizado completamente dentro de un mismo territorio. Precisamente sobre la base de esta idea se han esbozado la teoría de la acción y la teoría del resultado. La primera otorga al lugar de realización de la acción la prioridad para determinar el lugar del delito; la segunda entiende que es el resultado el criterio decisivo para la determinación del lugar del delito[774].

Con independencia de la cuestión de cuál de las teorías mencionadas podría ajustarse mejor a la pretensión punitiva de un Estado, el hecho es que la opción por una u otra teoría presenta el inconveniente de generar eventuales vacíos de punibilidad, pues, por ejemplo, si en el país de realización de la conducta se sigue la teoría del resultado mientras que en el país de la materialización del resultado la teoría de la acción, el delito con características internacionales podría quedar impune por ambos lados[775]. Para resolver estos problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, se ha desarrollado el llamado principio de ubicuidad[776], conforme al cual se entiende que el delito se ha cometido tanto en el lugar donde

---

[772] Sobre el delito de distancia (*Distanzdelikt*) LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 4; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 5; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 9, n.m. 3; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 145.

[773] Vid., sobre el delito de tránsito (*Transitverbrechen*), VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 192 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 23, quien precisa que, en realidad, estos delitos no presentan un menoscabo a la validez de la norma, en la medida que no se realiza en el país injusto alguno. Si bien este parecer puede compartirse en la mayoría de los casos, puede ser que la estructura del delito sea tan compleja que pueda la parte de tránsito tener suficiente entidad como para defraudar la vigencia de la norma, tal como podría suceder en el delito de trata de personas o en el lavado de activos.

[774] Sobre el alcance de estas teorías, vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 193; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 633; SALAZAR SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 59 y ss.

[775] Hace referencia a estos vacíos de punibilidad como el fundamento político-criminal de la teoría de la ubicuidad, SALAZAR SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 64.

[776] Vid., igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p.193 y s., destacando, con cita a Zaffaroni, que este principio procura evitar un conflicto negativo que conlleve impunidad.

se ha realizado la acción, como donde se ha producido el resultado[777]. Si bien la asunción de este principio podría dar lugar a ciertos conflictos entre Estados, esto tendrá que solucionarse por la vía de los convenios internacionales o, en todo caso, con el criterio determinante de que "quien lo tiene, lo juzga".

El principio de ubicuidad es asumido por el artículo 5 del CP como criterio de determinación del lugar del delito[778]. En consecuencia, la ley penal peruana podrá aplicarse también en el caso de delitos a distancia o de tránsito en los que una parte de la acción o el resultado se materializan en el territorio nacional. La doctrina penal aparentemente no comparte esta solución, al menos para el caso de los delitos de tránsito. En el ejemplo clásico de la carta injuriante que escribe un sujeto desde el país A dirigida a otro sujeto que vive en el país B y que pasa por los países C y D, la respuesta de la doctrina ha sido clara en el sentido de negar la competencia del Derecho penal interno de los países C y D[779]. Sin embargo, no siempre la realización de solo una parte de la acción global en un país resulta siendo penalmente irrelevante, pues puede ser que en los países de tránsito se presente igualmente una defraudación de expectativas normativas de conducta que justifique la aplicación de su Derecho penal interno.

Para graficar lo acabado de señalar, piénsese en un proceso de lavado de activos en el que el dinero pasa por distintos países en un circui-

---

[777] Vid., sobre el principio de ubicuidad, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 246 y ss.; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 4; MARTIN, *Strafbarkeit*, p. 7; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 154; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 148 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 635 y ss.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 5, p. 307 y ss. En la sentencia de la Corte Suprema Exp. N° 4124 98 Callao de 18 de marzo de 1999 [*Revista Peruana de Jurisprudencia* 1 (1999), p. 320], parece entender que el principio de ubicuidad se limita al lugar donde se producen los efectos del delito.

[778] Esta regulación no contraría la vigencia del principio de territorialidad, pues dicho principio, asumido como el punto de vinculación primario por nuestro Código Penal, no exige como condición para su utilización que el delito haya sido realizado completamente en todas sus fases dentro del territorio nacional. Si mediante un principio de vinculación del Derecho penal internacional (para lo que aquí nos interesa, el principio de territorialidad) se justifica la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a un determinado hecho delictivo, esto autoriza no sólo a que se juzgue la parte realizada dentro del territorio nacional, sino la globalidad del hecho delictivo. En este sentido, LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 38.

[779] Vid., así, por ejemplo, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 267; LEMKE *NK* § 9, n.m. 11; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 634. De otro parecer, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 12.

to económico organizado para impedir precisamente el seguimiento del dinero por parte de los organismos de control nacionales. Si en el Perú no está permitido participar en estos circuitos de lavado (artículo 1 de la Ley contra lavado de activos 27765), una participación parcial en el mencionado circuito produce ya la defraudación de la norma penal y, por tanto, la posibilidad de sancionar el delito con base en el Derecho penal peruano[780]. En este sentido, no será necesario que la acción delictiva se realice plenamente en el Perú para poder abarcarlo mediante el principio de ubicuidad (por el lugar de la acción), sino que basta que se produzca una conducta dentro del país que infrinja un rol jurídicamente establecido, para que se entienda que el delito ha sido realizado en el Perú[781]. Esta situación se presenta en los llamados delitos transnacionales, los que, conforme al artículo 3.2.a de la Convención de Palermo de 2000, se cometen en más de un Estado.

b. El alcance de la ubicuidad

Con la finalidad de optimizar las ventajas del criterio de la ubicuidad para resolver los delitos cometidos en diversos países, el artículo 5 del CP ha recurrido a un tenor literal demasiado amplio, pues, por un lado, habla de "lugar de actuación y omisión de la obligación de actuar de los autores y partícipes", mientras que respecto del resultado utiliza el término general de "efectos del delito". En la medida que con una redacción tal podría incluirse supuestos que claramente rompen con la idea mínima de territorialidad y entran en ámbitos propios de otros principios de vinculación del Derecho penal internacional[782], resulta necesaria una interpretación sistemática coherente que no desdibuje los distintos principios de la aplicación de la ley en el espacio. Para alcanzar este orden sistemático, el artículo 5 del CP tiene que interpretarse restrictivamente[783].

---

[780] Recurre precisamente al principio de ubicuidad para solventar estos problemas de internacionalidad en el delito de lavado de activos, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 307.

[781] Igualmente, SALAZAR SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 68, de la mano de un ejemplo de tráfico de drogas.

[782] De hecho, en la doctrina penal se sostiene que la ampliación al resultado (sin la conducta defraudatoria de la norma) que conlleva el principio de ubicuidad supone dejar el ámbito de la territorialidad para entrar en el principio universal o de personalidad pasiva. Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 21; PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 285.

[783] Vid., en el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 636.

En primer lugar, resulta conveniente referir la parte de *la actuación o la omisión de la obligación de actuar de los autores y los partícipes* solamente a la ejecución del hecho principal. Los actos preparatorios por sí mismos no tienen que estar incluidos en esta regulación[784], pues, de lo contrario, se podría llegar a resultados contradictorios en caso de tratarse de una actuación del autor o una del partícipe. Si, por ejemplo, un autor realiza los actos preparatorios dentro del Perú y luego la acción típica completamente en el extranjero, no podrá ser alcanzado por el principio de ubicuidad, pues en el Perú no ha realizado aún ninguna acción delictiva, en tanto los actos preparatorios como tales no son punibles[785]. Sin embargo, el caso de un partícipe que dentro del territorio nacional contribuye solamente en la fase preparatoria del hecho, podría ser alcanzado por la redacción literal del artículo 5 del CP, en tanto se considera que lugar de comisión del hecho es también aquél en el cual el partícipe ha actuado u omitido su obligación (en este caso, al favorecer la comisión de un delito). Como puede verse, una misma actuación puede, en algunos casos, caer dentro y en otros fuera del principio de territorialidad sin una razón material que lo justifique. Por ello, resulta necesaria una interpretación coherente del principio de territorialidad que deje fuera del principio de ubicuidad la fase preparatoria del hecho[786]. Esta propuesta alternativa de interpretación se corresponde más con los ámbitos de libertad ofrecidos por las leyes penales, aunque debe reconocerse que el artículo 3.2.b de la Convención de Palermo de 2000 de lucha contra la criminalidad transnacional ha ampliado el alcance de las leyes penales, al establecer que se considera un delito transnacional el que se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado. En cualquier caso, la perspectiva extensiva asumida por la Convención de Palermo está referida solamente a los casos de criminalidad organizada.

El segundo aspecto de la redacción del artículo 5 del CP que puede presentar problemas interpretativos está referido a los llamados efectos del delito. Conforme a la redacción legal, también se considera lugar

---

[784] En este sentido, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 8, salvo que constituya la parte de un coautor.

[785] Una situación distinta resulta si el Derecho penal interno considera expresamente esta conducta preparatoria por sí misma como delictiva, pero debe precisarse que no se tratará, en rigor, de un delito a distancia, sino de un delito cometido plenamente dentro del territorio nacional.

[786] Por el contrario, a favor de una interpretación extensiva GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 26.

del hecho el sitio donde se producen los efectos del delito, dentro de los cuales usualmente se incluyen no sólo el resultado típico del delito, sino también todas sus repercusiones inmediatas e incluso mediatas[787]. Con una interpretación tal, sin embargo, se estaría incluyendo completamente el principio real o de protección en el principio de territorialidad, pues si como consecuencia del delito se ven afectados intereses nacionales, el efecto perjudicial habrá tenido lugar sin duda dentro del Perú. Por esta razón, conviene que el término "efectos" en la aplicación del principio de territorialidad se interprete restrictivamente, de manera que sólo se haga referencia a los resultados inmediatos de la acción delictiva[788].

La interpretación restrictiva que se propone del artículo 5 del CP tiene las siguientes consecuencias en el castigo de los intervinientes en un delito con relevancia internacional[789]. En primer lugar, el principio de ubicuidad no alcanzará al autor que realiza el delito completamente fuera del país o que realiza dentro del país solamente la fase preparatoria, pues su proceder no constituye una conducta prohibida en el sistema jurídico interno. La realización del delito que constituye el fundamento de la punición, se verifica en todo caso fuera del territorio nacional, de manera que no hay una defraudación de expectativas en el ordenamiento jurídico interno que amerite la aplicación de la ley penal nacional. Si, por el contrario, el delito es realizado, o su resultado se verifica, dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en estos casos sí existe una infracción relevante del ordenamiento jurídico interno. Del mismo modo, el co-autor y autor mediato que se encuentran en el extranjero cuando el delito es ejecutado dentro del país, también son alcanzados por el principio de ubicuidad, pues el hecho que tiene lugar dentro del territorio nacional (ejecución o consumación) se les imputa como propio, a pesar de no haberlo ejecutado directamente[790]. El hecho

---

[787] Reconoce la mayor amplitud de este término frente al de resultado, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 636.

[788] Que no debe ser necesariamente de relevancia típica, en este sentido, MARTIN, *Strafbarkeit*, p. 14 y s.

[789] Pero debe precisarse, con base en las ideas de SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 61; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 32, que no se trata de ofrecer criterios de determinación de la autoría y participación mediante el principio de territorialidad (o el Derecho penal internacional), sino de compatibilizar la autoría y participación con las normas que regulan la vigencia espacial de la ley penal.

[790] Vid., así, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 10; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 8. Ya en este sentido, TAFEL, *Die Geltung*, p. 40; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 42. En el Perú, HURTADO POZO/

realizado dentro del país es también un hecho del coautor y del autor mediato.

El partícipe que toma parte en la fase preparatoria realizada dentro del país respecto de un delito ejecutado en el exterior, no puede ser castigado tomando en cuenta el Derecho penal interno, pues se trata de una actuación aún permitida[791]. En este caso, el fundamento para sancionar la conducta del partícipe se ha verificado fuera del país (la realización del delito), de manera que no puede ofrecerse un criterio válido desde el principio de territorialidad para castigar el hecho con el Derecho penal interno[792]. Si, por el contrario, el resultado del delito se verifica dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en este caso se presentan las condiciones para la utilización del principio de ubicuidad, concretamente, por el lugar del resultado[793]. En caso que el partícipe tome parte en la ejecución de un delito realizado dentro del país no habrá mayor inconveniente para incluir este supuesto en el artículo 5 del CP, en tanto parte de la acción del hecho principal se verificó dentro del país y entra, por tanto, en el concepto de ubicuidad. En ambos casos, el partícipe ha infringido su rol al favorecer la realización (o la consumación) de un hecho que se ha llevado a cabo parcialmente o se ha realizado dentro del país.

Un tanto más complicado es el caso de una instigación o una participación en los actos preparatorios realizados en el extranjero, pues en estos casos la aportación del partícipe ha tenido lugar fuera del país. Si

---

PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 662 y s. Considera lugar del delito tanto donde actuó el autor mediato como donde actuó el instrumento, SALAZAR SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 67.

[791] Así LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 35 señala: "*La actuación del partícipe es en sí misma un acto impune, jurídico-penalmente indiferente*", aunque luego lo vincula por la accesoriedad al hecho del autor y con base en la unidad del hecho, afirma la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a estos casos (p. 43). Por el contrario, FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 31 consideraba que si el Derecho extranjero no castiga la conducta del autor, no resulta posible castigar al partícipe con el Derecho nacional. En este sentido, NEUMEYER, *ZStW* 23 (1903), p. 440, señaló que el carácter delictivo de la actividad de un inductor o cooperador de un extranjero que ha cometido un hecho en el extranjero sólo puede determinarse por el Derecho extranjero. En el Perú sigue la línea de la impunidad de los actos de participación mientras no exista autoría, SALAZAR SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 68.

[792] El propio LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, pp. 39, 44, indica que si no se ha infringido ninguna norma penal interna (alemana), no puede aplicarse la ley penal interna.

[793] En el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 664.

una empresa europea, por ejemplo, que ha fabricado productos defectuosos para uso humano que no puede poner en el mercado europeo debido a un estricto control de calidad, le ofrece estos productos a una empresa peruana que efectivamente los importa[794], ¿habrá participado en el delito de comercialización de bienes de uso humano defectuosos del artículo 288 del CP, cometido en calidad de autores por los administradores de la empresa nacional[795]? El aporte de la empresa europea se ha realizado completamente fuera del país, de manera que podría cuestionarse la legitimidad de aplicar el Derecho penal interno a los administradores de la empresa europea. Sin embargo, hay que tener presente que también el hecho del autor realizado dentro del país es un hecho del partícipe, en el sentido de fundamento de la punición[796]. Pero no se trata de que el efecto de la participación esté incluido por sí mismo en el artículo 5 del CP, sino que la realización del delito (ejecución y consumación) es también el injusto del partícipe, de manera que si el delito tiene lugar dentro de territorio peruano, la participación también se ha llevado dentro de territorio peruano[797].

2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional

Para que el Derecho penal nacional pueda abarcar hechos cometidos fuera del propio territorio, pero que afectan igualmente la identidad normativa de la sociedad, no basta la simple voluntad legislativa de tipificar hechos cometidos en el extranjero, sino que se necesita invocar otros criterios que permitan fundamentar la imposición de una sanción más allá del espacio territorial[798]. Precisamente con la finalidad de poder aplicar la ley penal nacional también a ciertas conductas lesivas cometidas fuera del

---

[794] Este el conocido caso del "*product dumping*" que sobre todo se discute en la responsabilidad por el producto. Sobre esto vid., con mayores indicaciones, VOGEL, *GA* 1990, p. 253 y s.

[795] Obviamente se necesita que los directores de la empresa extranjera tengan una idea general sobre la antijuricidad de su hecho en el Derecho penal peruano, sin requerirse de un conocimiento detallado. Vid., en este sentido, ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 69.

[796] BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 152, consideraba que el delito, en estos casos, era único y único también el tratamiento penal, aunque algunos hayan obrado en el extranjero.

[797] Similarmente, entienden como efecto de la participación la realización del hecho principal, TAFEL, *Die Geltung*, p. 41; SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 66 y ss.; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 43. Igualmente con base en la teoría de la ubicuidad y la accesoriedad de la participación, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 363.

[798] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 5; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 165; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 155; ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 60 y s.

territorio nacional, se han elaborado en la doctrina penal determinados principios jurídicos con los que resulte posible justificar la sanción de hechos no abarcados por el principio de territorialidad[799]. Estos principios se encuentran desarrollados en el artículo 2 del CP.

Debe reconocerse, sin embargo, que mediante la mencionada extensión de la vigencia de la ley penal más allá del propio territorio, sólo se afirma el carácter defraudatorio de los hechos cometidos en el extranjero, pero no se garantiza la efectiva reestabilización de la expectativa defraudada por medio de la imposición de una pena estatal. En estos casos, la materialización de la sanción no depende ya exclusivamente de la estructura institucional del Estado, sino de factores de política internacional o de asistencia judicial entre Estados (normas de Derecho internacional público)[800]. La reestabilización de la expectativa defraudada debe contentarse en muchos casos con el proceso judicial iniciado y el procedimiento de extradición, al igual que en los delitos en los que no se ha podido encontrar o condenar al delincuente (por su muerte, por ejemplo).

La aplicación de las leyes penales nacionales a hechos cometidos fuera del territorio se hace de la mano de los principios de personalidad, de protección, de Justicia universal y de Administración de Justicia en representación. El último de los mencionados no constituye, en rigor, una respuesta jurídica contra perturbaciones de la propia sociedad, sino una especie de delegación de facultades punitivas a un Estado por parte de otro, con la finalidad de sancionar perturbaciones a su orden normativo[801]. Por lo tanto, sólo con los cuatro primeros principios puede fundamentarse una vigencia de las leyes penales internas más allá del ámbito territorial soberano, apoyándose en la idea común de que si bien se trata de hechos que han sido cometidos en el extranjero, afectan igualmente la identidad normativa de la sociedad nacional.

---

[799] Vid., en este sentido, BERNER, *Wirkungskreis*, p. 125 y ss., quien habla de principios complementarios al principio de territorialidad. Actualmente hablan de principios de vinculación, LEMKE, *NK* preliminares a los §§ 3 hasta 7, n.m. 7; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 166.

[800] Similarmente, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 3, al indicar que el Derecho internacional público (*Völkerrecht*) sólo tiene importancia sobre la cuestión de si y en qué medida el legislador penal nacional puede ampliar su potestad punitiva.

[801] Vid., en este sentido, OEHLER, *FS-Grützner*, p. 120; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 12; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 170.

A. El principio de personalidad

Conforme al principio de personalidad, la ley penal del Estado se aplica a todos sus ciudadanos sin importar si el delito fue cometido fuera de su territorio y si el titular del bien jurídico protegido fue un nacional o un extranjero. Dentro del principio de personalidad se suele diferenciar el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva. El primero permite la aplicación de la ley penal peruana en atención a la nacionalidad peruana del agente del delito, mientras que el segundo autoriza aplicar la ley penal peruana en virtud del hecho de que el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro es un nacional[802]. Ambas formas de expresión del principio de personalidad pueden ser utilizadas como criterio que permite aplicar la ley penal nacional a un delito cometido fuera del territorio, siempre que se den bajo las condiciones exigidas en el artículo 2 del CP.

El fundamento del principio de personalidad se ha ubicado generalmente en la sujeción que tiene el ciudadano a las leyes penales del Estado al que pertenece[803]. Este principio fue asumido, por ejemplo, como regla general de la aplicación espacial de la ley penal en Alemania[804], aunque posteriormente fue abandonado y reemplazado por el principio de territorialidad actualmente vigente[805]. Pero queda claro que solamente el principio de personalidad activa podría responder al principio de sujeción que obliga al nacional a respetar las leyes penales nacionales, aunque se encuentre alejado del territorio del país. El principio de personalidad pasiva, por el contrario, respondería más a la idea de un deber de Estado de proteger a sus nacionales[806]. Bajo estas consideraciones se entiende que la ley penal peruana no es aplicable si el país en el que se realizó la conducta que genera el riesgo la reprime penalmente, pues en estos casos no será necesario ejercer una acción defensiva frente a dicho riesgo.

---

[802] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 678, 701; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 284.

[803] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 190.

[804] Lo cual ocurrió mediante el decreto del 6/5/1940. Vid., al respecto, VON WEBER, *Lineamientos*, p. 32.

[805] Como lo destaca JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 14, en la actualidad el Derecho positivo impone plenamente el derecho a castigar con arreglo al principio de territorialidad (§ 3 StGB).

[806] Por eso, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 190 y s., lo considera, en realidad, una expresión extrema del principio real o de protección.

Lo que parece claro es que las dos expresiones del principio de personalidad no pueden reconducirse a un mismo fundamento. En el caso del principio de personalidad activa, la aplicación de la ley penal nacional, a pesar de que el delito se ha cometido fuera del territorio, se fundamenta en el deber de todo ciudadano de adecuar su comportamiento a la identidad normativa de la sociedad de la que forma parte. Podría decirse, sin embargo, que este deber solamente es exigible en la medida que el ciudadano se encuentre dentro del territorio nacional, lo que no es el caso del peruano que reside fuera del país. Esta alegación pasa por encima el hecho de que todo peruano tiene el derecho de volver a reintegrarse a la sociedad peruana en cualquier momento, por lo que el sinalagma lógico de este derecho de poder regresar en cualquier momento al propio país y disfrutar de las condiciones jurídicamente resguardadas en dicha sociedad, presupone un deber de no afectar al propio Estado en su integridad jurídica incluso estando fuera del país[807]. Desde estas consideraciones se podría justificar la aplicación de la ley penal peruana al peruano que comete un delito fuera del país[808]. La exigencia en este caso de la doble incriminación pone de manifiesto que el peruano no sólo ha lesionado el derecho penal del país extranjero, sino también la identidad normativa de la sociedad peruana.

El principio de personalidad pasiva, que permite castigar con la ley penal peruana los delitos cometidos contra peruanos en el extranjero, se asocia normalmente a la idea de que los bienes jurídicos (de los nacionales) se protegen tanto de agresiones provenientes de dentro como de fuera del país. Sin embargo, los extranjeros que actúan fuera del país no tienen ninguna vinculación normativa con nuestra sociedad, por lo que su actuación no es propiamente criminal, sino, en todo caso, un riesgo sobre los bienes jurídicos de los nacionales. En este orden de ideas, la justificación que procura el principio de personalidad pasiva para aplicar la ley penal peruana a un delito cometido por extranjero en el extranjero contra un peruano, solamente puede alcanzarse desde la lógica no de una reacción penal frente a la comisión de un injusto culpable, sino como defensa ante riesgos[809].

---

[807] Así, Pawlik, *ZIS* 7/2006, p. 286.

[808] Desde estas consideraciones resulta lógico que la nacionalidad peruana se tenga al momento de cometer el delito en el extranjero, no pudiéndose abarcar a los "nuevos nacionales". Del mismo parecer, aunque con otra fundamentación, Rosales Artica, *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 67.

[809] En este sentido, Pawlik, *ZIS* 7/2006, p. 288, apoyándose en la ideas expuestas por Bekker en 1859.

Pese a las diferencias de fundamentación, acabadas de poner de manifiesto, entre el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva, nuestro Código penal regula ambas formas del principio de personalidad de manera unitaria en su artículo 2 inciso 4[810]. En ambos casos exige las mismas condiciones o requisitos para que su aplicación resulte procedente. El texto punitivo requiere concretamente la presencia de tres requisitos que serán precisados a continuación de manera más detallada.

a. La susceptibilidad de extradición

El artículo 2 inciso 4 del CP establece, en primer lugar, que el principio de personalidad (activo o pasivo) solamente podrá aplicarse si el delito cometido en el extranjero se encuentra previsto como susceptible de extradición conforme a la ley peruana. Como se sabe, la extradición constituye un mecanismo de cooperación judicial internacional, en virtud del cual, mediante un pedido formal, un Estado obtiene de otro la entrega de un procesado o condenado por un delito común para juzgarlo penalmente o ejecutar la pena que se le hubiere impuesto[811]. En nuestro país la extradición se rige por el artículo 37 de la Constitución Política, los tratados bilaterales y multilaterales, el Código Procesal Penal y finalmente por el principio de reciprocidad[812]. Conforme al artículo 513 del Código Procesal Penal, la persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente. Pese a esta regla general de procedencia de la extradición, la legislación procesal establece, sin embargo, ciertas circunstancias especiales en las que no procederá, por lo que en tales casos cabrá negar el requisito de la susceptibilidad de extradición.

En relación con el sujeto por el que se solicita la extradición (*extraditurus*), la extradición no procede si dicho sujeto hubiera sido ya absuelto, condenado, indultado o amnistiado, o hubiera alcanzado algún otro derecho de gracia equivalente en relación con el delito por el que se pide la extradi-

[810] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 681.
[811] Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 197 y s.
[812] Sobre la vigencia subsidiaria del principio de reciprocidad, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 725.

ción[813]. Tampoco procede si el pedido de extradición se hace, aunque se presente motivado en una infracción de Derecho común, con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo por razones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas, o la situación del extraditado se exponga a agravarse por una u otra de estas razones. Lo que sí nuestra legislación, a diferencia de otros países, no ha recogido como limitación de la extradición es el principio de no extradición de los nacionales, por lo que es perfectamente posible la extradición de un peruano a otro Estado requirente[814].

La extradición se niega también por razones referidas al delito imputado. En primer lugar, el delito materia del proceso debe ser un delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, por lo que si no tiene lugar esta doble incriminación no podrá aceptarse la solicitud de extradición[815]. Tampoco procede la extradición para delitos prescritos por haberse cumplido el plazo de prescripción de la acción o de la pena conforme a la ley peruana o la del Estado requirente, siempre que no sobrepase el establecido en la legislación nacional. La extradición se deniega también si es que se sustenta en un delito exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa o de opinión[816]. Igualmente, es improcedente la extradición si el delito no contempla una pena igual o superior a un año de pena privativa de libertad. En caso de varios delitos, bastará con que uno de los delitos cumpla con el umbral de gravedad penal. En la misma línea de excluir la extradición en delitos bagatela, se niega la extradición si es que se trata de un delito tributario sin medio fraudulento, de un delito perseguible a instancia de parte, o de una falta.

---

[813] Si bien la doctrina nacional alega como fundamento de este supuesto el principio del *non bis in idem*, (así, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 288; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 4208) no todos los supuestos contemplados en esta causal de improcedencia apuntan a evitar un doble procesamiento o sanción, como sucede, por ejemplo, en caso de amnistía o derecho de gracia.

[814] VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 203.

[815] Sobre el requisito de la doble incriminación, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 153. Igualmente el reconocimiento de este requisito en la decisión de la Corte Suprema de la República Extradición N° 5-2008-Lima del 21 de enero de 2008 (citado por VILLA STEIN, *op. cit.*, p. 156).

[816] El artículo 517.2, literal e) hace algunas precisiones importantes en cuanto al llamado delito político. Indica que la circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerza funciones públicas no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como político. Tampoco hace político el delito el hecho de que el autor ejerza actividad política. Quedan fuera de la consideración de delito político los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos por los que el Perú haya asumido el compromiso internacional de extraditar o enjuiciar.

En cuanto a las penas, la normativa procesal penal establece la improcedencia de la extradición en los casos en los que el delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en la legislación penal del Estado requirente y éste no diese las seguridades de que no le será aplicable al extraditado. Del mismo modo, se ha establecido la improcedencia de la extradición si el Estado requirente no diera seguridades de que se computará el tiempo de privación de la libertad que demande el trámite de extradición, así como el tiempo que el extraditado hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento de extradición.

Otro grupo de supuestos de improcedencia podrían englobarse en la idea del respeto y mantenimiento de garantías. En esta línea de pensamiento, no procede la extradición si el Estado solicitante no tiene jurisdicción o competencia para juzgar el delito, el extraditado tiene que responder ante un tribunal de excepción, o el proceso al que se le va a someter no cumple con las exigencias internacionales del debido proceso. Finalmente, se admite también una causal de improcedencia de la extradición, con el carácter de cierta cláusula general, si existen especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales del Perú, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido.

b. La doble incriminación

Otro de los requisitos para la aplicación excepcional del principio de personalidad es la llamada doble incriminación o identidad de normas, es decir, que el hecho calificado como delito conforme a la ley penal peruana sea también punible en el Estado en que se cometió[817]. En este sentido, no basta con que el hecho sea considerado delito en el Perú, sino que es necesario que en el lugar en el que se cometió también se encuentre penalmente reprimido. Tal como se ha indicado, el requisito de la doble incriminación resulta superfluo, en la medida que constituye una condición para la susceptibilidad de la extradición. En efecto, el artículo 517.1 del CPP niega la procedencia de la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú.

Posiblemente un aspecto que marca la diferencia entre la doble incriminación prevista en el proceso de extradición y la que exige la aplicación

[817] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 693.

del principio de personalidad es que, conforme al tenor del artículo 2 inciso 4 del CP, el hecho debe ser *punible* en el Estado en que se cometió, lo que significa no sólo que dicho hecho esté previsto como delito, sino que deben darse todas las condiciones para su efectivo castigo. En este orden de ideas, no procederá la aplicación del principio de personalidad si el hecho cometido en el extranjero constituye delito, pero no resulta punible por la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o por la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad.

c. El ingreso del agente al territorio nacional

Como tercer requisito para la aplicación excepcional del principio de personalidad, el Código penal exige que el agente haya entrado de cualquier manera en el territorio nacional[818]. Se trata evidentemente de un requisito de facticidad, en el sentido de que el Estado peruano debe tener la posibilidad fáctica de procesar y condenar al nacional que cometió un delito en el extranjero o al extranjero que cometió un delito contra un nacional en el extranjero. Si el agente no se encuentra en el territorio nacional, lo lógico es que el Estado en el que se cometió el delito procure su procesamiento y efectivo castigo en virtud del principio de territorialidad. Dado que no es posible una condena en ausencia, no se podrá aplicar la ley peruana a una persona que no está presente en el territorio nacional[819].

B. El principio real o de protección

El principio real o de protección establece que la ley penal nacional se aplica a cualquier persona que atente contra bienes jurídicos del Estado o sus nacionales, independientemente de que la realización del hecho haya tenido lugar en el extranjero y cuál sea la nacionalidad del sujeto que lo perpetró[820]. La doctrina penal considera de manera predominante que el fundamento para la aplicación de este principio reside en el deber que recae sobre el Estado de proteger los bienes jurídicos nacionales[821]. No obstante, en el caso de afectación de bienes jurídicos individuales[822], la justificación

---

[818] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 698.

[819] Igualmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 698.

[820] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 188 y s.; Villa Stein, *Derecho Penal*, PG, p. 145.

[821] Vid., por todos, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 189.

[822] En el Código penal alemán, por el contrario, se recoge dentro del principio real o de protección los intereses económicos de las empresas alemanas. Vid., al respecto, la

para aplicar la ley penal nacional se traslada al principio de personalidad pasiva. Pero, tal como ya se dijo, la doctrina penal reconoce que si bien la afectación de bienes jurídicos individuales de los nacionales se enmarca dentro del principio de personalidad, está claro que su fundamento no se asimila a la personalidad activa, sino que lo comparte, más bien, con el principio real o de protección[823].

Por nuestra parte, como se adelantó al tratar el fundamento del principio de personalidad pasiva, la legitimación para aplicar la ley penal peruana a un delito cometido por extranjero fuera del Perú en contra de un interés nacional, se encuentra en la necesaria defensa de los intereses nacionales frente a riesgos, pero no en la realización de un injusto penal al que le corresponde la imposición de una pena. En este sentido, no es que el ilícito penal se configure regularmente por conductas que afecten intereses nacionales con independencia de si se realizan dentro o fuera del país, sino que solamente se está ante una conducta penalmente relevante en la medida que el agente haya actuado dentro del territorio nacional. Si bien el Derecho penal se utiliza igualmente para responder a riesgos contra intereses nacionales procedentes de fuera, se trata de un uso como mecanismo de defensa frente peligros, pero no del necesario restablecimiento de la norma por una conducta defraudatoria de expectativas de conducta. Frente a los extranjeros que actúan fuera del país no tienen validez las expectativas de conductas plasmadas en las normas del Derecho penal peruano.

El espectro de casos abarcados por el principio real o de protección contiene primeramente los delitos en los que el titular es el Estado. En este orden de ideas el artículo 2 inciso 3 del CP permite la aplicación de la ley penal peruana a los delitos cometidos en el extranjero que agravian al Estado y la defensa nacional, a los poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario[824]. En segundo lugar, el principio de protección se extiende a bienes jurídicos colectivos como los protegidos por los delitos contra la seguridad, la tranquilidad pública o el lavado de activos. Para justificar la aplicación de la ley penal peruana en estos casos es necesario que los efectos de estos delitos se produzcan dentro del territorio de la Repúbli-

---

regulación del § 5 número 7 StGB, en OEHLER, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 583; EL MISMO, Voz: Internationales Strafrecht, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 131 y s.

[823] Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p.190 y s.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 284 y s.

[824] Vid., REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 282 y s.

ca[825]. Por efectos del delito no debe entenderse el resultado típico, sino las consecuencias perturbadoras derivadas directamente del comportamiento en relación con el bien jurídico penalmente protegido[826].

Tradicionalmente se ha incluido dentro de los casos en los que el principio de protección autorizaría la aplicación de la ley penal peruana, los delitos cometidos en el extranjero por un funcionario o servidor público en el desempeño de su cargo (artículo 2 inciso 1 del CP)[827]. Se entiende que parte de los intereses del Estado es el correcto desempeño de la función pública por parte de los funcionarios que realizan su actuación funcionarial en el extranjero, lo que justificaría que los delitos cometidos en este contexto de actuación sean castigados con la ley penal peruana. Sin embargo, la aplicación de la ley penal peruana en estos casos no se sustenta en el principio de protección, pues no se trata simplemente de reaccionar frente a riesgos provenientes del extranjero, sino de la conducta defraudatoria de un funcionario público. En consecuencia, estos supuestos no se deben ordenar dentro de los casos del principio real o de protección, sino dentro del principio de personalidad activa, aunque con una especial gravedad, pues no se trata de nacionales que estén residiendo fuera del país, sino de funcionarios públicos que realizan labores para el Estado en el extranjero, por lo que su vinculación con la sociedad peruana no es potencial, sino real.

C. El principio de universalidad o de Justicia mundial

En atención al principio de universalidad, la ley penal nacional se podrá aplicar a los hechos criminales cometidos en el extranjero sin tener en cuenta la nacionalidad de su autor, ni quién es el titular del bien jurídico lesionado, siempre que el Estado esté obligado a reprimir estos delitos por tratados internacionales (artículo 2 inciso 5 del CP)[828]. La doctrina penal ha intentado fundamentar este principio en una solidaridad internacional entre los Estados[829], pero queda claro que la concepción actual de los de-

---

[825] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 671, destacando que la exigencia de los efectos no se haga en todos los supuestos que abarca el principio real o de protección.

[826] Similarmente, ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 64.

[827] VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 189; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 280; ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 63.

[828] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 709.

[829] Así, ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 72.

litos contra la humanidad no se corresponde con una solidaridad entre los Estados, sino con una responsabilidad de cada Estado de reprimir este tipo de delitos[830]. Sin embargo, no se trata de restablecer la vigencia de la identidad normativa de la sociedad nacional, sino de contribuir a la creación de un futuro orden jurídico mejor[831].

La regulación legal que se hace del principio de universalidad no es amplia, pues se restringe a los compromisos internacionales asumidos por el Perú. Esta técnica legislativa resulta conveniente, en la medida que se evita una mención específica de delitos que tendría que actualizarse permanentemente para ajustarla a las nuevas exigencias de la persecución penal universal[832]. El principio de universalidad autoriza, en la actualidad, la aplicación de la ley peruana para castigar los llamados delitos contra la humanidad como la piratería, el terrorismo, la trata de personas, la tortura, la desaparición forzosa o el genocidio[833]. Sin embargo, a esta lista de delitos se pueden ir incorporando otros en función de los acuerdos internacionales a los que se adhiera válidamente el Perú.

Pese a la clara vocación expansiva de ampliar el número de delitos que pudiesen considerarse universales, se aprecia también una tendencia general a limitar el uso del principio de universalidad por parte de los tribunales para conocer de delitos cometidos en el extranjero. En este sentido, por ejemplo, en España se ha procurado, sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, que los tribunales españoles conozcan de delitos de genocidio y lesa humanidad si es que sus presuntos responsables se encuentran en España, existen víctimas de nacionalidad española, o haya algún vínculo de conexión relevante con España. Por otro lado, el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país.

En la línea de aplicar el principio de universalidad de forma limitada, se le ha procurado asignar un carácter subsidiario[834]. En razón de ello,

---

[830] Así, claramente, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 279.

[831] Vid., con mayores referencias, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 290 y ss.

[832] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 709.

[833] Así, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 146.

[834] Vid., la referencia de REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 291, a un sector de la doctrina penal, con cita a Kai Ambos, que sostiene este parecer.

este principio solamente podría ser usado en caso no pudiese aplicarse los otros principios referidos a la vigencia espacial de la ley penal. Esta posición no cuenta con base legal alguna, por lo que no parece obligado tener que asumir la subsidiariedad del principio de universalidad. Si bien resulta necesario evitar una interferencia excesiva de los tribunales nacionales en los delitos cometidos en otros países, el manejo mesurado del principio de universalidad debe encontrar otros parámetros de restricción y no la simple asignación de un carácter subsidiario[835].

Como se ha dicho, el principio de universalidad se sustenta en los tratados internacionales que obligan al Perú a reprimir determinados delitos. Para operativizar este principio es necesario que el correspondiente tratado internacional se haya transformado en Derecho interno[836], pues de lo contrario solamente habrá una obligación internacional sin la necesaria taxatividad de la prohibición para legitimar la imposición de una sanción penal[837]. Las normas internacionales que establecen incriminaciones penales, son de naturaleza no autoaplicativa *–non self executing–*, pues requieren de una normativa interna de desarrollo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, sin negar la necesidad de una disposición interna, aboga por una perspectiva integradora en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional[838], proponiendo que el Derecho interno sea interpretado teleológicamente en función de los compromisos internacionales asumidos por el Perú[839]. Esta misma línea de pensamiento ha sido seguida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 9-2009, al señalar que la necesidad de una norma interna de desarrollo, "*en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional*". Pero debe quedar claro que se trata de criterios de interpretación a ser tenidos en cuenta en el marco de lo dispuesto por el

---

[835] Similarmente, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 291.

[836] Así, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 256. No obstante, LEMKE, NomosKommentar *StGB*, § 6, n.m. 15, admite la posibilidad de que en el propio tratado internacional se haya acordado su ejecutabilidad, lo que bastaría para permitir la aplicación del principio de universalidad sin una norma interna de desarrollo.

[837] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 20.

[838] STC 00679-2005-AA del 2 de marzo de 2007, fundamento jurídico 36.

[839] Así, igualmente, CARO CORIA, en *Dificultades*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), p. 384.

Derecho interno, por lo que no cabría desnaturalizar la normativa nacional para adaptarla a los compromisos internacionales.

D. El principio de Administración de Justicia por representación

El artículo 3 del CP establece que la ley penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente del Estado extranjero[840]. Como puede verse, condición para la aplicación de este principio es que haya existido un procedimiento de extradición y la entrega del requerido, por la razón que sea, haya sido denegada[841]. Si el Estado llega al convencimiento, por lo actuado en el proceso de extradición, que el delito se ha cometido realmente, puede evitar la impunidad aplicando la ley penal nacional[842]. En estos casos, el Estado peruano presta su mano a otro Estado para el ejercicio de su potestad punitiva[843]. Debe quedar claro que el Estado no aplica su ley penal porque la conducta delictiva la haya infringido, pues si fuese así, la aplicación se sustentaría en alguno de los principios antes mencionados. En el caso de la Administración de Justicia por representación, el Estado procura simplemente no dejar impune una conducta delictiva cometida en el extranjero por y contra extranjeros y que no ha afectado en lo absoluto intereses nacionales o universales. El Estado que está legitimado para imponer la sanción manifiesta su intención de hacer efectiva la pretensión punitiva mediante el procedimiento de extradición, pero no la puede hacer efectiva porque la normativa nacional no autoriza la entrega del requerido. En estos casos, el Estado requerido asume la representación del Estado solicitante y procede a administrar Justicia en su representación.

---

[840] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 6, n.m. 718.

[841] A partir de esta peculiaridad, la doctrina penal le asigna a este principio un carácter subsidiario o supletorio. Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 19; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 147; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 3, p. 300.

[842] Destaca que es la ley penal nacional la que se aplica, siempre que haya identidad de normas con la ley penal extranjera, REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 3, p. 301. Críticamente desde la lógica de la teoría de las normas, PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 286 y s.

[843] Vid., PAWLIK, *ZIS* 7/2006, p. 286.

LECCIÓN 7
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. El principio de igualdad ante la ley y los privilegios penales

En el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política se reconoce el principio de igualdad ante la ley como un derecho fundamental de toda persona. Para dar al principio de igualdad ante la ley contornos más precisos, hay que interpretar el artículo antes mencionado en sintonía con el artículo 103 también de la carta fundamental, en donde se establece que "*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas*". De esta lectura conjunta de ambos dispositivos constitucionales puede concluirse que la igualdad no significa necesariamente tratar siempre a todos de la misma manera, sino únicamente cuando se esté en las mismas condiciones[844]. *A contrariu senso*, si es que se presentan situaciones desiguales, la ley no podrá aplicarse de la misma manera, sino que tendrá que contemplar un trato diferenciado.

---

[844] Como lo sintetiza BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 242: "*igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones*". Por su parte, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 352, sostiene que la lectura conjunta de ambos artículos de la Constitución permite apreciar tres significados del principio de igualdad: por un lado, la igualdad ante la ley, que comprende una igualdad en el contenido de la ley y una igualdad en la aplicación de la ley; y, por el otro, el derecho a no ser discriminado. Posteriormente considera que la aplicación personal de la ley penal no es un tema de igualdad en la aplicación de la ley, sino de igualdad en el contenido de las leyes, en la medida que los privilegios o prerrogativas son creados por el legislador que define el contenido de la ley penal (p. 360). Esta afirmación no se comparte, en la medida que el hecho de que las prerrogativas estén legalmente contempladas no significa que sean parte de los tipos penales, sino que se trata de supuestos justificados de trato diferente que cumplen con la exigencia de taxatividad legal de los privilegios prevista en el artículo 10 del CP. Por lo tanto, la aplicación personal de la ley penal es un tema de igualdad en la aplicación de la ley penal.

En el caso concreto de la aplicación de la ley penal, el principio de igualdad ante la ley exige que la normativa penal se aplique sin distingos a las personas que cometen actos delictivos, tal como se desprende del propio tenor del artículo 10 del CP[845]. Sin embargo, la existencia de diferencias en la naturaleza de las cosas podría sustentar una aplicación diferente de la ley penal, como ocurre, por ejemplo, con las personas que ocupan determinados cargos o cumplen con ciertas funciones cuyo ejercicio debe preservarse de injerencias indebidas. A esta aplicación diferente de la ley penal se le conoce como privilegio o prerrogativa, el cual solamente podrá admitirse si se encuentra taxativamente previsto en las leyes o en los tratados internacionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 del CP. Como puede verse, se asume un sistema cerrado o taxativo de los privilegios[846].

Algunos autores nacionales se muestran en la actualidad bastante críticos con la existencia de privilegios en la aplicación de la ley penal[847], lo que cuenta con el apoyo de la opinión pública debido al abuso en el que han incurrido ciertos políticos beneficiaros de estos privilegios para sustraerse a su responsabilidad penal, con la evidente complicidad de sus correligionarios. No obstante, debe quedar claro que, en el plano conceptual, los llamados privilegios no se otorgan en atención a la diferencia de las personas, sino en razón de la función que éstas desempeñan[848]. Se trata de contrapesos políticos frente al Poder Judicial y a la posibilidad de incidir en la vida política o internacional del Estado, los que se asientan en la idea de que este poder del Estado no gobierna ni debe impedir gobernar, aunque la actividad del gobierno esté judicialmente controlada[849]. La solución al abuso, por lo tanto, no va por suprimir los privilegios, los cuales cumplen una función política importante, sino por instaurar mecanismos de correc-

---

[845] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 919, aunque destacando que se hace de manera imperfecta.

[846] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 924. El Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 2004 intensifica la reserva de ley de los privilegios, en la medida que exige que dichos privilegios se encuentren previstos en la Constitución (vid., así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 215).

[847] Así, DELGADO GUEMBES, *Prerrogativas parlamentarias*, p. 168 y ss., considera que en una sociedad democrática e igualitaria no es posible admitir los corporativismos que dan lugar a las prerrogativas.

[848] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 241 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 922; CARO JOHN, *Normativismo*, p. 224.

[849] Así, BACIGALUPO ZAPATER. *Justicia penal y derechos fundamentales*, p. 18.

ción para evitar el abuso. Por ejemplo, la interpretación de los privilegios debe hacerse de forma restrictiva, de manera tal que se evite su utilización por lo beneficiarios para evadir todo tipo de responsabilidad penal por sus actuaciones.

En la presente lección, se estudiarán los llamados privilegios o prerrogativas penales, esto es, aquellos que se refieren a la aplicación de la ley penal sustantiva. No serán tratados, por tanto, los privilegios de orden exclusivamente procesal, como sería el caso, por ejemplo, de los llamados procesos especiales en razón de la función. Dentro de los privilegios referidos a la aplicación de la ley penal sustantiva, se suelen diferenciar los privilegios en atención a si su fuente es la legislación ordinaria o los tratados internacionales. En lo que sigue, se procederá a precisar cuáles son estos privilegios, para lo cual vamos a dividir la exposición en función de la distinción entre privilegios de Derecho público interno y privilegios de Derecho internacional.

II. Los privilegios penales establecidos en el Derecho público interno

Los privilegios penales que se originan en normas de Derecho público interno se sustentan en la generación de condiciones adecuadas para el desempeño de determinados cargos públicos, en la medida que dichos cargos requieren cierto blindaje ante denuncias penales que respondan únicamente a intenciones o revanchas políticas. En este sentido, los privilegios apuntan a impedir o limitar las denuncias presentadas contra personas que ocupan o han ocupado determinados cargos públicos, de manera que solamente lleguen a los tribunales penales aquéllas que reúnen realmente las condiciones para ameritar un procesamiento penal. Muy importante es dejar establecido que los privilegios no constituyen una delegación de facultades jurisdiccionales a otros poderes del Estado, sino un filtro de carácter político que impide o restringe el uso "político" del sistema de represión penal[850]. En consecuencia, los órganos estatales encargados de pronunciarse sobre los privilegios de Derecho público interno no tienen que hacer un análisis jurídico-penal del caso, sino un examen puramente político, en

[850] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 215, apunta que el origen de las limitaciones que constituyen las prerrogativas son siempre de carácter político.

el sentido de determinar si la persecución penal se inspira en una finalidad política o si, por el contrario, responde realmente a la realización de una conducta delictiva.

La doctrina penal clasifica los privilegios de Derecho público interno en tres supuestos: la inviolabilidad, la inmunidad y el antejuicio político[851]. Con el primer privilegio se libera de responsabilidad penal a ciertas personas por los delitos que pudieran haber cometido en la realización de determinadas actividades o funciones. El privilegio de la inmunidad impide que una persona pueda ser inmediatamente detenida y procesada por la realización de un delito. Finalmente, el antejuicio político constituye un privilegio que lleva a que determinados funcionarios públicos no puedan ser procesados penalmente por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo si previamente no se decide el procesamiento por parte del Congreso. En los estudios especializados se discute la corrección de esta clasificación. Algunos autores cuestionan si la inmunidad y el antejuicio político son realmente privilegios penales o, más bien, condiciones u obstáculos de carácter procesal[852]. Otros autores, por el contrario, plantean ampliar la clasificación para considerar a la Justicia de menores y a la Justicia militar como privilegios en la aplicación de la ley penal[853].

La exposición que sigue se va a mantener en la clasificación tradicional de los privilegios penales internos de inviolabilidad, inmunidad y antejuicio político. La expresión sustantiva o procesal que pudiesen tener no altera su naturaleza de privilegio en el sistema penal. No se trata solamente de establecer si la ley penal resulta aplicable o no, sino también de cómo debe ser aplicada. En cuanto a los ámbitos del Derecho penal del menor y militar, debe precisarse que no constituyen propiamente privilegios, sino, más bien, fueros especiales[854] que, en determinados casos, pueden incluso llegar a ser más drásticos que la legislación penal ordinaria.

---

[851] Igualmente, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 243; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 166. Crítico frente a esta diferenciación conceptual, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

[852] Así, respecto de la inmunidad [SAN MARTÍN CASTRO, *JuS*, doctrina & práctica, 7 (2007), p. 117; CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 363] y respecto del antejuicio político (VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 217).

[853] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 944 y ss., 953 y ss.

[854] Por el contrario, DELGADO GUEMBES, *Prerrogativas parlamentarias*, p. 15 y ss., contextualiza los privilegios en la idea de los fueros especiales.

1. La inviolabilidad

El privilegio de la inviolabilidad establece que la persona que goza de este privilegio no puede ser castigada penalmente por la realización de determinados delitos[855]. Se trata de una protección legalmente prevista que impide que el privilegiado sea perseguido penalmente, siempre que se haya movido dentro del ámbito de alcance del beneficio de la inviolabilidad. El ejemplo más claro del privilegio de la inviolabilidad se encuentra en el artículo 93, segundo párrafo de la Constitución Política, en donde se establece la inviolabilidad de los congresistas por la emisión de sus opiniones y votos[856]. En efecto, en esta norma constitucional se establece que los congresistas no son responsables ante la autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, no responderán penalmente por la relevancia penal que pudiese alcanzar la expresión de sus opiniones (injurias, difamación o apología del delito), así como tampoco por las consecuencias penales derivadas de una decisión legislativa que haya contado con su voto. La existencia de este privilegio se justificaría en la necesidad de garantizar el libre ejercicio de la función congresal, sin el temor de verse envuelto posteriormente en un sinnúmero de denuncias penales por los actos realizados durante el desempeño del cargo[857].

Algunos autores consideran que la inviolabilidad constituye una causa de justificación, pues el funcionario público privilegiado realizará un acto típico en el ejercicio de sus funciones[858]. Por nuestra parte, disentimos de este parecer, ya que la existencia del privilegio de inviolabilidad no excluye el carácter delictivo de la conducta realizada, sino, en todo caso, su punibilidad[859]. Esta distinción conceptual no es puramente teórica, pues repercute en cuestiones prácticas como el tratamiento de la legítima defensa. Así, por ejemplo, un ministro de Estado interpelado podrá responder legítimamente frente a las agresiones verbales que en contra suyo realiza un

---

[855] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 243.

[856] Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

[857] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 926; TIEDEMANN, *Constitución y Derecho penal*, p. 135; CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

[858] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 928. En concreto hacen referencia al ejercicio de un derecho BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 185; FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal*, PG, p. 160.

[859] En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 216.

congresista ofuscado, sin que la situación de falta de pena para el congresista pueda influir en el ejercicio de una legítima defensa del honor. Las afirmaciones injuriantes del congresista siguen siendo una agresión ilegítima que puede dar pie a una defensa racional por parte del afectado e incluso de cualquier tercero.

2. La inmunidad

Tal como ya se indicó, la inmunidad es el privilegio que impide que ciertos funcionarios públicos puedan ser inmediatamente detenidos y procesados por la realización de algún delito (inmunidad de arresto y de proceso). El caso más conocido de inmunidad es la parlamentaria, la cual se encuentra expresamente regulada en el artículo 93 tercer párrafo de la Constitución Política. Según esta disposición constitucional, los congresistas no pueden ser procesados ni apresados sin previa autorización del Congreso desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en el cargo. Se trata, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional de "*una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación*"[860].

El privilegio de la inmunidad parlamentaria no es absoluto, pues puede levantarse bajo determinadas condiciones legalmente establecidas. En primer lugar, un congresista puede ser detenido en situación de flagrancia, en cuyo caso deberá ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión permanente en veinticuatro horas, a fin de que este órgano decida si procede privarle de la libertad y enjuiciarle penalmente por el delito cometido[861]. Fuera de los casos de delito flagrante, el Poder Judicial podrá solicitar al Congreso de la República que se le levante la inmunidad parlamentaria a un congresista denunciado por un delito, para poder procesarlo y condenarlo en caso de hallarlo culpable. Es importante precisar que el Congreso no se mueve discrecionalmente en relación con este privilegio, pues, tal como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, "*una*

[860] STC 0006-2003-AI/TC del 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 5.
[861] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 217.

*vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el **deber** de levantar la inmunidad al imputado*"[862] (el resaltado es nuestro).

3. El antejuicio político

El antejuicio político o acusación constitucional es un privilegio atribuido a altos funcionarios públicos por el cual estos funcionarios sólo podrán ser acusados penalmente por el Congreso de la República por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha establecido que "(e)*n virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley*"[863]. La finalidad de este privilegio es descartar que la posible persecución penal contra un alto funcionario se encuentre motivada por algún revanchismo político. Castillo Alva considera que el antejuicio está en realidad integrado en la inmunidad, por lo que no se trataría de un privilegio distinto[864]. Si bien esta afirmación podría ser correcta en casos como el de la inmunidad parlamentaria, no siempre es así, pues puede ser que exista una inmunidad que no esté vinculada a un antejuicio político, como sería el caso de las inmunidades diplomáticas.

El antejuicio político está regulado en el artículo 99 de la Constitución Política, en donde se concede este privilegio al Presidente de la República, los congresistas, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y al Contralor General por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en éstas. Las particularidades de este procedimiento parlamentario de control político se encuentran estableci-

[862] STC 0006-2003-AI/TC del 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 5.
[863] STC 0006-2003-AI/TC del 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 3.
[864] Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 364.

das en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Son tres las notas esenciales del antejuicio político, como lo destaca SAN MARTÍN CASTRO.[865] Un ámbito subjetivo que lo limita taxativamente a los altos funcionarios públicos mencionados en el artículo 99 de la Constitución; un ámbito material que lo circunscribe a los delitos de función; y un ámbito temporal que alcanza a los delitos cometidos durante su desempeño en el cargo y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones.

Un aspecto del procedimiento del antejuicio político que resulta sumamente discutible es la vinculatoriedad, para el Ministerio Público y el Poder Judicial, de los términos de la acusación del Congreso, en el sentido de que la denuncia penal y el auto de apertura de instrucción no pueden ampliar ni reducir los términos de dicha acusación[866]. La interpretación usual de esta disposición constitucional es entender que incluso la calificación jurídica de los hechos realizada por el Congreso resulta vinculante para el Ministerio Público y el Poder Judicial. Esta interpretación es, sin embargo, insostenible, pues no sólo afecta la independencia de la Administración de Justicia, sino que olvida que el antejuicio político es una institución política, no jurídica. Por lo tanto, darle a este procedimiento una vinculatoriedad jurídica significa olvidarse por completo de su verdadera naturaleza. El Tribunal Constitucional ha destacado el carácter inaceptable de la vinculatoridad de la calificación jurídica hecha por el Congreso, señalando que "*las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse*

[865] Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *JuS*, doctrina & práctica, 7 (2007), p. 112 y s. Igualmente, CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, p. 247.

[866] Sin contar que este dispositivo constitucional debe cambiar prontamente para ajustarse al nuevo modelo procesal penal, en el que no hay un fiscal que formaliza denuncia y un juez que abre instrucción, sino un fiscal que formaliza investigación preparatoria y comunica ello al juez de la investigación preparatoria. La urgencia de esta modificación se acentúa por el hecho de que, tal como lo dispone la Ley 29574, el nuevo Código procesal penal entrará en vigencia inmediata para los delitos cometidos por funcionarios públicos.

la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso"[867]. Por esta razón, exhorta al Congreso de la República a reformar la Constitución Política en atención a lo acabado de decir.

En la doctrina penal se ha sostenido un parecer que matiza el tenor de la disposición constitucional que establece la vinculatoriedad con los términos de la acusación constitucional para hacerla compatible con la autonomía del Poder Judicial. Se trata de darle a los términos de la acusación constitucional el carácter de una imputación provisional que no impide que posteriormente el juzgador pueda hacer un cambio en la calificación jurídico-penal del mismo hecho[868]. De esta manera, el proceso penal debe abrirse en los términos jurídicos establecidos en la acusación constitucional, pero esta calificación no tiene que mantenerse hasta la sentencia, sino que en mérito de lo investigado y juzgado puede ser perfectamente modificada.

III. Los privilegios penales establecidos en el Derecho internacional

Como ya se indicó, los privilegios penales de carácter internacional tienen su fuente en los tratados internacionales. Estos privilegios responden a la necesidad de garantizar que las relaciones internacionales no se vean afectadas por una eventual persecución penal de altos funcionarios que representan a países extranjeros[869]. Como puede verse, no se trata aquí de crear las condiciones para el desempeño de un cargo tal como sucede en el caso de las prerrogativas de Derecho público interno, sino de no afectar las relaciones internacionales con otros Estados, renunciando a la facultad de detener, procesar y, dado el caso, condenar al representante de

---

[867] STC 0006-2003-AI/TC del 1 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 17.

[868] Así, San Martín Castro, *JuS*, doctrina & práctica, 7 (2007), p. 115 y s.

[869] En este sentido, Fiandaca/Musco, *Derecho penal*, PG, p. 154. Igualmente Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho penal*, PG, I, § 3, n.m. 940, quien se remite a la necesidad de "*garantizar el cumplimiento eficaz de sus misiones diplomáticas en tanto que representantes de los Estados*".

un extranjero por la realización de un delito sancionado por la ley penal peruana. En todo caso, quedará en manos del Estado extranjero procesar y condenar a funcionario privilegiado conforme a la legislación penal de su propio país.

1. La inviolabilidad

Tal como sucede con la inviolabilidad de Derecho público interno, la inviolabilidad de Derecho internacional impide que ciertas personas respondan penalmente por la realización de un delito, siendo la única particularidad de esta última forma de inviolabilidad que su fundamento se encuentra en razones de Derecho internacional. Así, por ejemplo, el artículo 297 del Código de Bustamante establece que están exentos de las leyes penales del Estado extranjero en el que se encuentren los Jefes de Estado extranjeros[870]. En el Tratado de Montevideo de 1940 se amplía este privilegio a los miembros integrantes de su séquito[871]. Del mismo modo, en el artículo 19 de la Convención de la Habana de 1928 se establece que los funcionarios diplomáticos están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentren acreditados, extendiéndose este privilegio a todo funcionario diplomático, al personal oficial de la misión y a los familiares que viven bajo el mismo techo[872].

2. La inmunidad

La inmunidad diplomática constituye posiblemente el privilegio de Derecho internacional más conocido, alcanzando su ámbito de aplicación no sólo a los representantes diplomáticos, sino también a los papeles, archivos y correspondencia de carácter diplomático (la llamada valija diplomática). En virtud de este privilegio, ningún representante diplomático puede ser detenido ni procesado penalmente, estando incluso impedido de renunciar a este privilegio sin la autorización correspondiente de su gobierno. La inmunidad no alcanza a los representantes consulares que se limitan a funciones de carácter comercial o administrativo.

---

[870] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 937; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 218.

[871] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 938; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 218.

[872] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 941.

Algunos autores incluyen dentro de los privilegios de Derecho internacional el caso de los miembros de las fuerzas armadas extrajeras por los delitos cometidos dentro del perímetro de las bases militares apostadas en territorio de otro país[873]. Sin negar la existencia de una limitación de la aplicación de la ley penal en estos casos, no parece ser que se trate de un privilegio personal, sino de una cuestión de territorialidad, es decir, que las bases militares constituyen parte del territorio ficto del país extranjero, de manera tal que dentro de su perímetro resultan aplicables sus leyes penales, renunciado el Estado al que pertenece el territorio a la facultad de hacer efectivo el ejercicio de su potestad punitiva dentro del territorio ocupados por las bases militares extranjeras.

[873] Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 3, n.m. 943.

LECCIÓN 8
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. Introducción

Otro de los aspectos centrales que afectan la aplicación de la ley penal es el referido a su interpretación. Ya que de la ley no puede extraerse deductivamente la solución para el caso concreto[874], el juez debe siempre realizar un proceso de interpretación[875]. Este proceso no se lleva a cabo mecánicamente[876], sino que resulta necesaria una actividad de comprensión que se alcanza a través de un ir y venir de la ley general al caso concreto[877]. A pesar de que el juez cuenta con cierta autonomía para realizar el mencionado proceso de interpretación, éste no es llevado a cabo de una manera absolutamente discrecional, sino que se encuentra sujeto a ciertas reglas lógicas y a un contexto normativo. El establecimiento de tal procedimiento y los métodos disponibles dan origen a lo que la doctrina llama *teoría de la interpretación*[878]. En lo que sigue vamos a ocuparnos de esta parte importante de la aplicación de la ley penal, particularizando en el sistema penal los tópicos de discusión de la teoría general de la interpretación, así como destacando los aspectos especialmente relevantes para la aplicación de la ley penal.

---

[874] Vid., en este sentido, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

[875] Vid. SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 203; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 67 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 484 y ss.

[876] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 73.

[877] Vid., así, ENGISCH, *Einführung*, p. 56 y ss.; HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

[878] Estos aspectos generales de la interpretación de la ley penal adquieren contornos específicos en la teoría del delito y de las consecuencias jurídicas del delito. Por ello, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 104, diferencia la teoría de la interpretación, de la dogmática penal.

II. Los métodos de interpretación

1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal

En las exposiciones generales sobre la interpretación de la ley resulta usual hacer referencia a distintos métodos de interpretación a los que el intérprete puede acudir para poder desentrañar el sentido y alcance de un dispositivo legal. Dentro de estos métodos destacan especialmente el método gramatical, el sistemático, el histórico y el teleológico. Como es bastante sabido, el primero acude al sentido literal del texto legal para determinar el alcance de la regulación sometida a interpretación, mientras que el segundo procura dotar de sentido a la ley interpretada, en atención a un contexto normativo general que permitiría ordenar los conceptos utilizados en la ley. A determinar cuál era la voluntad del legislador al promulgar una ley apunta el llamado método histórico, el cual resulta de especial importancia en la interpretación de dispositivos legales de reciente creación. En un plano más objetivo se mueve el método teleológico, el cual intenta determinar el fin de la regulación a efectos de ordenar la interpretación del texto legal a dicho fin.

Los métodos de interpretación mencionados son utilizados para determinar aspectos muy concretos de la ley penal. Así, por ejemplo, el método gramatical sirve para fijar el significado máximo que el intérprete puede asignar a los conceptos legales sin abandonar el tenor de la ley penal, lo cual resulta de suma importancia en el Derecho penal por la observancia rigurosa del principio de legalidad. Por su parte, el método sistemático permite dar sentido a la ley penal en función de su contexto jurídico[879], esto es, de la estructura del Código penal, la cual se divide en una Parte General y en una Parte Especial. En este último caso, la determinación del título o capítulo de la Parte Especial en el que se incardina el tipo penal sometido a análisis permite ordenar su interpretación de manera más homogénea no sólo en función del bien jurídico protegido, sino también de la forma de ataque prohibida[880]. El método histórico apunta a determinar la finalidad político-criminal que sustenta de forma reconocible la promulgación del Código Penal o de una ley penal especial[881], para lo cual recurre a di-

[879] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 538.
[880] Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, PG, p. 106.
[881] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 548.

versos documentos escritos como proyectos, exposición de motivos, actas de comisiones o debates parlamentarios, etc[882]. Posiblemente el método teleológico sea el más importante en la interpretación de la ley penal, al menos de los tipos penales de la Parte Especial, en la medida que permite orientar la determinación de la conducta prohibida en función del fin de protección[883], esto es, del bien jurídico penalmente protegido.

2. La ordenación de los métodos de interpretación

Al abordar el tema de la interpretación de la ley penal, la doctrina penal menciona usualmente los métodos de interpretación como un conjunto de pasos sucesivos que permiten determinar el contenido y alcance de la ley penal. Así, el intérprete partiría del tenor literal de la ley penal en el sentido del uso ordinario del lenguaje, considerando luego la construcción del dispositivo penal así como el contexto jurídico sistemático en el que se encuentra. Luego pasaría a determinar la intención histórica del legislador que aprobó la ley correspondiente (así como las reformas posteriores) para finalmente llegar a establecer cual es la finalidad objetiva (*telos*) de la ley interpretada[884].

Frente a la forma usual de ordenar la interpretación de la ley penal se opone aquélla que ve en el proceso interpretativo no una sucesión de los criterios de interpretación, sino una combinación de los mismos. En esta línea se mueve, por ejemplo, el parecer de Hassemer, quien entiende que, debido a la falta de una metateoría de la teoría de la interpretación que precise en qué situación de la decisión judicial debe utilizarse un determinado criterio de interpretación, la solución del caso concreto se muestra como una síntesis de los criterios de interpretación, explicable más por razones subjetivas[885]. Jakobs admite también que en el proceso hermenéutico se presenta una conexidad entre los métodos de interpre-

---

[882] Vid., Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, PG, p. 107.

[883] Vid., Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 7.

[884] Vid., en este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 28; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 82 y ss.; Muñoz Conde, *Introducción*, p. 231 y s., aunque reconoce que no cabe absolutizar dicho procedimiento. Por su parte, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 563 y s., niegan, en la actualidad, que la interpretación sea un procedimiento compuesto por estas etapas diferenciadas.

[885] En este sentido, Hassemer, *NK*, § 1, n.m. 119 y ss.; El Mismo, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 21; El Mismo, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 154; Bacigalupo Zapater, *Técnica de resolución*, p. 143.

tación (subjetivo, histórico y objetivo), pero niega que sea el resultado de un proceso subjetivo del juez, sino que se trata, más bien, de determinar el supuesto fin de regulación de la ley penal. Sólo con tal determinación puede llevarse a cabo la interpretación de la ley penal; esto es, la especificación de los elementos generales de la forma de conducta prohibida por el tipo penal[886].

Ante el panorama doctrinal expuesto, nos inclinamos por el parecer que sostiene que el criterio esencial para la interpretación de la ley penal se encuentra en la determinación del fin de la regulación (*telos*)[887]. De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez encargado de utilizarla para la solución de un caso concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley[888]. Para poder determinar este fin de regulación debe recurrirse sobre todo a una teoría objetiva (voluntad de la ley), sin dejar de lado obviamente la conexidad o correspondencia con los criterios subjetivo e histórico[889]. Elementos de juicio para esta constatación objetiva de la voluntad de la norma son su denominación legislativa, el tenor literal, y sobre todo su ubicación sistemática. En el caso específico del Derecho Penal, determinar el fin de la regulación penal significa establecer la concreta expectativa social garantizada normativamente y cuáles son las formas de conducta que la defraudan.

---

[886] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 18 y ss. Igualmente destaca la preponderancia del método teleológico como reconstrucción racional de las proposiciones jurídico-penales, SILVA SÁNCHEZ, *FS-Jakobs*, p. 646.

[887] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 18, en tanto parte de la necesidad de una representación del fin de regulación para poder llevar a cabo una interpretación (el llamado círculo hermenéutico). Destacan el papel primordial de la interpretación teleológica, SILVA SÁNCHEZ, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 208; AROCENA, *Interpretación*, p. 30 y s. De una opinión distinta es HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 114, quien cuestiona la interpretación teleológica como un criterio externo, y lo considera no más que un aspecto que está en la cabeza del juez.

[888] JAKOBS, *Derecho Penal*, AT, Apdo 4, n.m. 18, indica que una incorrecta determinación del fin de la regulación trae soluciones interpretativas inservibles o útiles sólo por casualidad.

[889] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, AT, Apdo 4, n.m. 21, pues si no existe tal conexidad o correspondencia entre los criterios mencionados, la interpretación llegará a resultados correctos sólo por casualidad. Destacan la necesidad de emplear ambos criterios, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 511.

III. La perspectiva de la interpretación de la ley penal

En la interpretación de la ley penal se discute la cuestión de si el Derecho penal determina el significado de los conceptos utilizados por los tipos penales de manera autónoma o no. La doctrina penal se encuentra entre dos perspectivas de análisis que llevan a soluciones interpretativas diferentes. Por un lado, se encuentra la perspectiva fáctica de análisis, la cual establece el significado de los elementos típicos de manera independiente de la regulación civil, mercantil o administrativa[890]. Frente a esta perspectiva de análisis se opone aquélla que entiende que el Derecho penal cumple una función de refuerzo penal de las instituciones civiles, comerciales o administrativas, de manera tal que tendría que asumir un carácter esencialmente accesorio[891].

1. La perspectiva fáctica de análisis

A. Consideraciones generales

Tiedemann afirma que la unidad del ordenamiento jurídico, como un todo ideal sin contradicciones, no excluye la formación de ámbitos parciales independientes del Derecho con objetivos y contenidos conceptuales propios[892]. En este sentido, el Derecho penal puede utilizar términos en sus tipos penales que no necesariamente tienen que corresponderse con el sentido que le asigna el Derecho civil, administrativo, comercial o laboral. Precisamente sobre estas ideas se basa un sector de la doctrina penal para sostener el parecer de que la ley penal debe interpretarse con base en un criterio autónomo respecto del resto del ordenamiento jurídi-

---

[890] Vid., sobre esta perspectiva de análisis utilizada desde hace mucho por la jurisprudencia de los tribunales alemanes, Bruns, *GA* 1982, p. 22; El Mismo, *JR* 1984, p. 136; Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 103.

[891] Vid., así, en el Derecho penal patrimonial, Kindhäuser, *Strafrecht*, BT, II, p. 43. En el Perú, en relación con los delitos contra el medio ambiente, Caro Coria, *Derecho penal*, p. 120. Es muy importante no confundir la secundariedad del Derecho penal que se expresa en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad con el carácter accesorio del Derecho penal. El hecho de que el Derecho penal debe ser la *última ratio* no significa que sus criterios informadores sean los mismos que los manejados en los ámbitos previos de control. El carácter secundario del Derecho penal puede verse ya en la comprensión de las normas de Binding, *Normen*, I, p. 45.

[892] Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 41.

co[893]. Se trata de la llamada perspectiva fáctica de análisis, la cual, desde su formulación para el Derecho penal por BRUNS en 1938[894], ha encontrado muchos adeptos sobre todo en la interpretación de las leyes penales de carácter económico[895].

La perspectiva fáctica de análisis pretende constituirse en un método autónomo de interpretación de la ley penal[896], de manera que los elementos típicos sean definidos en un sentido estrictamente fáctico, es decir, con independencia de su significación en el Derecho civil, comercial o administrativo. Así, por ejemplo, términos como administrador o directivo de una persona jurídica, deudor, patrimonio o contrato, no tienen que ser comprendidos o interpretados conforme a su regulación extrapenal, sino conforme a las necesidades penales de prevención o de castigo[897]. El único límite que podría tener este método hermenéutico sería el tenor literal de los tipos penales, pues, de lo contrario, se daría entrada a la analogía prohibida en la fundamentación de las sanciones penales[898].

Pese a la utilidad práctica de la perspectiva fáctica de análisis para solucionar determinados vacíos de punibilidad[899], resulta pertinente señalar que un enfoque absoluto desde esta perspectiva no puede ser considerado correcto. No cabe duda que las leyes penales deben interpretarse siempre desde la perspectiva del Derecho penal, esto es, desde la función que cumple el Derecho penal, pues un traslado del sistema de regulación del Derecho civil o administrativo al ámbito penal implicaría confundir ámbitos jurídicos diferenciados a los que corresponden funciones sistémicas distin-

---

[893] Vid., la referencia a esto, en TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 59.

[894] BRUNS, *Befreiung, passim*. Vid., también la referencia en CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 17 y ss.; GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 25.

[895] Esto puede verse claramente en el tema de la responsabilidad penal de los administradores de personas jurídicas. Vid., así, GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 97 y ss.; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 15; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 140 y ss.

[896] Vid., así, BRUNS, *JR* 1984, p. 135 y ss. Vid. también la referencia de CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 72 y ss. En contra de una consideración de la perspectiva económica de análisis como método de interpretación, TIEDEMANN, *NJW* 1977, p. 779; EL MISMO, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

[897] Vid., supuestos en los que puede rendir utilidad la perspectiva fáctica de análisis, BRUNS, *JR* 1984, p. 136 y ss.; CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 74.

[898] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *NJW* 1977, p. 779; EL MISMO, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *Einführung*, p. 69.

[899] Reconoce la ventaja de este método incluso TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 525.

tas[900]. No obstante, el Derecho penal se ocupa de aspectos de la realidad que cuentan, por lo general, con una regulación extrapenal que condiciona de alguna manera el objeto de protección penal[901]. Por esta razón, no puede admitirse una interpretación puramente fáctica que niegue la base jurídica de la realidad penalmente regulada[902]. Si bien las expectativas aseguradas por el Derecho penal son independientes de las que establece el Derecho civil, comercial o administrativo y, por ello, no puede hablarse de una absoluta accesoriedad, tampoco puede desestimarse la regulación extrapenal para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho penal. La autonomía de la interpretación penal se encuentra en las consecuencias jurídicas, no en el objeto de regulación.

Ilustremos las consideraciones precedentes con un ejemplo: El término "bien mueble" que se utiliza en el tipo penal de hurto previsto en el artículo 185 del CP no debe interpretarse de una forma absolutamente accesoria a la regulación jurídico-civil de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. En este sentido, por ejemplo, si bien la regulación civil establece que los bienes muebles integrantes de un bien inmueble deben considerarse bienes inmuebles con base en la regla de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (artículo 889 del CC), no hay duda que su sustracción subrepticia puede calificarse como un delito de hurto, pues a efectos penales siguen considerándose un bien que puede ser desplazado de la esfera de dominio del titular a la de otro[903]. Esta autonomía interpretativa no debe llevar, sin embargo, a desdibujar el criterio de distinción de bienes muebles e inmuebles asumido por el Código penal, de manera tal que se considere, por ejemplo, una plataforma flotante como un bien mueble.

La interpretación de la ley penal basada en una perspectiva puramente fáctica sólo podría estar justificada en ámbitos económicos en los que no existe en lo absoluto una regulación extrapenal o ésta sea penalmente irrelevante[904]. Pero debe quedar claro que este recurso excepcional a una pers-

---

[900] Vid., Witteck, *Der Betreiber*, p. 168 y s.

[901] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Einführung*, pp. 2, 67; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 78.

[902] Son razones materiales del objeto de protección las que obligan a una consideración de la regulación extrapenal en la regulación penal, y no, más bien, cuestiones de carácter formal, como lo sostiene Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 525 y s., con base en la seguridad jurídica.

[903] Así, Kindhäuser, *Strafrecht*, BT, II, p. 48; García Cavero, *Nuevas formas*, p. 34 y s.

[904] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 61; El Mismo, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

pectiva fáctica de debe precisamente a que la base material de la regulación penal es estrictamente económica. Por ejemplo: El delito de comercialización de bienes defectuosos destinados al uso o consumo humano (artículo 288 del CP) debe ser interpretado en un sentido puramente fáctico o económico, por lo que no cabe exigir que el sujeto activo del delito reúna la calidad de comerciante, ni que la comercialización cumpla con ciertas exigencias contractuales para considerarla tal. La protección penal no se centra en la contratación, sino en la peligrosidad de lo recibido.

B. Supuestos especiales

Las consideraciones que hasta ahora hemos hecho sobre la autonomía interpretativa de la ley penal adquieren una especial importancia en dos mecanismos de regulación utilizados cada vez más en el Derecho penal contemporáneo. Nos referimos a las llamadas cláusulas generales, especialmente las que sancionan las llamadas conductas de fraude a la ley, por un lado, y la doctrina del levantamiento del velo, por el otro. Para establecer si en estos supuestos hay que utilizar siempre una interpretación puramente fáctica, haremos seguidamente una exposición particularizada.

a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal

TIEDEMANN señala que la perspectiva fáctica de análisis se introduce en las leyes penales frecuentemente a través de cláusulas generales[905]. Esta afirmación resulta correcta cuando se trata de conceptos indeterminados que no tienen una regulación extrapenal previa que permita al juez dotar de contenido jurídico al objeto de regulación (por ejemplo, el elemento típico de "índole obscena" del delito de exhibicionismo previsto en el artículo 183 del CP). Sin embargo, en caso de existir una regulación extrapenal que permita dar contenido al concepto general empleado por el tipo penal, deberá atenderse necesariamente a los criterios desarrollados por la ley extrapenal[906], lo cual, como ya se dijo, no significa una identidad en los criterios de decisión de las consecuencias jurídicas. Por ejemplo, la cláusula general del delito de fraude concursal previsto en el artículo 209 del CP que permite ampliar el ámbito de aplicación de este tipo penal a cualquier procedimiento de reprogramación de obligaciones

[905] TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 696.
[906] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 62.

cualquiera fuera su denominación, no autoriza a una interpretación autónoma, sino a definir esta clausula general en atención a la regulación concursal.

En el caso especial de las cláusulas de fraude a la ley penal, resulta usual recurrir directamente a una perspectiva fáctica de análisis[907]. Mediante la interpretación económica se procura dejar de lado las formas jurídicas utilizadas por el autor para evitar caer en el supuesto regulado por la ley penal[908]. En nuestra opinión, resulta correcto el parecer de Bruns, quien sostiene que las cláusulas de incriminación del fraude a la ley penal deben interpretarse fácticamente, pues de lo que se trata es precisamente de sancionar las conductas que mediante el abuso de las posibilidades jurídicas afectan igualmente el fin de protección de la norma correspondiente[909]. Pero a pesar de la preeminencia de la interpretación fáctica en la represión del fraude a la ley penal, debemos afirmar que no siempre resulta correcto recurrir en estos casos a una perspectiva fáctica de análisis, pues cuando la protección penal apunta a una institución social específica que se encuentra regulada extrapenalmente, no puede sancionarse, con base en consideraciones puramente fácticas, casos que no están reconocidos en el ámbito previo de regulación como afectaciones prohibidas.

Así, por ejemplo, en el Derecho Penal Alemán existe un tipo penal que castiga a los administradores de una sociedad por no haber iniciado oportunamente un procedimiento concursal ante una disminución sustancial del patrimonio. Si se incluyese a través de una cláusula general a los administradores de hecho de la sociedad con la finalidad de abarcar a aquellos que intentan evadir su responsabilidad penal, evitando ser nombrados formalmente como administradores de la sociedad, el concepto administrador de hecho no podrá interpretarse de un modo puramente fáctico, sino en consonancia con la regulación concursal correspondiente. Esto significa que habrá que determinar en este ámbito hasta dónde puede llegar el concepto administrador de hecho. Si la regulación concursal, por ejemplo, impone el deber de iniciar el procedimiento concursal al administrador de derecho y, en todo caso, al administrador con nombramiento ineficaz, la interpretación penal no podrá alcanzar al que

---

[907] Vid., así, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 58; El Mismo, *Lecciones*, p. 151.

[908] En este sentido, Bruns, *GA* 1986, p. 12.

[909] Bruns, *GA* 1986, p. 26. De otra opinión, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 533, en el sentido de una interpretación estricta.

simplemente ha usurpado la función de administrador. La interpretación penal no puede desbordar en estos casos los contornos jurídicos de la relación institucional penalmente garantizada con una concepción puramente fáctica de los términos.

b. La doctrina del levantamiento del velo

Otra de las cuestiones que presenta ciertas peculiaridades respecto de la interpretación de las leyes es el caso de la llamada doctrina del levantamiento del velo. Como es sabido, el origen de esta doctrina no es de carácter penal, sino que proviene del Derecho civil, comercial y tributario[910]. La idea central de este mecanismo jurídico consiste en dejar de lado la personalidad jurídica constituida únicamente como una pantalla para ocultar una situación jurídico-material de otro(s) sujeto(s)[911]. En el Derecho penal, en particular, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo para evitar las dificultades de imputación que presentan ciertos delitos especiales[912], en tanto el elemento especial solamente está presente en una persona jurídica pantalla, pero no en las personas que se ocultan detrás de ésta[913]. Al prescindirse de la persona jurídica se descubre a los que permanecían ocultos y se les considera como los verdaderos titulares de la posición jurídica ocupada formalmente por la persona jurídica.

Los rasgos mencionados de la doctrina del levantamiento del velo en Derecho penal permiten detectar ciertas similitudes con otros institutos jurídico-penales. En primer lugar, cabe preguntarse si los problemas de imputación que la teoría del levantamiento del velo soluciona, no son solventados ya por la regulación actual del actuar en lugar de otro, en tanto este instituto jurídico-penal permite la sanción de los órganos de representación de la persona jurídica en caso de delitos especiales. Este parecer se haría incluso más evidente con la inclusión de la figura del administrador

---

[910] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 40; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 321.

[911] Vid., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 1; SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 41; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 94.

[912] En los delitos comunes, el abuso de las formas jurídicas presentaría solamente problemas de prueba. Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 170. Crítico frente al uso del levantamiento del velo en el Derecho penal, GONZALEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, p. 83.

[913] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 41; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 320.

de hecho dentro del círculo de "representantes" de la persona jurídica[914]. Sin embargo, a pesar de la innegable vinculación de ambos mecanismos, creemos que no puede sostenerse una identidad de contenido de los mecanismos esbozados, pues aun cuando se mantenga una concepción lo más amplia posible de administrador (de hecho), en los casos en que la persona jurídica no es más que una pantalla no se puede hablar en sentido estricto de un administrador[915]. Por esta razón, puede concluirse que la doctrina del levantamiento del velo se ocupa de un ámbito de problemas que no se pueden resolver con la fórmula del actuar en lugar de otro[916].

Se ha afirmado, por otro lado, que la doctrina del levantamiento del velo no constituye más que una aplicación particularizada del fraude a la ley, concretamente el uso abusivo de las formas societarias[917]. Conforme a estas ideas, el fraude a la ley penal lo cometerían las personas a las que se dirige la norma penal y que se ocultan tras una persona jurídica con el objeto de sustraerse a la misma. Si se admite esta vinculación de la técnica del levantamiento del velo con el fraude a la ley, la primera tendría que asumir las mismas reglas y limitaciones del segundo. Por nuestra parte, consideramos que si bien ambos supuestos se informan de la perspectiva fáctica de análisis, responden a problemas distintos. La teoría del levantamiento del velo, por ejemplo, se engloba en el tema más general de las conductas o negocios aparentes[918]. En estos casos la simulación es absoluta, pues se trata de un negocio o una persona jurídica pantalla que no existe realmente y que solamente busca generar una situación de error para proceder a una estafa o defraudación especial (defraudación tributaria, por ejemplo). En el

---

[914] Pone de manifiesto esta aproximación SILVA SÁNCHEZ, *Fenómenos delictivos complejos*, p. 175, acogiendo una concepción amplia del concepto "administrador de hecho".

[915] Similarmente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 3; LOS MISMOS, *El delito fiscal*, p. 81 y ss. Críticamente, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 197, nota al pie de página 27.

[916] En la sentencia del Tribunal supremo español de 24 de julio de 1989, ponente Bacigalupo Zapater, se pone de manifiesto esto: "*En efecto, si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa, que no importa una verdadera independencia de patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un único sujeto o sujetos individuales, no cabe ya hablar de un actuar en lugar de otro*". Vid., sobre esta línea jurisprudencial, MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 84 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 24 y ss.

[917] Vid., así, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 1. De un parecer discrepante, ZORNOZA PÉREZ, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 226 y s.

[918] Vid, con referencias y ejemplos, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 74.

caso del fraude a la ley, por el contrario, la conducta u operación realizada es realmente llevada a cabo, colocándose la simulación en el plano de los efectos económicos de la operación, pues mediante actos posteriores de ejecución o rectificación, se consigue obtener los beneficios económicos que no se habrían alcanzado de haber seguido el camino regular.

La doctrina del levantamiento del velo constituye un mecanismo de solución que debe enmarcarse dentro de las llamadas conductas o negocios aparentes y que busca levantar el ropaje ficticio que se le da a una operación oculta para procurar indebidamente determinados beneficios. Pese a las diferencias conceptuales entre el negocio aparente y el fraude a la ley, no puede negarse una cierta similitud en los mecanismos para hacer frente a estos supuestos fraudulentos, pues en ambos casos debe utilizarse un criterio de interpretación fáctica. En efecto, la doctrina del levantamiento de velo debe utilizar un criterio de interpretación de carácter fundamentalmente fáctico[919], pero siempre dentro del marco de libertad interpretativa que ofrece el tipo penal correspondiente[920]. En consecuencia, el recurso a la técnica del levantamiento del velo no debe dar lugar a una infracción del principio de legalidad[921]. Por ultimo, convendría que así como en los casos más usuales de fraude a la ley el legislador establece cláusulas específicas para sancionar conductas de evasión de la ley penal, se promulguen igualmente normas penales que permitan, conforme a determinados requisitos[922], un levantamiento del velo en el Derecho penal. De alguna manera, algunos tipos penales como la estafa o la defraudación tributaria lo hacen cuando incluyen frases como "cualquier otra forma fraudulenta".

Para explicar con un ejemplo sencillo el tratamiento de los negocios aparentes: En los delitos tributarios debe asumirse, en determinados casos, un concepto económico de patrimonio en caso de sociedades vinculadas o

---

[919] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 45; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174, considera el levantamiento del velo una manifestación de la perspectiva fáctica de análisis.

[920] Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 64.

[921] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Empresa y delito*, p. 47; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 195.

[922] En los estudios especializados se establece como requisito fundamental del levantamiento del velo, por ejemplo, su carácter subsidiario, es decir, que solamente podrá recurrirse al mismo en casos muy especiales. Vid., así, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 2; ZORNOZA PÉREZ, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 227. Por su parte, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 79, señala que estas cláusulas especiales deben interpretarse restrictivamente.

pantallas para evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda llevar a una defraudación de tributos en perjuicio del Estado[923]. Sin embargo, la legitimidad de tal recurso interpretativo llega solamente hasta el tenor literal del tipo penal[924], pues ni siquiera una interpretación fáctica puede superar el límite gramatical del tipo y la prohibición de analogía[925]. Si se llegaran a contemplar cláusulas para solventar los casos de negocios o conductas aparentes, el margen de libertad interpretativa resultaría mayor y se ofrecería, por otra parte, mejores argumentos para rechazar una infracción al tenor de la ley penal.

2. La accesoriedad del Derecho penal

A. Consideraciones generales

Un sector importante de la doctrina penal defiende el carácter accesorio de la protección ofrecida por el Derecho penal[926], lo que significa sostener una interpretación de la ley penal fuertemente vinculada a la regulación extrapenal. Por nuestra parte, como ya lo adelantamos, consideramos que el Derecho penal lleva a cabo una interpretación autónoma de las leyes en cuanto a las consecuencias de su regulación. El hecho que el objeto de regulación penal esté configurado por una normativa extrapenal no obliga a realizar una interpretación accesoria de la ley penal[927].

La accesoriedad en la protección penal solamente podría resultar correcta cuando la vinculación del Derecho penal con los ordenamientos extrapenales se deba a una protección institucional, es decir, cuando se trate de asegurar penalmente el funcionamiento o los efectos de la regulación de determinadas instituciones sociales reguladas civil o administrativamente[928]. En estos casos, incluso los criterios de imputación penal deben de

---

[923] Vid., sobre el supuesto de fraude a la ley en un delito fiscal, Serrano González de Murillo/Merino Jara, *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.; Silva Sánchez, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172.

[924] Vid., en este sentido, Tiedemann, Voz: Umgehung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 23; Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 323.

[925] Vid., en este sentido, Arroyo Zapatero, *Revista Penal* 1 (1998), p. 12.

[926] Vid., especialmente en el Derecho penal económico, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 530; El Mismo, *Poder económico*, p. 21; Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 32.

[927] Vid., Kölbel, *GA* 2002, p. 403 y ss.

[928] Así, en relación con los deberes de funcionarios públicos, Pawlik, *InDret* 1/2008, p. 21. Tiedemann, *Einführung*, p. 3, denomina en general estos casos como supuestos

estar informados por las particularidades de la regulación extrapenal, de manera tal que una interpretación puramente fáctica no resulta de recibo. Sólo si la regulación extrapenal recurre a criterios puramente fácticos para configurar la relación institucional, podrá el Derecho penal tener en cuenta también estos criterios en la interpretación de tipos penales referidos a instituciones sociales.

Ilustremos la interpretación accesoria en caso de protección de deberes institucionales con un caso específico. Determinados delitos de funcionarios públicos sustentados en la institución de los deberes estatales se enmarcan completamente en un ámbito de actuación económica. No obstante, esta inclusión en el ámbito económico no altera en lo absoluto los criterios de imputación sobre los que se sustentan, sino que simplemente se particularizan en este contexto económico concreto. En este sentido, la infracción de los deberes funcionariales se mantienen vinculados a los ámbitos de regulación extrapenal, asumiendo el Derecho penal solamente la función de mantener la intangibilidad de los contornos normativos de la institución social específica de la que surgen los deberes especiales del funcionario público. En este contexto de ideas, la interpretación del tipo penal específico adquiere un carácter esencialmente accesorio en relación con la normativa extrapenal.

En nuestro Código penal se puede apreciar la situación descrita en el párrafo precedente en el caso del delito contra los recursos naturales previsto en el artículo 309 inciso 3 del CP. En efecto, para poder determinar los casos en los que un funcionario público responderá penalmente por favorecer actos contra los recursos naturales, resulta necesario recurrir a la normativa administrativa del medio ambiente que establece sus funciones en relación con la autorización y el control de las actividades de explotación de los recursos naturales. Como puede deducirse fácilmente, la interpretación penal es completamente accesoria, pues se trata de reforzar penalmente el cumplimiento de deberes funcionariales dirigidos a la protección administrativa del medio ambiente[929]. El delito está configurado, pues, como un delito de infracción de un deber.

---

de "contrariedad al deber", en los que no cabe duda que la ley penal hace una remisión concluyente a los deberes configurados extrapenalmente.

[929] Amplía este deber institucional a los particulares, WITTECK, *Der Betreiber, passim.*

B. Supuestos especiales

Hemos reconocido en las líneas precedentes que la interpretación de la ley penal es, por lo general, autónoma y sólo excepcionalmente se vincula a la normativa extrapenal mediante instituciones específicas. Esta afirmación general encuentra, sin embargo, casos especiales en los que, fuera de la protección institucional, la interpretación apunta a ser accesoria. Nos referimos concretamente a los casos de las leyes penales en blanco y de los tipos penales que recogen la llamada accesoriedad administrativa de acto.

a. Las leyes penales en blanco

El uso de leyes penales en blanco se encuentra muy extendido en el Derecho penal actual debido al dinamismo de la vida moderna[930]. En estos casos, el tipo penal realiza una descripción muy general de la conducta penalmente prohibida, remitiéndose a regulaciones extrapenales para especificar su contenido. Este acoplamiento de la ley penal con la regulación extrapenal presenta, sin embargo, serios problemas interpretativos, pues, como lo advierte TIEDEMANN, se produce una identificación de la norma de conducta penal con la norma extrapenal[931], de manera tal que el Derecho penal asume una función fundamentalmente accesoria, en el sentido de protección de la regulación extrapenal[932]. Ante esta situación, se plantea el dilema de si las normas de remisión deben interpretarse desde una perspectiva exclusivamente penal o mantener su significación extrapenal.

Para poder responder al interrogante planteado, consideramos necesario, en primer lugar, marcar las diferencias entre las leyes penales en blanco y los tipos penales que poseen simplemente elementos normativos de carácter jurídico. El denominador común es que ambas formas de tipificación constituyen tipos penales abiertos, en tanto ofrecen al juez un marco interpretativo amplio que le permite administrar Justicia en ámbitos muy dinámicos. En la doctrina penal se discute si puede diferenciarse conceptualmente la ley penal en blanco y los elementos normativos jurídicos. Un

---

[930] Vid., así, TIEDEMANN, Voz: Blankettstrafgesetzen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 819 y s.

[931] Vid., TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 695. En nuestro país advierte este peligro respecto del delito de usura, YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 233.

[932] Vid., así, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 530. Vid., en general, KÖLBEL, *GA* 2002, p. 410

sector de la doctrina considera que estos conceptos no se identifican[933], mientras que otro sector entiende que se trata de conceptos coincidentes[934]. Por nuestra parte, nos inclinamos por una solución intermedia, en la medida que entendemos que, en la interpretación judicial, no conllevan un procedimiento idéntico de determinación, pero que en la imputación subjetiva no presentan mayores diferencias[935].

El punto de discusión en el marco de las teorías diferenciadoras se ubica en el criterio de distinción. Una forma de interpretación considera que si la remisión a otras normas es expresa, se estará ante una ley penal en blanco; mientras que si se trata de una remisión tácita será un elemento normativo. Otra interpretación considera que el criterio de distinción se encuentra en si el tipo de injusto es cerrado (elemento normativo) o abierto (tipo penal en blanco). Una tercera interpretación coloca el punto decisivo en el lugar de procedencia del mandato normativo, en la norma penal (elemento normativo) o en la norma extrapenal (ley penal en blanco). Finalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el tema plantea el criterio de distinción del objeto de protección. Si el tipo penal se remite al ámbito de regulación extrapenal para determinar el objeto de protección, se tratará de un elemento normativo del tipo[936].

Si bien, como se ha dicho, el proceso de determinación judicial de la ley penal en blanco y de los elementos normativos del tipo no es sustancialmente distinto, se presentan ciertas peculiaridades que deben mencionarse. En la ley penal en blanco la especificación de la conducta prohibida se lleva a cabo mediante una remisión a normas extrapenales, tratándose, por tanto, de una especificación que no depende del juez, sino de la ley extrapenal (p.e. los intereses máximos en el delito de usura o los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración)[937]. En el caso de los elementos nor-

---

[933] GARCÍA ARÁN, *EPCr* XVI, p. 68 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 19 y s.; TIEDEMANN, *Einführung*, p.56 y s.

[934] SILVA SÁNCHEZ, *La ley penal*, p. 51 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 250; DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites*, p. 124 y s.; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 235.

[935] En la misma dirección se encuentra la interpretación de OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 190 y s.

[936] Sobre los diversos criterios de distinción brevemente esbozados, vid., con mayores referencias, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 56 y ss.

[937] Similarmente, mediante otro razonamiento, SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, p. 373, al señalar que la remisión de la ley penal en blanco escapa a la decisión del juez.

mativos de carácter jurídico, por el contrario, la especificación del elemento normativo para el caso concreto lo hace propiamente el juez, aunque para ello deba seguir ciertamente criterios de referencia establecidos legalmente[938]. Un ejemplo para ilustrar esto: El elemento normativo de "ajenidad" de los delitos patrimoniales no es especificado mediante supuestos por el Código Civil, sino que éste ofrece simplemente los criterios para que el juez determine si el objeto material del delito es efectivamente ajeno o no. Si el Código Civil estableciera qué objetos son ajenos o no, entonces estaríamos ante una ley penal en blanco.

Conclusión de lo anteriormente señalado es el hecho de que el juez se encuentra mucho más vinculado con las normas complementarias o especificadoras de las leyes penales en blanco, lo cual parecería hablar en favor de una interpretación accesoria del Derecho penal[939]. Sin embargo, el acercamiento entre el Derecho penal y las leyes extrapenales no se realiza mediante el abandono por parte de la ley penal de su carácter de tal, sino mediante la utilización penal de criterios de complementación o especificación contenidos en leyes extrapenales[940]. El Derecho penal no es accesorio al Derecho civil, comercial o administrativo, sino que el Derecho penal cumple su función mediante el uso de criterios de complementación o especificación extrapenales. En este sentido, las leyes extrapenales deben interpretarse conforme a su ámbito de procedencia sólo en tanto permiten configurar los criterios parciales de decisión establecidos por la ley penal o ayuden a especificarlos en supuestos concretos. Los efectos que tales leyes producen en el ámbito extrapenal, por el contrario, no interesan al Derecho penal.

b. La accesoriedad administrativa de acto

Otro supuesto especial en el que se discute una interpretación accesoria de la ley penal tiene lugar en los casos de accesoriedad administrativa de acto. El fenómeno de la accesoriedad administrativa puede entenderse

---

[938] Desde una perspectiva similar, en el sentido de distinta forma de interpretación, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 15. Un criterio de diferenciación distinto ofrece WULF, *wistra* 2001, p. 43 y s., con base en la diferenciación de norma de conducta y norma de sanción. Para elementos normativos que no están recogidos en normas jurídicas, como las reglas de la técnica, cabe llegar a la misma conclusión: el juez debe determinar con sus propios criterios la relevancia de estas reglas en la determinación de la conducta prohibida (en esta línea, SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, 396 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 24).

[939] Así, lo entiende también, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 530.

[940] Similarmente, RANSIEK, *Gesetz*, p. 107.

de tres maneras: como accesoriedad conceptual, como accesoriedad administrativa de leyes y finalmente como accesoriedad administrativa de acto. La forma de interpretación de la ley penal en los casos de accesoriedad administrativa conceptual y de leyes se lleva a cabo conforme a lo antes señalado para los elementos normativos y las leyes penales en blanco respectivamente, de manera que aquí vamos a centrarnos en la interpretación de la ley penal cuando existe una accesoriedad administrativa de acto.

La cuestión más debatida en los casos de accesoriedad de acto es si el juez en la interpretación de la ley penal está vinculado completamente al acto administrativo o no. Para decidir esta cuestión, resulta necesario diferenciar los tipos de accesoriedad de acto. La referencia típica a un acto administrativo puede ser entendido de dos formas: como un elemento típico de contextualización de la conducta penalmente relevante o como un criterio de especificación de la conducta prohibida. Mientras la primera forma configura simplemente un elemento más del tipo penal, la segunda forma de accesoriedad administrativa de acto constituye una forma de ley penal en blanco[941].

En el caso de que la remisión al acto administrativo se haga para especificar un elemento típico, el juez penal estará vinculado a este acto como criterio de especificación, sin poder realizar una interpretación que vaya más allá de lo establecido en el acto administrativo. Por ejemplo: en el delito de uso ilegal de divisas del artículo 259 del CP, el juez no puede entrar a discutir la conformidad jurídica o no del acto administrativo que especifica los criterios de decisión del legislador, sino que simplemente debe seguir los criterios establecidos en el mismo (la autorización que establece la finalidad del uso de las divisas, por ejemplo)[942]. Sólo en caso de tratarse de un acto administrativo nulo[943] o contrario al sentido del elemento típico previsto en el tipo penal, podría el juez desestimar el acto administrativo como criterio de especificación, pero porque en realidad ese criterio de especificación no existe jurídicamente o excede el marco de decisión general delimitado por el tipo penal. Si bien el juez penal no está vinculado a una decisión administrativa, sí lo está ante una decisión legislativa, la cual

[941] Así, admite la posibilidad de una ley penal en blanco mediante una remisión a actos de la Administración, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 13.

[942] En este sentido, KÖLBEL, *GA* 2002, p. 412. Al parecer de una opinión distinta, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 250.

[943] Vid., TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

está dirigida en este caso a observar el contenido de un acto administrativo como criterio de especificación[944].

En caso que el acto administrativo constituya simplemente un elemento típico de contextualización del delito respectivo, sí cabe, por el contrario, admitir la posibilidad de una apreciación crítica del juez penal, en tanto su actividad interpretadora no se encuentra vinculada al contenido del acto administrativo. En este sentido, el juez penal puede entrar en estos delitos a valorar los actos administrativos típicamente requeridos y admitir o rechazar, según el caso, la configuración de la conducta típica[945]. Por ejemplo: En el delito urbanístico del artículo 311 del CP, la decisión de la autoridad competente sobre el destino de las tierras puede ser evaluada críticamente por el juez penal en función de la regulación urbanística.

La facultad que tiene el Juez Penal para analizar críticamente el acto administrativo incorporado como elemento típico no es absoluta, sino que debe ajustarse a la finalidad de regulación del tipo penal correspondiente[946]. En el caso de tipos penales fundamentados en el orden administrativo, la presencia o ausencia del acto administrativo no depende de criterios materiales, sino de la actuación administrativa efectivamente realizada. Por lo tanto, no podrá considerarse no realizado, por ejemplo, el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243A del CP, si el administrador del casino prueba que cumplía con todos los requisitos administrativos, pues el delito se sustenta en el incumplimiento del deber de solicitar a la Administración la constatación del cumplimiento de estos requisitos.

IV. Los límites a la interpretación de la ley penal

La autonomía interpretativa del Derecho penal no significa, como lo hemos dicho, un desconocimiento de su participación en un sistema jurí-

---

[944] Kühl, *FS-Lackner*, p. 845 y s., entiende que una vinculación frente al contenido del acto administrativo afecta el principio de efectiva protección, pues se excluye al juez penal de la posibilidad de valorar fáctica y jurídicamente el hecho prohibido. Sin embargo, hay que recordar que la ley penal debe contener los criterios de decisión que le permiten al juez realizar una valoración de la conducta. El acto administrativo solamente sirve al juez en estos casos para concretar la forma de conducta punible.

[945] En este sentido, Kühl, *FS-Lackner*, p. 843 y ss.

[946] Un punto de vista similar mantiene, Ransiek, *Gesetz*, p. 118.

dico general y su relación con otras ramas o subsistemas jurídicos. En este sentido, la interpretación de la ley penal no puede contradecir, por un lado, los principios constitucionales vigentes y, por otro lado, tampoco puede olvidarse que constituye el medio de reacción jurídica más gravoso. De estos condicionamientos resultan los llamados límites a la interpretación de la ley penal.

1. La conformidad con la Constitución

El principio interpretativo de conformidad con la Constitución señala que las leyes penales deben interpretarse en consonancia con la Carta Magna y, en caso de varias posibilidades de interpretación, habría que tener como la más adecuada a aquélla que se presente más acorde con la misma[947]. A pesar de que este principio interpretativo goza de reconocimiento en la doctrina penal, se le contraponen ciertas objeciones en cuanto a su empleo por el juez, en tanto le otorgaría a éste no sólo la capacidad de deducir aspectos valorativos de la Constitución en su actividad interpretativa, sino también de realizar un control valorativo de la legislación ordinaria[948]. De esta manera, la seguridad jurídica frente a las leyes penales, incluidas aquéllas que se muestran claras en su contenido y alcance[949], se vería afectada, en la medida que el juez podría ir más allá de lo contenido en la ley penal misma[950].

Cabría considerar válida la objeción de inseguridad jurídica si el principio interpretativo de conformidad con la Constitución facultase al juez a ir más allá de lo contenido en la ley penal misma. Sin embargo, hay que partir del hecho de que este principio interpretativo constituye un criterio negativo de interpretación[951] y no concede al juez, por tanto, la facultad de cambiar el sentido o el fin de regulación de la ley penal[952]. Por esta razón, la facultad de control sobre la constitucionalidad de las leyes que el artícu-

---

[947] En este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 38. Similarmente, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 156; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30; ÁVALOS/ROBLES, *Jurisprudencia penal*, p. 7 y 8.

[948] TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

[949] Por el contrario, ENGISCH, *Einführung*, p. 83, para quien este principio interpretativo sólo debe utilizarse para el caso de leyes con significado ambiguo.

[950] TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

[951] Así, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 114.

[952] En este sentido, ENGISCH, *Einführung*, p. 221, nota 81b. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 156.

lo 138 segundo párrafo de la Constitución Política le otorga al juez, debe interpretarse en el Derecho penal en relación estrecha con el principio de legalidad[953], de manera que el juez, pese a su capacidad crítica frente a la legislación penal, no puede castigar una conducta mediante una interpretación que excede lo establecido en la ley penal misma. Si bien el juez puede dejar de utilizar una ley inconstitucional, no está facultado a modificar o sustituir la voluntad de la ley penal.

La repercusión del criterio interpretativo de conformidad con la Constitución no se agota, sin embargo, en el caso de leyes penales inconstitucionales, sino que resulta un criterio a tener en cuenta también en la interpretación de leyes penales acordes con la Constitución. Este principio conduce en estos casos a que la interpretación del tipo penal se lleve a cabo conforme a los valores constitucionales, de manera que, por un lado, se prohíba una interpretación de la ley penal que supere los límites establecidos por la Constitución[954] y, por otro, se establezca la regulación constitucional como criterio de interpretación de elementos del tipo generales o indeterminados[955]. Es evidente que este último aspecto no constituye un límite a la interpretación, sino propiamente una forma de interpretación sistemática[956]. Un ejemplo de esta apertura de los criterios de interpretación penales a valores constitucionales es la llamada interpretación "pro homine", sobre el cual el Tribunal Constitucional Peruano ha tenido ya oportunidad de pronunciarse respecto de su uso en la interpretación de las leyes penales[957].

2. El tenor literal de la ley penal

Como se ha explicado al momento de abordar el principio de legalidad, una de sus manifestaciones es la llamada *lex stricta*, esto es, que el tenor literal se erige en un límite a la interpretación de la ley penal, por lo que si se sobrepasa este margen interpretativo, se caerá en una analogía prohibida en el Derecho penal. Este límite a la interpretación se desprende

---

[953] De la misma opinión, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

[954] En este sentido, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 110.

[955] Así, por ejemplo, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30.

[956] En este sentido debería entenderse lo que señalan autores como Spanner, Haak, Bogs, que consideran la conformidad con la Constitución una forma de interpretación sistemática. Vid., la referencia a esto en Engisch, *Einführung*, p. 223, nota 82b.

[957] Vid., Exp. N° 1805-2005-HC/TC del 29 de abril de 2005, fundamento jurídico 18.

tanto del artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política, como del artículo III del Título Preliminar del Código Penal. La interpretación judicial solamente puede llegar hasta donde lo permita el tenor literal de la ley penal interpretada.

Lo primero que debe precisarse es que la interpretación y la analogía no son dos compartimentos estancos entre los que no existe un espacio común. La doctrina mayoritaria reconoce en la actualidad que toda interpretación recurre a razonamientos analógicos[958]. Por lo tanto, no se trata de marcar una frontera entre una interpretación de la ley penal y una analogía más allá de la ley penal, sino entre una analogía permitida y una analogía prohibida[959].

Una analogía deja de estar permitida cuando el razonamiento analógico utilizado rebasa el sentido que se le puede otorgar, como sistema conceptual, a un término utilizado en la ley penal interpretada. Como ya se ha indicado con mayores referencias, JAKOBS ha puesto en evidencia, con acierto, que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso, pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc. En la interpretación de la ley no hay un límite literal definitivo, sino que esto depende de la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen, sino el que puede atribuírseles[960].

Con base en las ideas precedentes, queda claro que la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido y ofrecer, por tanto, seguridad en la interpretación penal, es formar un sistema en el que las

---

[958] En este sentido, SAX, *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, p. 97 y ss.; KAUFFMANN, Arthur, *Analogie und „Natur der Sache"*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 95, 98; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; EL MISMO, *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 164; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 33; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 574. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55.

[959] Vid., así, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 22; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55. En nuestro país, hace la diferenciación SÁNCHEZ MERCADO, *La analogía en el Derecho penal*, p. 79 y ss. Escéptico frente a la posibilidad de diferenciar entre analogía permitida y analogía prohibida, HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.

[960] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 37. Crítico igualmente ante la hipotética función de límite del tenor literal, SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH-Jakobs*, p. 213.

leyes penales se encuentren vinculadas, de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales[961].

3. La interpretación restrictiva

Como límite a la interpretación de la ley penal se estatuye la exigencia de que se siga un criterio restrictivo en la determinación del ámbito de lo punible, por lo que el significado de los elementos del tipo debe reducirse a su núcleo de significación[962]. Esta forma de interpretación resulta especialmente exigible en el caso de tipos penales que recurren a conceptos indeterminados al momento de establecer cuál es la conducta prohibida[963]. Si el tipo penal define la conducta delictiva de la mano de conceptos que se constituyen con base en criterios de valoración, parece razonable que la valoración debe limitarse a aquello en lo que existe pleno acuerdo.

Para sustentar por qué la determinación del alcance de la ley penal debe ser restrictiva cobra especial importancia el principio del *in dubio pro reo*[964]. El artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política instituye al principio del *in dubio pro reo* como un criterio de decisión en dos supuestos específicos: en los casos de duda de las leyes penales y en los casos de conflicto entre leyes penales. Una situación de duda sobre la ley penal tiene lugar cuando, en la determinación del alcance de la ley penal, se presentan dos o más interpretaciones posibles, una más amplia y otra más restringida de la punibilidad. El principio del *in dubio pro reo* establece que, en caso de duda, la interpretación que debe seguirse es la más restrictiva, es decir, la

---

[961] Vid., con mayor detalle, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 4, n.m. 35 y ss.

[962] Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 5, n.m. 534.

[963] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 186; El Mismo, *Constitución y Derecho penal*, p. 45 y s.

[964] Así, Muñoz Conde, *Introducción*, p. 240. Por el contrario, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 118, considera inaceptable que el principio del *in dubio pro reo* sea un principio de interpretación.

que limita más el ámbito de lo punible[965]. En el marco de las leyes procesales penales, el artículo VII.4 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal asume expresamente la interpretación restrictiva de las leyes que coarten la libertad o los derechos procesales. En el plano jurisprudencial se reconoce igualmente como una manifestación de la regla del *favor rei* la asunción de la interpretación que restrinja más el ámbito de lo punible. En efecto, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 la Corte Suprema justifica la interpretación más restrictiva del tipo penal de violación sexual de menores en el principio del in dubio pro reo del artículo 139 inciso 11 de la Constitución (punto 9).

Lo anterior precisa, sin embargo, hacer la siguiente acotación: El principio del *in dubio pro reo* no tiene un carácter absoluto. Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación[966]. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra determinada forma de criminalidad (en los delitos económicos o patrimoniales, por ejemplo)[967], resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador. Exigir la observancia absoluta del principio del *in dubio pro reo* sería un evidente contrasentido.

Por ejemplo: Si el delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del CP hace mención expresa a los títulos por lo que el autor recibe un bien, valor o dinero, extendiendo luego su ámbito de aplicación a otros títulos semejantes que produzcan la obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, queda claro que no puede exigírsele al juez que proceda a una interpretación restrictiva de los títulos semejantes, pues el sentido de la ampliación del tipo penal es precisamente no dejar vacíos de punibilidad.

La exclusión de la interpretación restrictiva en el caso de tipos penales que procuran adaptarse a las necesidades de imputación en ámbitos complejos o dinámicos resulta, sin embargo, nuevamente controvertida cuando

[965] Vid., así, ZAFFARONI, *Manual*, PG, I, p. 177 y s.
[966] En el mismo sentido, ZAFFARONI, *Manual*, PG, I, p. 178.
[967] En este sentido, vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 187.

se trata de cláusulas generales o de tipos penales abiertos. Tiedemann sostiene, por ejemplo, que en el caso de cláusulas generales[968] y de tipos penales abiertos[969] la única manera de poder hacer compatibles estas técnicas de regulación con el mandato de determinación, es exigir su interpretación restrictiva. Sin embargo, consideramos que también en estos casos el recurso a tipos penales abiertos o con conceptos indeterminados se lleva a cabo precisamente para que el juez realice una Administración de Justicia más acorde con las necesidades reales de punición. Permitir el uso de cláusulas generales o conceptos indeterminados para luego exigir una interpretación restrictiva, significa una clara contradicción. Si lo que se busca es asegurar el mantenimiento del principio de legalidad (mandato de determinación), esto puede alcanzarse mediante otro tipo de exigencias, pero dirigidas no al juez, sino al legislador, como por ejemplo el uso de conceptos indeterminados que gocen de un reconocimiento general o leyes penales abiertas que establezcan los elementos mínimos para determinar la expectativa penalmente garantizada y la forma de defraudación prohibida.

[968] Tiedemann, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; El Mismo, *Lecciones*, p. 147; El Mismo, *Einführung*, p. 63.

[969] Tiedemann, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DEL DELITO

LECCIÓN 9
LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. Introducción

Todo ciudadano tiene una idea general de lo que es un delito, de la misma forma que sabe, con igual grado de generalidad, lo que es un tributo, un contrato o una relación de trabajo. El penalista, sin embargo, no puede moverse con una determinación conceptual de estas características, pues al ser su trabajo decidir sobre la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, resulta necesario un nivel de precisión mayor de aquello que constituye su causa, esto es, el delito. Como puede verse, son razones fundamentalmente de seguridad jurídica en la resolución de los casos concretos las que le impiden al penalista asumir un concepto intuitivo o vulgar de delito, debiendo, por el contrario, desarrollar una definición lo más precisa posible, sin llegar evidentemente a sacrificar los niveles mínimos de eficacia del sistema penal.

El penalista es el encargado de definir el delito, para lo cual recurre a los criterios de imputación de responsabilidad que están expresados en las leyes penales. La dogmática penal es precisamente la disciplina que se ocupa de sistematizar de forma coherente estos criterios de imputación a partir del Derecho positivo. Dado que la dogmática jurídico-penal es una ciencia cuyo método no es la verificación, sino la comprensión, la determinación de los criterios de imputación penal no puede pretender tener un carácter absoluto e inmutable[970]. La dogmática no sólo permite varias construcciones teóricas posibles, todas ellas racionales y, por tanto, con pretensión de consenso, sino que debe ajustarse a un contexto histórico y social[971]. Los conceptos evolucionan en función de los cambios de la realidad social, por lo cual la

---

[970] Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 170.

[971] Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 170, nota 593.

teoría del delito no puede ser tenida como una pieza de museo que hay que proteger del paso del tiempo. En este orden de ideas, la teoría del delito presenta un desarrollo evolutivo que responde no solamente a la mayor profundización del conocimiento que tiene lugar en toda disciplina científica, sino también al esfuerzo por ajustarla a la realidad social en la que se aplica.

En los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se encuentran influenciados por el Derecho penal español[972], la dogmática penal ha seguido, en líneas generales, la teoría del delito de procedencia germánica[973]. Si bien cabe reconocer que en España se ha generado ya una importante discusión dogmática propia, no existe aún una desconexión con los planteamientos dogmáticos aparecidos en Alemania. La razón por la cual se mantiene esta relación de dependencia puede ser el alto grado de sistematización alcanzado por la teoría del delito desarrollada en Alemania[974], lo que no sólo garantiza su coherencia lógica, sino que refuerza considerablemente el lado garantista del sistema penal. En nuestro país la situación es incluso de mayor dependencia, pues la incipiente discusión dogmática de los escritos especializados no ofrece aún el mínimo de seguridad necesario en un Estado de Derecho. A la luz de todas estas circunstancias, está claro que la explicación de la evolución del método dogmático del delito tiene que partir de los desarrollos alcanzados en la dogmática penal alemana.

II. La evolución de la dogmática jurídico-penal

La pretensión iluminista de sustentar las decisiones jurídico-penales en deducciones racionales, desterrando la arbitrariedad en la Administración de Justicia Penal, dio pie a la formación de la dogmática penal como disciplina destinada a sistematizar racionalmente los criterios de imputación penal[975]. Sus primeras manifestaciones fueron el resultado del en-

[972] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 9, n.m. 990.

[973] Así, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 255, destaca que la teoría del delito de origen germánico es la que se ha impuesto en la ciencia española del Derecho penal. Igualmente SILVA SÁNCHEZ, en *El sistema moderno*, p. 11, pone de manifiesto el estrecho contacto de la ciencia penal española con la alemana.

[974] Sobre la irrenunciabilidad al rigor sistemático de la teoría del delito de cuño alemán, SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho penal*, p. 15 y ss.

[975] Sobre el desarrollo de los sistemas de imputación de responsabilidad y su correlación con la seguridad jurídica, vid. El clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, *Problemas actuales*, p. 106 y ss.

frentamiento de las concepciones racionalistas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII con el propio movimiento codificador[976]. Ya que en Alemania las ideas liberales de la Revolución Francesa no se cristalizaron rápidamente en el Derecho positivo, los penalistas de esa época no contaron con una base legislativa para respaldar sus conclusiones, por lo que tuvieron que mantenerse anclados todavía en construcciones racionales propias del Derecho natural racionalista[977].

El primero en plasmar el pensamiento iluminista en un sistema del Derecho penal fue Paul Johan Anselm Feuerbach[978]. Como ya se vio, Feuerbach atribuye al Derecho Penal la función de motivar a los individuos, por medio de la conminación penal, a no lesionar los derechos subjetivos de otros. Sobre la base de esta idea, asienta la imputación de responsabilidad penal en una culpabilidad entendida, de alguna manera, como pasar voluntariamente por encima de la amenaza penal[979]. Si bien Feuerbach desarrolló su pensamiento penal en una época de transición hacia la codificación de los criterios de imputación penal y, por tanto, estuvo influido por el Derecho natural racionalista (especialmente de Kant), anunció ya un cambio de paradigma en el que el Derecho positivo asumiría el papel decisivo en el estudio del delito[980]. La vinculación de la dogmática penal a la ley positiva tuvo lugar concretamente con el planteamiento dogmático de Binding, quien parte de las normas, entendidas como imperativos, para explicar sistemáticamente el sistema penal[981]. Esta priorización de las normas en la imputación de la responsabilidad penal llevó a darle una mayor relevancia al acto que contraviene la norma[982]. Sin embargo, al verse a la norma como una creación del Estado, el Derecho penal se redujo a una desobediencia a las disposiciones estatales.

Resulta pertinente precisar que la mayor importancia que adquirió el Derecho positivo para la construcción dogmática no significó que la dogmática penal se limitara a ser un conjunto de deducciones de lo dispuesto

---

[976] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 50; Mir Puig, *Introducción*, p. 197 y ss.; Nino, *Los límites*, p. 65.

[977] Vid., Mir Puig, *Introducción*, p. 198.

[978] Por esta razón, Bustos Ramírez, *Introducción*, p. 113, considera que con justicia se le ha calificado como el padre del Derecho penal.

[979] Así, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 73.

[980] Vid., en este sentido, Mir Puig, *Introducción*, p. 203.

[981] Vid., Binding, *Grundriß*, p. 64; Mir Puig, *Introducción*, p. 197.

[982] Así, Bustos Ramírez, *Introducción*, p. 130.

en la legislación positiva, sino que la elaboración dogmática partió siempre de premisas que, si bien no estaban recogidas en el Derecho positivo, resultaban vinculantes por su plausibilidad racional. De alguna manera, puede decirse que la evolución del método dogmático responde al esfuerzo por sistematizar racionalmente el Derecho positivo a partir de ciertos puntos de partida de carácter suprapositivo.

1. La imputación moral: Los hegelianos

Antes de entrar en la evolución de la dogmática penal vinculada al Derecho positivo, resulta conveniente hacer una breve referencia a una forma de entender el delito que fue formulada durante la transición del iusnaturalismo racionalista al positivismo. Se trata de la teoría de la imputación esbozada por los llamados penalistas hegelianos[983], quienes centraron su concepción del delito en la comprensión de la acción y en la "ética de la responsabilidad" formulada por la filosofía idealista de HEGEL. El estudio de esta línea de pensamiento resulta actualmente más necesario, dada la aparición de planteamientos dogmáticos que, de alguna manera, intentan retornar a muchas de las premisas conceptuales de los hegelianos[984].

Tal como se vio en la lección 3, HEGEL comprendió el delito como una unidad, debido a la necesaria relación dialéctica entre el delito, como negación del Derecho, y la pena, como negación del delito[985]. Los penalistas hegelianos le dieron al concepto de acción la tarea de dar precisamente esa visión unitaria al delito, siguiendo a tal efecto la teoría de la imputación de HEGEL, quien sostuvo que "*acción es la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral*" y que "*sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción*"[986]. Es en este contexto de ideas que se entiende el sentido de la célebre frase atribuida al penalista hegeliano BERNER de que "*el delito*

---

[983] GALLAS, *La teoría del delito*, p. 5, señala que la discusión en torno a la construcción sistemática de la teoría del delito no se ha interrumpido en la ciencia alemana del Derecho penal desde los días de la escuela de HEGEL.

[984] Vid., por mencionar algunos ejemplos, JAKOBS, en *Estudios*, p. 102; HRUSCHKA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coord.), p. 175 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 75 y ss., 184 y ss.

[985] Vid., con mayores detalles, FLECHTHEIM, *Hegels Strafrechtstheorie*, p. 82 y ss.; VON BUBNOFF, *Die Entwicklung*, p. 36.

[986] HEGEL, *Grundlinien*, 1821, §§ 113, 117. En la misma línea, para el ámbito específico de la teoría del delito, BERNER, *Grundlinien*, p. 40: "*en tanto aquí se exteriorice lo interno, el suceso es querido, lo denominamos: acción*".

es acción", en tanto que todo lo que se dice del delito no son más que predicados que se añaden a la acción en cuanto sujeto[987]. Como puede verse, acción e imputación terminan siendo una misma cosa. Dicho nuevamente en palabras de BERNER: "*En el concepto de acción está contenido el concepto de imputación*"[988].

De las citas reproducidas se desprende con claridad que en la concepción hegeliana del delito la acción era entendida como exteriorización de la voluntad subjetiva del autor. Sin embargo, resulta necesario precisar que esta voluntad no era vista en un sentido psicológico, sino, bajo una perspectiva normativa, como una voluntad libre, general y objetivamente trasmitida[989]. En este orden de ideas, el autor del delito no se presenta como un ser psicofísico que tiene la capacidad de exteriorizar su voluntad subjetiva hacia afuera, sino fundamentalmente como un ser pensante, racional y capaz de corromperse[990]. A la luz de estas consideraciones, el delito se determinó conforme a criterios morales de imputación[991], no siendo lo central de la imputación penal el suceso externo lesivo, sino la actitud del autor frente al ordenamiento puesta de manifiesto precisamente con la ejecución de su acción[992].

La consideración del delito como unidad de expresión de una voluntad subjetiva del autor llevó a que los presupuestos para la imputación penal se presentaran amalgamados inarticuladamente, limitándose considerablemente la posibilidad de sistematizar las soluciones de los casos presentados en atención a sus particularidades[993]. Por otra parte, HEGEL no sólo equiparó la acción a la imputación del hecho completo al autor, sino que también se le ha reprochado tener en consideración solamente la acción dolosa[994]. Si bien posteriormente los discípulos penalistas de HE-

---

[987] Así, ROXIN, *Derecho penal*, PG, § 8, n.m. 8.

[988] BERNER, *Lehrbuch*, § 90. Destaca igualmente esta idea en los penalistas hegelianos MEZGER, *Tratado*, I, p. 190.

[989] Vid., LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 126.

[990] Vid., en este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 75.

[991] Moralidad no debe entenderse en el sentido de aquello que se opone a lo inmoral, sino como una imputación a causa de una determinación interna, de una voluntad subjetiva (vid., en este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 102).

[992] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 125 y ss.; VON BUBNOFF, *Die Entwicklung*, p. 43 y ss.

[993] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 39; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[994] Así, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 55 y s.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 7. En contra de este parecer, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 132.

GEL procedieron a incluir expresamente la imprudencia en el concepto de acción[995], una separación entre acción e imputación del hecho al autor no se consiguió materializar[996].

Con la aparición de las primeras manifestaciones de la dogmática positivista la situación comenzó a cambiar sustancialmente, pues la teoría del delito pasó a ser estudiada analíticamente, perdiéndose así poco a poco la perspectiva de su unidad. En efecto, los estudios especializados dieron lugar a estudios dogmáticos que apuntaron fundamentalmente a descomponer el delito en varios elementos o categorías que sumados e interrelacionados caracterizaban el hecho delictivo[997]. Luego de varios trabajos de finales del siglo XIX y principios de este siglo, tomó cuerpo lo que hoy en día se conoce como el sistema clásico del delito. Los autores a los que se atribuye fundamentalmente su formación son BELING (tipicidad) y VON LISZT (antijuridicidad)[998].

2. El sistema clásico del delito: El método positivista

El sistema clásico del delito respondió a una metodología positivista[999], lo cual significó no sólo una estrecha vinculación al Derecho positivo tal como lo propusiera BINDING[1000], sino fundamentalmente una positivización de la ciencia jurídica en el sentido de traslación del método de las ciencias naturales a las ciencias sociales[1001]. En efecto, las ciencias jurídicas dejaron de lado su metodología basada en la valoración de la realidad para asumir un método lo más parecido posible al de las ciencias naturales[1002].

---

[995] Así, por ejemplo, BERNER, *Grundlinien*, p. 227 y ss.

[996] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 8.

[997] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 228; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar, en *La imputación objetiva*, p. 22.

[998] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 10; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 227 y ss.

[999] Vid., con mayores precisiones, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 17; MIR PUIG, *Introducción*, p. 208; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 51.

[1000] Vid., el positivismo jurídico en la dogmática penal BINDING, *Die Normen*, 1, p. 3 y ss. Una visión general del pensamiento de Binding en MIR PUIG, *Introducción*, p. 209 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 52.

[1001] Cfr., sobre la vinculación del sistema clásico del delito con el llamado positivismo naturalista, MIR PUIG, *Introducción*, p. 216 y ss.

[1002] Vid., al respecto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 17; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 228; MIR PUIG, *Introducción*, p. 220.

Concretamente en el Derecho penal, el delito pasó a verse como una sucesión causal de hechos dirigidos a producir la lesión de un bien jurídico[1003]. Incluso la parte subjetiva del delito no se escapó de la lógica causalista, pues se le consideró la causa subjetiva de la acción y, por tanto, co-causal del resultado[1004].

La metodología positivista de la escuela clásica llevó a una construcción de la teoría del delito como la sumatoria de varios elementos. Estos elementos analíticos del delito eran la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Los tres primeros se correspondían con la parte externa del delito, mientras que la culpabilidad constituía su parte interna[1005]. Resulta pertinente precisar que ambas partes del delito no se percibieron como una unidad, sino como una sucesión causal, es decir, que la culpabilidad era la causa de la manifestación de voluntad y ésta, a su vez, la causa del resultado lesivo.

La parte externa del delito requería, en primer lugar, la existencia de una acción, la cual fue entendida como la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior[1006]. La relevancia penal de la acción la otorgaba la tipicidad al describir como delito la causación de determinado resultado lesivo. La tipicidad se constituyó, de esta manera, en una categoría descriptiva y objetiva[1007]. El único cuerpo extraño en esta comprensión puramente descriptiva de la parte objetiva del delito podría ser la antijuridicidad[1008], aunque debe indicarse que su concepción formal como infracción de la norma penal ayudó a atemperar su forzada introducción en un esquema de interpretación del delito que pretendía desterrar las valoraciones[1009].

[1003] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 53.

[1004] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 375. Vid., también las referencias de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 230.

[1005] Vid., referencias a esta bipartición del delito propia del sistema clásico, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 39; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 12; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 6; SCHÜNEMANN, en *El Sistema moderno*, p. 44.

[1006] VON LISZT, *Tratado*, II, p. 292.

[1007] Vid., BELING, *Die Lehre*, p. 147, 178 y s.

[1008] Vid., así, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 44.

[1009] Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 229.

La categoría de la culpabilidad propuesta por el causalismo fue concebida como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito[1010]. Esta parte subjetiva del delito fue entendida como una realidad psicológica, en el sentido de causa de la voluntad que daba origen al movimiento corporal de la acción[1011]. Por esta razón, a la visión causalista de la culpabilidad se le llamó también concepto psicológico de culpabilidad[1012]. Presupuesto para poder atribuir una causa psicológica a una persona era la imputabilidad[1013], mientras que el dolo y la culpa se consideraron como formas psicológicas de la culpabilidad[1014], lo que significa que una persona imputable puede estar psicológicamente vinculada a determinada manifestación de voluntad causante de un resultado lesivo por dolo o por culpa.

3. El sistema neoclásico: El neokantismo

La decadencia del sistema clásico del delito, especialmente claro y sencillo, fue iniciada por la metodología neokantiana de los valores[1015], la cual partía de la diferenciación, en el plano metodológico, entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu[1016]. En tanto ciencia del espíritu, el Derecho no puede ser abordado con el método empírico-analítico propio de las ciencias naturales, sino que debe recurrir a un método comprensivo-valorativo[1017]. Este giro metodológico determinó algunos cambios sustanciales en el edificio conceptual construido por la dogmática penal causalista, aunque debe reconocerse que no hubo un desprendimiento total del substrato naturalista del esquema clásico del delito.

Las críticas al sistema clásico comenzaron por el injusto, ya que se hacía bastante difícil explicar esta categoría sólo con elementos puramente

---

[1010] Vid., BELING, *Esquema*, p. 30.

[1011] VON LISZT, *Tratado*, II, p. 375 y s.

[1012] Vid., sobre el llamado concepto psicológico de culpabilidad, WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 31; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; FERNÁNDEZ, *Culpabilidad*, p. 172 y ss.

[1013] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 377.

[1014] BELING, *Esquema*, p. 35 y ss. Vid., la referencia a esta manera de comprender el dolo y la culpa en el sistema clásico en ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 8; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 44.

[1015] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 13.

[1016] Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 230.

[1017] Vid., sobre este cambio metodológico impulsado por el neokantismo en Derecho penal, ROXIN, *Derecho Penal*, § 7, n.m. 18; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 55; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 231.

objetivos y formales[1018]. Primeramente, se descubrió que en muchos casos ya el injusto del delito depende de la dirección de la voluntad del autor, por lo que no todos los elementos subjetivos del delito se agruparían en la categoría de la culpabilidad[1019]. Por ejemplo, que el médico realice una auscultación en zonas íntimas de una mujer con fines curativos hace que el hecho pierda desde ya su antijuridicidad. En algunos casos, incluso, la propia tipificación de una conducta delictiva requiere de una referencia al propósito o intención del autor, de manera tal que el daño social objetivo de la conducta depende, en el caso concreto, de momentos subjetivos[1020]. Por ejemplo: El delito de hurto no sanciona cualquier sustracción de una bien mueble ajeno, sino solamente los casos en los que hay ánimo de apropiación[1021]. La doctrina penal se vio, pues, obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos en el injusto[1022], al menos en ciertos tipos penales.

Pero no sólo se cuestionó el carácter puramente objetivo de la descripción típica, sino también la exclusión de todo tipo de valoración en este nivel analítico del delito. El carácter puramente descriptivo de la tipicidad se puso en tela de juicio por Max E. MAYER con los llamados elementos normativos del tipo, para cuya verificación era de todas maneras necesaria una actividad de valoración en el propio tipo penal[1023], Por ejemplo, se consideraron elementos del tipo necesitados de una valoración para su verificación en el caso concreto la ajenidad del bien en el delito de hurto, el índole obsceno en el delito de exhibicionismo o el carácter ofensivo del comportamiento en las injurias.

El reconocimiento de los elementos normativos del tipo llevó a un sector de la doctrina penal a acercar analíticamente la tipicidad con la antijuridicidad[1024], llegándose a formular la famosa teoría de los elementos negativos del tipo. Esta teoría funde la tipicidad y la antijuridicidad en una misma categoría, en la que los aspectos que antes se agrupaban en una u otra categoría solamente se distinguen por estar

---

[1018] Vid., RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, p. 156 y ss.
[1019] Vid., M.E. MAYER, *Derecho penal*, PG, p.231 y ss.; MEZGER, *Tratado*, I, p. 346 y ss.
[1020] Así, HEGLER, *ZStW* 36 (1915), p. 19 y ss.
[1021] Así, WEZEL, *El nuevo sistema*, p. 62.
[1022] Vid., WOLF, *Las categorías de la tipicidad*, p. 119 y ss.
[1023] Vid., M.E. MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 182 y ss.
[1024] Así, E. WOLF, *Las categorías de la tipicidad*, p. 112, señaló que los elementos normativos del tipo no son un fenómeno excepcional, sino regular.

formulados positiva o negativamente[1025]. Así, por ejemplo, el tipo penal de homicidio requiere la verificación de una conducta de matar a otro (elementos positivos), así como la ausencia de posibles causas de justificación de esta conducta, como sería el caso de una legítima defensa (elementos negativos).

El método valorativo condujo también a que la categoría de la antijuridicidad restara importancia a su concepción formal, como contrariedad a la norma, y comenzase a centrarse en su comprensión material, referida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos[1026]. De esta manera, las infracciones jurídicas pasaron a entenderse como ofensas a bienes o intereses creados por la vida y reconocidos por el Derecho, cuyo respeto es ordenado por las normas de cultura[1027]. El hecho antijurídico dejo de ser visto como una conducta antinormativa para ser definido materialmente como un comportamiento socialmente dañoso[1028].

El entendimiento puramente subjetivo de la culpabilidad fue también puesto en tela de juicio por el método neoclásico, en la medida que resultaba insuficiente para sustentar el tratamiento de los institutos penales ubicados en sede de culpabilidad. Así, por ejemplo, un concepto psicológico de la culpa tendría que haber llevado a excluir del ámbito de lo culpable los supuestos de culpa inconsciente, en donde resultaba sumamente difícil encontrar un elemento volitivo como causa o vinculación subjetiva con el resultado lesivo[1029]. De igual manera, el estado de necesidad exculpante tampoco podía sustentar su efecto disculpante en un aspecto subjetivo-psicológico del autor, pues lo determinante se encontraba en ciertas circunstancias objetivas concomitantes de carácter excepcional (situación de peligro para bienes jurídicos elementales)[1030]. Esta situación motivó un cambio igualmente en la configuración de la

---

[1025] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 375 y ss. Críticamente, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 81 y s. Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 13 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 54 y ss., con apreciaciones críticas.

[1026] Así, el contenido material del injusto definido por MEZGER, *Tratado*, I, p. 398 y ss.

[1027] Vid., M.E. MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 108.

[1028] Vid., MEZGER, *Tratado*, PG, I, p. 398 y ss. Vid., con mayores referencias, SCHÜNEMANN, en *el Sistema moderno*, p. 50; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 233.

[1029] Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 233 y s.

[1030] Vid., FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 65 y ss.

categoría de la culpabilidad, la cual dejó de ser considerada descriptivamente como una realidad meramente psicológica para hacerla también objeto de un juicio de valoración, dando origen al llamado concepto normativo de la culpabilidad[1031].

Con base en los cambios anteriormente señalados, se procedió a una redefinición de la teoría del delito, lo que dio pie al llamado concepto neoclásico del delito y que encuentra posiblemente en el penalista Edmund MEZGER su mayor representante. Si bien este nuevo planteamiento del delito mantuvo en su base la estructura del sistema clásico de separación entre un injusto fundamentalmente objetivo y una culpabilidad fundamentalmente subjetiva, se estableció otro criterio de distinción entre el injusto y la culpabilidad[1032]. Este criterio era de carácter valorativo y dependiente de la cultura que daba lugar al Derecho penal como producto cultural. Así, para afirmar la presencia del injusto había que valorar el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social[1033], mientras que para la constatación de la culpabilidad resultaba necesario someter al autor a un juicio de reprochabilidad por su comportamiento en atención a los estándares culturales de exigibilidad[1034].

4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas

Como se ha señalado, el sistema neoclásico del delito respondió a una metodología neokantiana en la que no sólo lo decisivo era la valoración, sino que ésta era relativa, dependiente, por tanto, del espacio y del tiempo[1035]. La mala experiencia de las guerras mundiales motivó que, cuando menos en Alemania, surgieran tendencias que buscaran crear una teoría del delito basada en estructuras inmutables y univer-

---

[1031] Se considera al pionero de esta concepción de la culpabilidad a FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 25 y ss. Este concepción fue tomada y desarrollada por GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, p. 83 y ss.; y FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 99. Vid., sobre el concepto normativo de culpabilidad, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 50; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 233.

[1032] Vid., así, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 52.

[1033] Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 233.

[1034] Vid., MEZGER, *Tratado*, II, p. 12. Vid., también la referencia en ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 18; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 234.

[1035] Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Introducción*, p. 247 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 56 y s.

sales que trascendieran lo contingente del Derecho positivo[1036]. Este fue el camino tomado por el sistema finalista del delito propugnado por WELZEL.

Según el sistema finalista, el legislador penal está vinculado a ciertas estructuras lógico-objetivas inmutables en su labor de regulación[1037]. Una vez reconocidas estas estructuras, el legislador no puede obviarlas, estando necesariamente obligado a tenerlas en consideración en la configuración del hecho delictivo[1038]. WELZEL señaló que las estructuras lógico-objetivas relevantes a estos efectos eran la acción humana como acción final[1039] y el poder actuar de un modo distinto[1040].

En cuanto a la primera estructura lógico-objetiva, WELZEL definió la categoría de la acción con base en la finalidad perseguida por el autor[1041], señalando que solamente de esta manera era posible diferenciar la acción humana de los puros sucesos causales. Esta comprensión de la acción produjo un cambio importante en la configuración del injusto penal. La tipicidad dejó de ser una categoría descriptiva solamente de la parte objetiva del hecho, para dar cabida, de manera general, al dolo y a la culpa como formas de tipicidad subjetiva. El dolo fue definido como el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta típica (el llamado dolo natural)[1042], mientras que a la culpa se la entendió como la infracción de un deber objetivo de cuidado[1043]. Con la introducción de lo subjetivo en

---

[1036] Vid., MIR PUIG, *Introducción*, p. 257; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 58; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 236.

[1037] Vid., WELZEL, *Vom Bleibenden*, p. 6 y ss. Las estructuras lógico-objetivas son estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica objetiva (Sachlogik) que se orienta directamente en la realidad, objeto de conocimiento (vid. WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 14, nota 2). Vid., las exposiciones de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 19; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p, 54; MIR PUIG, *Introducción*, p. 247; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 236.

[1038] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 13, reproduciendo una cita de su artículo "*Über Wertungen im Strafrecht*", publicado en GS 103, p. 340 y ss.: "*El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos*".

[1039] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 30 y ss., 100 y s.

[1040] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 85 y ss.

[1041] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33 y ss.; EL MISMO, *El nuevo sistema*, p. 25.

[1042] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 61 y ss. Vid., la referencia también en JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 9.

[1043] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 69 y ss. Vid., la referencia en SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 56.

la tipicidad, el desvalor del resultado dejó de ser el referente del injusto, pasando a asumir dicho papel el llamado desvalor de la acción. El injusto se convirtió así en una categoría objetiva-subjetiva, por lo que a esta comprensión del injusto se le bautizó con el nombre de teoría del injusto personal[1044].

La importancia que el finalismo dio a lo subjetivo en la configuración del injusto penal trajo consigo la formación de una orientación que radicalizó la subjetividad del injusto, convirtiéndola prácticamente en el eje del injusto y, por tanto, del delito. Para esta orientación radical de la escuela finalista el injusto penal encontraba su fundamento en el llamado *desvalor de la actitud*, por lo que el resultado se convirtió no más que en una mera condición objetiva de punibilidad. Nos estamos refiriendo al planteamiento de Zielinski, quien centró en la intención del autor el desvalor de la acción que sustenta el injusto penal[1045].

La estructura lógico-objetiva del poder actuar de otro modo tuvo una implicancia fundamental en la configuración de la culpabilidad. La categoría de la culpabilidad padeció, en primer lugar, un fuerte proceso de desubjetivización, en la medida que el dolo natural pasó a formar parte del tipo[1046], quedando solamente en sede de culpabilidad el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el llamado *dolus malus*). En segundo lugar, la influencia de la estructura del "poder actuar de un modo distinto" en la culpabilidad acentuó más el proceso de normativización que iniciara la escuela neoclásica, aunque habría que precisar que esta normativización dejó de centrar el reproche que fundamenta la culpabilidad en la actitud interna del autor frente al ordenamiento jurídico, para sustentarlo en el hecho de que el autor pudo actuar conforme a Derecho[1047].

[1044] Vid., en este sentido, Welzel, *El nuevo sistema*, pp. 48, 67 y s. Vid., la mención de este proceder dogmático del sistema finalista en Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 55; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 237.

[1045] Vid., Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 120 y ss. Vid., la referencia al pensamiento de Zielinski, Silva Sánchez, Introducción a *El sistema moderno*, p. 17; Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 61.

[1046] Vid., Welzel, *El nuevo sistema*, p. 66; El Mismo, *Estudios*, p. 34 y s.

[1047] Vid., Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 141; El Mismo, *El nuevo sistema*, p. 80 y ss. Vid., mayores referencias en Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 18 y ss.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 237 y s.

III. Las tendencias modernas del Derecho penal

Al morir WELZEL en 1977 se impuso en la dogmática alemana su sistemática basada en la teoría del injusto personal[1048]. Debe reconocerse, sin embargo, que esta situación no se ha producido por una asunción acrítica del sistema de WELZEL, pues sus presupuestos metodológicos (la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas) y muchas de sus construcciones dogmáticas (por ejemplo, la teoría estricta de la culpabilidad) han permanecido discutidos y en muchos casos rechazados[1049]. La doctrina dominante no ha seguido necesariamente las vías metodológicas propuestas por el finalismo, aunque debe reconocerse que, al final, ha terminado por aceptar la estructura del delito planteada por el finalismo, es decir, el injusto personal, la bipartición del error en error de tipo y de prohibición, la teoría normativa de la culpabilidad o el dominio del hecho en la autoría y participación[1050].

En las últimas décadas, sin embargo, ha tenido lugar una fuerte crítica al sistema abstracto y cerrado del finalismo. No obstante, hay que indicar que las tendencias modernas no propugnan un rechazo total al sistema dogmático del delito que, de una u otra manera, asume la doctrina dominante y que el legislador alemán ha tomado en cuenta en algunas reformas al Código penal[1051]. Incluso la tendencia más crítica, personificada por la escuela de Frankfurt, no propugna un abolicionismo del sistema penal, sino un cambio del Derecho penal, una orientación a las ciencias sociales y una vuelta al Derecho penal liberal[1052]. La característica común de las tendencias modernas del Derecho penal consiste, en todo caso, en abandonar un sistema dogmático cerrado lógicamente perfecto, pero que en la realidad resulta poco satisfactorio. Las tendencias de cambio presentan propuestas divergentes en mayor o en menor medida, pero con la convicción común de la necesidad de acercar la dogmática penal a la realidad. En una línea similar discurren las tendencias de

---

[1048] Vid., HIRSCH, en *Estudios jurídicos*, p. 19; SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 12.

[1049] Vid., SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 12; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 239.

[1050] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 21.

[1051] Vid., SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 21.

[1052] Vid., HASSEMER, *Fundamentos*, p. 34 y ss.

Roxin y de Jakobs, aunque con fundamentos metodológicos claramente distintos[1053], mientras que por otro lado aparece la llamada escuela de Frankfurt.

1. La orientación político-criminal del sistema dogmático

El sistema finalista del delito, asentado en las denominadas estructuras lógico-objetivas, empezó pronto a mostrar ciertas deficiencias en su aplicación práctica. La coherencia lógica de sus soluciones se enfrentaba a la insatisfacción de sus efectos sociales[1054], mientras que, por otro lado, reducía las posibilidades de solución del problema a las que ofrecía el sistema dogmático[1055]. El penalista se encontraba más en un mundo ideal que en una sociedad a la que había que regular y ordenar. El elevado desarrollo de la dogmática penal no se correspondía con el logro del objetivo del Derecho penal: La lucha contra la delincuencia[1056].

Claus Roxin es, sin duda, el autor alemán más relevante que llamó la atención sobre esta situación de la dogmática penal abstracta y cerrada. En 1970 con su estudio programático denominado *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, planteó, como solución a este problema, una nueva orientación de la dogmática penal: La Política criminal[1057]. Dogmática penal y Política criminal no podían ser entendidas como dos disciplinas independientes[1058], sino que debía existir entre ellas una estrecha vinculación mediante la normativización de las categorías dogmáticas con base en las finalidades político-criminales[1059]. La calificación de "teleológico" de este sistema dogmático se debió precisamente a la intención de informar a cada categoría dogmática de una finalidad político-criminal determinada, esto es, criterios de valoración referidos a la eficacia y a las garantías del sistema penal. Esta referencia a determinadas finalidades o valoraciones político-criminales, que por su propia naturaleza son cam-

[1053] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 69.
[1054] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 39.
[1055] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 40.
[1056] Vid., Roxin, *Política criminal*, p. 18; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 68.
[1057] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 17.
[1058] Así, era, por ejemplo, la concepción de Von Liszt. Vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 52; Roxin, *Política criminal*, p. 15 y ss.
[1059] Vid., Roxin, *Política criminal*, p. 33 y ss. En este sentido, también, la interpretación de Lesch, *Verbrechensbegriff*, p. 167.

biantes, favoreció la construcción de un sistema dogmático abierto que no obstaculice el desarrollo social, sino que, más bien, lo favorezca o, al menos, se adapte al mismo[1060].

A lo largo de las últimas décadas ROXIN ha emprendido el largo trabajo de reformular normativamente las categorías dogmáticas en atención a las finalidades político-criminales. Este proceso de reformulación no ha consistido en un cambio de los elementos constitutivos del delito, sino, más bien, en una reelaboración de cada una de sus categorías analíticas en función de dichas finalidades político-criminales, lo que permite un sistema conceptual abierto y, por tanto, adaptable a las nuevas realidades sociales[1061]. A cada categoría analítica del delito se le otorga pues una función político-criminal determinada. Así, por ejemplo, a la categoría de la acción se le asigna la función de excluir del análisis jurídico-penal aquellos sucesos que no tienen siquiera una repercusión penal mínima[1062]. No obstante, debe indicarse que debido a la necesaria referencia a la ley penal de esta función delimitadora, a la acción no se le considera una categoría autónoma del delito, sino que se le incluye dentro de la categoría de la tipicidad[1063]. Bajo estas circunstancias, la tipicidad se erige propiamente en la primera categoría del delito, asignándosele la finalidad de cumplir con las exigencias político-criminales derivadas del principio de legalidad[1064]. A la antijuridicidad, por su parte, se le configura también como una categoría independiente en la que, a diferencia del criterio general de valoración que utiliza la tipicidad, procede una valoración concreta ante una situación de conflicto social[1065]. Finalmente, en la culpabilidad no sólo se reconoce un substrato individual informado por el "poder haberse motivado de otro modo", sino que se incluye un elemento político-criminal que ROXIN denomina responsabilidad y que se corresponde con la idea de necesidad de pena[1066].

[1060] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 35.
[1061] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 51.
[1062] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 53.
[1063] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8 n.m. 40.
[1064] Vid., ROXIN, *Política criminal*, p. 43.
[1065] ROXIN, *Política criminal*, p. 55; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, §7 n.m. 59, donde además incluye una función de punto de enlace de medidas de seguridad y otras consecuencias penales y una función de vinculación del Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico.
[1066] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 64 y s.; EL MISMO, *Problemas básicos*, p. 200 y ss.; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 65.

Si se echa un vistazo a las actuales propuestas dogmáticas podrá comprobarse que el sistema dogmático orientado a finalidades político-criminales ha sido asumido, de alguna manera, por gran parte de la doctrina penal[1067]. Sin embargo, hay muchos aspectos del sistema dogmático propuesto que no se han acabado de desarrollar completamente y en los que se presenta cierta discusión[1068]. De hecho uno de los mayores reproches que se hace al pensamiento de Roxin es la falta de un sistema completo de imputación de responsabilidad con base en sus ideas programáticas[1069] y que, por ello, adolece de inseguridades y cierta arbitrariedad[1070]. Son tantos aspectos de la teoría del delito sobre los que el propio Roxin no ha podido hacer una profunda labor de normativización de las categorías penales con base en las finalidades político-criminales, que en muchos casos sus propios discípulos han pretendido cubrir estos vacíos, con el costo de no tener una unidad plena de pensamiento. En cualquier caso, el pensamiento de Roxin ha marcado, sin duda, un cambio de rumbo en la dogmática penal: El rechazo de sistemas abstractos basados en principios inmutables y su reorientación hacia fines sociales.

2. La normativización de las categorías dogmáticas con base en la función de la pena: El funcionalismo de Jakobs

El sistema funcionalista, propugnado por Jakobs, ha abierto en la doctrina penal moderna diversos puntos de discusión. Tiene un punto de partida común con el planteamiento de Roxin en cuanto cree necesario abandonar estructuras ontológicas y asumir conceptos normativos[1071]. Pero este autor va más allá, pues considera que ni siquiera deben establecerse limitaciones ontológicas a la normativización de los conceptos[1072]. Esta labor de normativización debe de estar orientada a la función social

---

[1067] Vid., por todos, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 23 y ss.

[1068] El propio Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 29, reconoce que el sistema teleológico se encuentra en fase de desarrollo.

[1069] Lo reconoce el propio Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 29.

[1070] Vid., Silva Sánchez, Introducción a *El sistema moderno*, p. 21; El Mismo, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 18, si bien busca rebatir estas críticas dirigidas al pensamiento teleológico de Roxin.

[1071] Vid., en este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7 n.m. 27.

[1072] En este sentido, Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 70; Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 24, quien, por otra parte, se muestra algo escéptico frente a este abandono total de límites ontológicos.

del Derecho penal que, para JAKOBS, es el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta en el sistema social[1073]. La legitimación material del Derecho penal se obtiene de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente[1074].

Como puede verse el planteamiento funcionalista de JAKOBS se mueve en un nivel de abstracción (formal y positivista) que no convierte en tema de discusión la concreta configuración de una sociedad, sino que la da por supuesta[1075]. La cuestión de la legitimidad del Derecho penal de una determinada sociedad no se resuelve al interior del Derecho penal, es decir, que esta cuestión no le corresponde resolver al intérprete del Derecho penal, pues la labor del penalista (del dogmático) no es trabajar el Derecho penal de una sociedad deseable, sino el Derecho penal de aquella sociedad que el sistema jurídico ha creado por diferenciación[1076]. Lo único que hace el método funcionalista es ofrecer categorías generales para una descripción del Derecho penal de una sociedad concreta[1077], para lo cual se apoya en conceptos sociológicos desarrollados sobre todo por LUHMANN en su teoría de los sistemas sociales[1078].

[1073] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 35. Vid., esto antes ya, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 123.

[1074] Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

[1075] Cf. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, pp. 149, 238.

[1076] Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 40. Sobre la necesaria adecuación del sistema jurídico a los condicionamientos sociales para el cumplimiento de su función, vid. LUHMANN, *El sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 96 y ss.; EL MISMO, en *Ausdifferenzierung des Rechts*, p. 5 y ss.

[1077] En este sentido la pretensión del pensamiento de Jakobs es fundamentalmente explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado (JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 22 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 372). Puede decirse, por tanto, que en el sistema funcionalista de Jakobs se presenta una separación entre dogmática penal y política criminal (vid., en este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar, en *La imputación objetiva*, p. 80 y ss, quienes afirman además que ciertamente esa separación entre dogmática penal y política criminal no impide que la propuesta de Jakobs permita la crítica a ciertos supuestos como, por ejemplo, la anticipación de la barrera de intervención penal, la configuración del Derecho penal del enemigo o el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas). Pretenden llevar a cabo el desarrollo de criterios de legitimación desde perspectivas funcionalistas, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 149 y ss., y PAWLICK, *Das unerlaubte Verhalten*, pp. 7 y ss., 62 y ss.

[1078] Vid., por ejemplo, la exposición del discípulo de Jakobs, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtgüter*, p. 137 y ss. Por esta razón se vincula al funcionalismo de Jakobs con las ideas sociológicas de Luhmann, vid., por ejemplo, en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, §

El punto de partida metodológico de JAKOBS no significa, sin embargo, que renuncie a un trabajo referido al Derecho penal contemporáneo. La exposición de JAKOBS no se mantiene en un nivel de abstracción neutral que explica la normatividad en sí, sino que, por lo general, se concreta en el Derecho positivo alemán, al que ciertamente presupone legítimo[1079]. En este sentido, la construcción de la teoría del delito realizada por JAKOBS asume ciertos elementos normativos del sistema político y social vigente, siendo únicamente concluyente en el rechazo a consideraciones ontológicas inmutables[1080]. En el concepto jurídico-penal de acción, de bien jurídico, en la estructuración de la teoría de la imputación objetiva y en la configuración de la categoría de la culpabilidad, por mencionar sólo los aspectos más importantes, JAKOBS abandona cualquier fundamento ontológico y llena de contenido sociológico estos conceptos y categorías, en concreto, a través de lo que considera la función del Derecho penal: Restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito[1081].

En la concepción de JAKOBS acerca de la función del Derecho penal se presenta un rescate del sentido comunicativo de la pena que habían mencionado en cierta manera HEGEL y los penalistas hegelianos[1082]. Sin embargo, JAKOBS complementa esta visión del delito, entendido como una unidad de sentido, estableciendo que el contenido comunicativo del delito es de carácter social, concretamente de defraudación de las expectativas sociales fundamentales y, por ello, jurídicamente reconocidas[1083]. Por esta razón, la función de la pena –y, por tanto, del Derecho penal– consiste en una anulación del sentido comunicativo del delito, es decir, en el restablecimiento de la vigencia de las expectativas defraudadas[1084]. Todas las ca-

---

7, n.m. 27; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 70. Sin embargo, el propio JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 16, marca ya diferencias con las ideas luhmannianas.

[1079] Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 41.

[1080] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 24; EL MISMO, Introducción a *El sistema moderno*, p. 20; EL MISMO, *Aproximación*, p. 69.

[1081] Vid., Sobre esta función de restabilización de la norma y, por tanto de la estructuras sociales, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 146 y ss.

[1082] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 2; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 17. Vid., de manera extensa, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 75 y ss.

[1083] Vid, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 6; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; EL MISMO, *PJ*, 49 (1998) pp. 297, 305 y ss. Por su parte, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 93 y ss., defiende la opinión de que la visión funcionalista ya se encontraba en el pensamiento de Hegel.

[1084] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 9; EL MISMO, *PJ*, p. 298; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; PAWLICK, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s..

tegorías que componen la teoría del delito deben estar informadas de esta función del Derecho penal[1085].

A partir de las consideraciones acabadas de verter puede entenderse el sentido que JAKOBS le da a las categorías dogmáticas del delito[1086]. Así, al concepto jurídico-penal de acción se le asigna la función de determinar el sentido comunicativo global de la defraudación de expectativas sociales. Esta orientación del concepto a la unidad de sentido del delito, trae como consecuencia que JAKOBS considere que la acción no es un elemento neutral previo al que luego se le van sumando las categorías tradicionales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino un concepto unitario referido al significado social del delito. En este orden de ideas, el concepto jurídico-penal de acción no sólo es la causación individualmente evitable y objetivamente imputable –lo cual quiere decir, que está vinculado al tipo penal–, sino que además presupone que el autor sea capaz de culpabilidad[1087].

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada por JAKOBS, responde también a la función asignada al Derecho penal[1088]. Como la configuración de las expectativas normativas depende de los roles que una persona asume en la sociedad –sea el rol general de ciudadano o algún rol especial– la imputación del hecho al autor dependerá de que haya efectivamente infringido ese rol general o especial[1089]. Por esta razón, además del dominio del riesgo que normalmente exige la doctrina moderna como criterio de imputación, se requiere que el autor haya infringido alguno de estos dos tipos de rol. En el caso de roles especiales, no es incluso un requisito para la imputación objetiva que el autor haya creado o aumentado un riesgo, sino que solamente basta que haya infringido el deber que le impone el rol especial[1090]. La diferencia entre acción y omisión, por otra parte, deviene en absolutamente superficial[1091], pues lo que interesa no es la existencia de un movimiento corporal o no, sino la infracción de un rol penalmente relevante.

[1085] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 27; SILVA SÁNCHEZ, Introducción a *El sistema moderno*, p. 20.
[1086] En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 116.
[1087] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 124.
[1088] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 4b.
[1089] JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung*, p. 26 y ss.
[1090] Vid., con detalle, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 191 y ss.
[1091] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 347 y ss.

En el plano de la culpabilidad JAKOBS procede también a desarrollar un concepto de culpabilidad estrictamente normativo que responda a la necesidad social de pena[1092]. En efecto, la vigencia del principio de culpabilidad no se sustenta en la capacidad ontológica de cada individuo de poder actuar libremente, sino en la atribución de un sentido comunicativo-social al comportamiento de una persona[1093]. Bajo estas consideraciones, la exigencia de la culpabilidad del autor no apunta a impedir la instrumentalización de la persona con la imposición de una pena, sino que solamente busca excluir de pena a aquellas personas que el sistema social no necesita sancionar para solventar el conflicto social generado por la conducta delictiva. Así, llega a sostener que una sociedad admite tratar como inimputables a determinados individuos en la medida que el propio sistema tenga mecanismos cognitivos para mantener el modelo de orientación social[1094].

Como puede verse, en el pensamiento de JAKOBS se encuentra la culminación del cambio de dirección en el sistema dogmático, lo que ciertamente ha despertado la crítica encendida de penalistas que no han logrado desprenderse del lastre naturalista[1095]. La construcción de la teoría del delito y de la pena está guiada únicamente por la función social del Derecho penal (el mantenimiento de la vigencia de la norma) lo cual, por otra parte, significa una renuncia a pretensiones político-criminales trascendentes[1096]. Sin embargo, pese a cambiar el contenido de las categorías del delito, la estructura general, mal que bien, se mantiene. Frente a ello surge la escuela de Frankfurt que defiende un cambio, para algunos un retorno, del sistema penal. "*El Derecho penal no cumple función real alguna*", dicen los miembros del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Su misión es imposible de cumplir de la manera como está actualmente estructurado[1097].

[1092] Esto no significa que renuncie al principio de culpabilidad como presupuesto de la pena, sino que plantea un entendimiento distinto, funcional; es decir, desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 365 y s.

[1093] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 385.

[1094] Así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 80.

[1095] Vid., así las críticas de SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 42 y ss.

[1096] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 1, p. 105. Críticamente sobre esto, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 14.

[1097] Vid., el libro conjunto de la escuela de Frankfurt, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., 1995, *passim*.

3. El retorno al Derecho penal liberal

En el actual panorama doctrinal pueden apreciarse posturas que se apartan de las propuestas de funcionalización del Derecho penal y, por tanto, de la teoría del delito. Estas posturas sostienen, por el contrario, que lo que hay que hacer es retornar, de alguna manera, al viejo y buen Derecho penal de tradición liberal, pues sólo de esta manera se puede proteger al individuo del leviatán estatal. Para poder hacer un análisis más detenido de los planteamientos de fondo de esta orientación interpretativa del Derecho penal, resulta necesario dividir nuestra exposición en dos tenencias distintas. Por un lado, se encuentra la tendencia de base fundamentalmente filosófica que parte del racionalismo subjetivista, mientras que, por el otro, se presenta aquella tendencia que se orienta a las ciencias sociales.

A. El liberalismo racionalista

El liberalismo racionalista en el Derecho penal encuentra en E.A. WOLFF su defensor más importante[1098]. Sus puntos de partida han sido seguidos y desarrollados con mayor detalle en diversos temas actuales del Derecho penal por sus discípulos KÖHLER, ZACZYK y KAHLO. Esta línea de pensamiento tiene una raíz filosófica claramente kantiana y, por tanto, se sustenta en los conceptos filosóficos de sujeto, acción, libertad, regla de acción e imputación, interpretados desde la filosofía de KANT y FICHTE[1099]. Obviamente, no pretendemos en este trabajo entrar en las particularidades del pensamiento jurídico(-filosófico) del liberalismo racionalista, sino solamente hacer una exposición a grandes rasgos de su comprensión del Derecho penal, esto es, de las condiciones de su legitimación.

El punto de partida del pensamiento filosófico de KANT es el llamado giro copernicano mediante el cual no es el objeto el que suministra el conocimiento, sino que éste está condicionado por las estructuras del sujeto que conoce[1100].

[1098] Puede cuestionarse que esta tendencia jurídico-penal pertenezca en sentido estricto a la escuela de Frankfurt, pero ciertamente de manera general existe una cierta proximidad (vid., SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, Nota preliminar a *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), p. 16) que se explica no sólo porque E.A. Wolff fuese Profesor en la Universidad de Frankfurt, sino fundamentalmente por el rechazo al normativismo funcionalista.

[1099] En este sentido, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 9. Sobre el concepto de libertad en Kant y Fichte, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 130 y ss.; KAHLO, *Das Problem*, pp. 272, 277 y ss.

[1100] Cf. WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 162 y s.; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 130 y s.; KAHLO, *Das Problem*, p. 283 y ss.

En este sentido, la realidad de las cosas está determinada por la capacidad de conocimiento del sujeto, en otras palabras, por su racionalidad[1101]. Desde el punto de vista del sujeto racional, lo existente tiene un doble carácter: por una parte, la realidad puede apreciarse como un suceso sujeto a leyes naturales aprehensible por la experiencia, y por el otro, como aquélla que tiene lugar mediante una acción libre del individuo orientada teleológicamente[1102]. En el primer ámbito, el criterio racional ordenador del conocimiento es la causalidad, mientras que el segundo existe la posibilidad de oponerse a los procesos causales (causalidad por medio de la libertad)[1103].

Al Derecho le interesa fundamentalmente el segundo ámbito, donde el criterio configurador de la realidad es la acción personal de un individuo. El individuo que actúa es entendido como un ser autofundante, es decir, su actuación se determina por sus propias capacidades de fundamentación. Aquí se ve también que no es una realidad externa al sujeto la que establece los principios de ordenación, sino que éstos son determinados por el sujeto mediante una labor racional ajena a todo condicionamiento empírico. En este sentido, el sujeto participa en el principio sustancialmente espiritual de la realidad, lo que significa que el sujeto tiene la capacidad de determinar la realidad según la categoría de la teleología interna cuyo principio espiritual puede estar expresado en normas o reglas. El sujeto racional no actúa según leyes naturales, sino que debe actuar según su representación de las leyes morales que se someten al imperativo categórico de seguir la máxima mediante la cual pueda querer al mismo tiempo que sea una ley general[1104]. Sin embargo, como se trata de un ámbito que no está regido por leyes causales, puede que el sujeto no siga la teleología interna expresada en normas (voluntad como libre arbitrio)[1105]. La autonomía del sujeto puede llevarle a actuar sin observar estas reglas de la acción[1106]. La realización de un suceso objetivo según

---

[1101] En este sentido, Kahlo, *Das Problem*, p. 278.

[1102] Vid., Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 9; Kahlo, *Das Problem*, p. 291.

[1103] Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 133. Busca desarrollar más esta doble naturaleza del sujeto práctico, Kahlo, *Das Problem*, p. 293 y ss.

[1104] Cf. Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 172; Zaczyk, *Strafrechtliche Unrecht*, p. 20.

[1105] Kahlo, *Das Problem*, p. 270; Zaczyk, *Strafrechtliche Unrecht*, p. 20 y ss.

[1106] Esto se asienta en la idea de generalización de una máxima, de un criterio para la corrección de la acción que se derive del propio sujeto, pero que sirva también de guía para los otros sujetos racionales en tanto tales. Vid., Wolff, *ZStW* 97 (1985), p. 808; Zaczyk, *Strafrechtliche Unrecht*, p. 20.

una regla del sujeto libre justifica la imputación como su realidad, como aquella que él ha configurado libremente[1107].

El Derecho pertenece al ámbito de la realidad del comportamiento humano sujeto a reglas (o normas)[1108]. Sin embargo, esta afirmación no permite aún, en este orden de ideas, diferenciarlo de la ética[1109]. Lo particular de las reglas jurídicas resulta del hecho de que éstas tienen en la estructura global de la acción una necesariedad externa intersubjetiva. Pese a que la actuación debe estar regida por reglas morales determinadas por el sujeto racional, esta labor de reconocimiento del propio sujeto racional requiere necesariamente la referencia a los demás (intersubjetividad). La idea misma de autonomía necesita forzosamente de una referencia a los demás[1110]: La autonomía del individuo se muestra como un estado de cosas fundamental de su ser que sólo puede ser pensada si al mismo tiempo está presente en otros seres racionales[1111]. Esta relación con los demás no es, sin embargo, una relación puramente imaginada, sino que es real y, en este sentido, constituye relaciones de mutuo reconocimiento de la libertad entre los sujetos racionales[1112]. Pese a la existencia de este mutuo reconocimiento y debido a que cada sujeto puede que, en su propia determinación de lo correcto conforme a máximas, se enfrente a los otros en la configuración del único mundo exterior, o simplemente se corrompa, es necesario establecer límites externos a su acción[1113]. Estos límites a la acción externa de los individuos se establecen mediante las reglas jurídicas que buscan integrar en la acción externa el ser libre de los otros sujetos[1114]. En este sentido, las leyes jurídicas no exigen la presencia de una buena voluntad en el actuar, sino simplemente una conformidad externa con la ley[1115].

[1107] KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 10; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 74.
[1108] KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 9.
[1109] En este sentido, KAHLO, *Das Problem*, p. 293.
[1110] Cf. WOLFF, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), p. 140; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 165.
[1111] ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 165.
[1112] WOLFF, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), pp. 140, 182. Críticamente, KINDHÄUSER, *RPDJP*, 1, p. 179.
[1113] Cf. KAHLO, *Das Problem*, p. 299.
[1114] Vid., en este sentido, ZACZYK, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 121.
[1115] WOLFF, en *Politiksstrafrecht*, Hassemer (Hrsg.), p. 140; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 12. Lo cual no significa que la ley no debe ofrecer razones para merecer su obediencia (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Weischedel (ed.), Obras, Vol. IV, 1975, p. 325).

Una conducta es contraria al Derecho cuando no observa las máximas del comportamiento y significa el desconocimiento de la relación de mutuo reconocimiento, esto es la negación del carácter racional y libre de los demás. El delito constituye, por su parte, la lesión más grave de las relaciones, jurídicamente constituidas, de mutuo reconocimiento entre los sujetos individuales[1116], pues afecta los elementos de existencia de la libertad de la persona o, lo que es lo mismo, de su autonomía (vida, cuerpo, libertad y patrimonio)[1117]. La pena constituye, en este sentido, una reacción de necesidad racional ante el actuar del delincuente, que busca negar en la generalidad la actuación irracional del delincuente[1118].

La breve explicación anterior de cómo entiende el liberalismo racionalista a la persona, la sociedad y el Derecho penal obligan a desarrollar una teoría del delito que se ajuste a esta forma racional de entender la realidad. Dado que muchas de las orientaciones modernas de la legislación penal, así como las propuestas de interpretación del delito no se corresponden con esta comprensión del Derecho penal, el liberalismo racionalista asume una posición crítica. En este sentido, cuestiona la legitimidad de muchos rasgos de la legislación penal moderna (delitos de peligro abstracto o la responsabilidad penal de las personas jurídicas), del mismo modo que pone objeciones a muchas de las propuestas de funcionalización del Derecho penal. El entendimiento del liberalismo racionalista en el Derecho penal propone mantenerse en los criterios tradicionales de delito y culpabilidad, entendidos desde la filosofía racionalista-subjetivista, y no sustituir estos conceptos por categorías puramente funcionales.

B. La escuela de Frankfurt

Más que constituir propiamente una escuela con una línea de pensamiento claramente definida en el Derecho penal, la llamada escuela de Frankfurt vincula autores diversos con claras diferencias ideológicas y metodológicas[1119], pero quizá con el único acuerdo común de rechazar la

---

[1116] Vid., en este sentido, Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 140. Sobre esta relación de reconocimiento mutuo, vid., Wolff, *ZStW* 87 (1985), p. 811 y ss.; Kahlo, *Das Problem*, p. 270.

[1117] Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 165.

[1118] Vid., Köhler, *Der Begriff der Strafe*, p. 50; El Mismo, *Strafrecht*, AT, pp. 37 y s., 48 y ss.

[1119] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en el Prólogo a la edición española de *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), p. XII.

normativización de las categorías dogmáticas en el sentido de las propuestas funcionalistas[1120]. En este sentido, critica la expansión del Derecho penal mediante los procesos de *neo-criminalización*, resaltando que con ello el Derecho penal está dejando de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad de los ciudadanos para convertirse en instrumento de una política de seguridad[1121].

La llamada escuela de Frankfurt se caracteriza por asumir una vinculación estrecha entre el Derecho penal y las ciencias sociales. Esta vinculación del Derecho penal parte de la idea de que la "cientificidad" del Derecho penal no queda simplemente en una ordenación del conocimiento mediante un método determinado, sino que es importante tener en cuenta que se trata de una cientificidad dirigida a lo social. En este sentido, debe quedar fuera del estudio del Derecho penal conceptos metafísicos u objetos que sólo pueden abordarse especulativamente[1122]. El Derecho penal es una ciencia exclusivamente empírica, cuya pretensión es permitir un mejor Derecho penal, esto es, un Derecho penal racional en cuanto a sus consecuencias[1123]. La divergencia de esta interpretación del Derecho penal respecto del liberalismo racionalista se hace evidente ya desde sus puntos de partida[1124].

Para los autores que se agrupan en torno a la llamada escuela de Frankfurt, el estudio del Derecho penal debe partir de su realidad, y ciertamente ésta no es el conjunto de normas jurídicas, sino las relaciones entre individuos, concretamente entre dos personas: una que lesiona y otra que padece la lesión[1125]. Sin embargo, la actividad usual del penalista consiste en sumergirse sólo en lo estrictamente normativo, es decir, en el estudio de las leyes, y deja, por tanto, de lado la parte real del Derecho penal[1126]. Esto se refleja claramente en los estudios especializados de Derecho penal, en los que puede verse con facilidad una mayor dedicación al análisis de su

---

[1120] Vid., ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474.

[1121] Vid., en este sentido, HASSEMER, *La responsabilidad por el producto*, p. 31; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474.

[1122] En este sentido, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 34; NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 4.

[1123] NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 4 y s.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 83.

[1124] NAUCKE, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 8 y ss.

[1125] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 31.

[1126] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 32 y s.

instrumental que al ámbito en el cual se aplica este instrumental. En este sentido, este enfoque del Derecho penal considera necesario devolver el papel decisivo a lo empírico, lo cual sólo puede tener lugar, mediante una orientación del sistema penal a sus consecuencias[1127].

La orientación del Derecho penal a sus consecuencias, significa que la legislación y la jurisprudencia penales deben interesarse por las consecuencias fácticas de su actuación[1128]. Esta actuación solamente puede justificarse, o legitimarse, si con ella se alcanzan las consecuencias deseadas y se impiden las indeseadas[1129]. Para ello es necesario conocer cuáles serán las consecuencias de tal actuación, los cuales solamente pueden precisarse mediante los conocimientos empíricos que suministran las ciencias sociales[1130]. Un Derecho penal eficaz debe necesariamente estar referido a las ciencias sociales, y fundamentalmente a la criminología[1131].

La historia del Derecho penal orientado a las ciencias sociales no es reciente, sino que esta tendencia puede verse ya desde finales del siglo XIX[1132]. Cómo se ha manifestado esta tendencia en los distintos momentos históricos, ha dependido ciertamente de las situaciones histórico-políticas. La orientación del Derecho penal a las ciencias sociales se ha mostrado a lo largo de la historia de diversas maneras: en algunos momentos ha sido conservadora, mientras que en otros liberal e incluso radical; en determinadas etapas históricas ha buscado hacer más fuerte o eficaz el Derecho penal, mientras que en otras también lo ha criticado[1133]. Hoy en día el desarrollo de esta orientación del Derecho penal, que ha sido asumido expresamente por los miembros de la llamada escuela de Frankfurt, ha adquirido unos rasgos fundamentalmente críticos frente a la legislación penal contemporánea. Sus trabajos especializados coinciden en un reproche a la actual legislación penal en el sentido de que está siendo impulsada más por factores de carácter político que científico, esto es, que se ha relegado a un segundo

---

[1127] Hassemer, *Fundamentos*, p. 34.
[1128] Hassemer, en *FS-H. Coing*, I, p. 504 y ss.
[1129] Algo que un Derecho penal orientado por un *input* (a sí mismo), no podría determinar. Vid., en este sentido, Hassemer, *NStZ*, 1989, p. 556.
[1130] Hassemer, *Fundamentos*, p. 35 y s.
[1131] Cf., Albrecht, en *FS-E.A. Wolff*, p. 12 y s.
[1132] Naucke, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 6.
[1133] Cfr. Naucke, en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 6.

plano la eficacia del Derecho penal[1134]. Este condicionamiento "político" del Derecho penal moderno no sólo ha afectado la mencionada eficacia del Derecho penal, sino que ha traído consigo también el paulatino abandono del conjunto de principios de tradición europea[1135]. Estos dos aspectos de la moderna legislación penal constituyen en conjunto una negación al Derecho penal clásico de raíz liberal y propio de un Estado de Derecho[1136].

IV. Toma de posición: Una teoría del delito fundada en la persona

Si bien la dogmática penal tiene como punto de partida el Derecho positivo, esta afirmación no debe llevar a entender que la teoría del delito puede deducirse simplemente de la ley penal positiva. La legislación penal es incompleta en muchos aspectos e incluso, en algunos casos, contradictoria por razones de conformación histórica. Por esta razón, es necesario que el dogmático ordene el Derecho positivo con base en ciertos puntos de partida supra-positivos, de los cuales se vale para construir una teoría completa y uniforme del delito[1137]. Con la ayuda de esta teoría, será posible determinar motivadamente en qué casos una conducta constituye delito y en qué casos no.

1. El fundamento de la teoría del delito

El tema de discusión permanente en la dogmática penal ha sido determinar cuáles son los referentes fundamentales que ordenan la legislación penal en una teoría general del delito. Los causalistas, por ejemplo, consideraron que la causalidad permitía ordenar todos los elementos del delito[1138]. El neocausalismo no cuestionó la base empírica del de-

---

[1134] Vid., Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, en el Prólogo a la edición alemana de *La insostenible situación del Derecho penal*, p. XVIII.

[1135] Vid., en este sentido, ALBRECHT, en La insostenible situación del Derecho penal, p. 484.

[1136] Vid., HASSEMER, *La responsabilidad por el producto*, p. 18. Por su parte, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, p. 15 entiende que el Derecho penal clásico al que hace referencia Hassemer, es el que sigue el pensamiento de principios de tradición europea.

[1137] Así, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 62.

[1138] Vid., VON LISZT, en *Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, I, p. 222: "*Lo que como hecho real se corresponde con el concepto de delito siempre es (...) un suceso sensorial del mundo exterior, un acontecer en hombres y cosas, una modificación conforme a las leyes causales que rigen la naturaleza*".

lito, pero consideró insuficiente la mera constatación de relaciones de causalidad, ya que, conforme a la filosofía neokantiana que informaba a dicha línea de pensamiento, el delito era un producto cultural y, por lo tanto, dependiente de la manera como es valorada socialmente la realidad[1139]. Son los estándares culturales los que permiten considerar delito a ciertas relaciones de causalidad que producen una modificación del mundo exterior[1140].

Un giro importante en la determinación de las estructuras sobre las que se construye el delito tuvo lugar con el finalismo, en la medida que dejó de poner la mirada en lo empírico o cultural, para centrarse en lo permanente de las cosas[1141]. Con las llamadas estructuras lógico-objetivas, el finalismo procuró desarrollar una teoría del delito que rescatase lo propiamente humano del delito[1142] y, a la par, la asegurase de las inestabilidades políticas que pudiesen llevar a un abuso de la configuración del delito con la finalidad de hacerlo "políticamente útil". No obstante, su mayor virtud se convirtió en su peor defecto, pues al poner la mira en la excepción (evitar regímenes injustos) dejó de tener en cuenta que lo natural es el cambio social y, por lo tanto, también la variación de las necesidades de imputación. En este sentido, la teoría del delito de corte finalista, afincada en estructuras inmutables, trajo como consecuencia la negación del carácter dinámico de los criterios de imputación penal, lo que finalmente produjo su falta de correspondencia con las necesidades sociales de punición[1143].

[1139] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 156: "*Su comprobación (scl. Del delito) no puede tener lugar mediante un simple juicio sobre lo que es; dicha comprobación siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho, un juicio sobre el valor, al lado del juicio sobre lo que es*".

[1140] Vid., así, M. E. MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, p. 125 y ss.

[1141] Si bien a este planteamiento se le ha catalogado de "ontológico", debe quedar claro, como lo precisara el mismo WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 13, que no se corresponde con la ontología fenomenológica de Hartmann y ni tan siquiera con la ontología de la antigua metafísica, sino con el hecho de que las categorías del conocimiento son también categoría del ser (ontología) y no simples categorías gnoseológicas. Anteriormente Welzel había señalado que "*si el ordenamiento del derecho penal no vincula sus predicados de valor con todo suceso real, entonces deben existir diferencias ontológicas de las cuales surge este diferente tratamiento*" (WELZEL, *Estudios*, p. 126).

[1142] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 31: "*El objeto de las normas jurídico-penales es, por consiguiente, el comportamiento humano, esto es, la actividad o pasividad corporal del ser humano, sujeta a la capacidad de dirigir la voluntad hacia fines*".

[1143] Así, la crítica de JAKOBS, en *Estudios*, p. 112, a la concepción final de la acción de no tener en cuenta la vertiente social.

El carácter cerrado de la teoría del delito de raigambre finalista fue precisamente el aspecto que más se le criticó, motivando el desarrollo de líneas de pensamiento que procuraron abrir la teoría del delito a las necesidades sociales de punición. A estos planteamientos se les ha catalogado de funcionalistas[1144], aunque hay que reconocer que presentan particularidades que las hacen muy distintas. En el caso del funcionalismo orientado a las finalidades político-criminales se ha producido, de alguna manera, una vuelta a la lógica neokantiana de los valores, pero no dejándolos en el mundo etéreo de la cultura, sino anclándolos en las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena[1145]. Según esta comprensión, el delito debe definirse en función de las necesidades de prevención y las garantías constitucionalmente establecidas en favor de los ciudadanos. En un plano menos constitucional y más sociológico, el funcionalismo de corte sociológico define el delito como una comunicación social que expresa una máxima de comportamiento incompatible con la identidad normativa de la sociedad. En la medida que cada sociedad tiene su propia identidad normativa, delito será solamente aquello que, para la sociedad de la que se trate, constituya una perturbación que debe salvarse con la imposición de una pena[1146].

A partir del panorama descrito, queda claro que una teoría del delito debe encontrar cuál es su llave maestra o concepto fundante, pues solamente de esta manera puede pretender constituirse en una construcción conceptual coherente. Mientras los causalistas y los neocausalistas pusieron la mirada en el hecho, entendido como realidad empírica o como realidad valorada, el finalismo lo puso en el sujeto individual. En nuestra opinión, consideramos correcto que la teoría del delito ponga la atención en el sujeto, pues un hecho solamente puede alcanzar relevancia penal si se pone en relación con un sujeto. No obstante, el fallo del finalismo fue definir el sujeto únicamente en función de sus capacidades individuales (estructuras lógico-objetivas), lo que significó dejar de lado su faceta social. El sujeto del Derecho penal no es solamente un individuo que lleva a cabo acciones, sino fundamentalmente una persona que interactúa socialmente.

[1144] SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 63.
[1145] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 24.
[1146] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18.

El funcionalismo de corte sociológico ha destacado el aspecto social de la persona, aunque lo ha hecho con una radicalidad tal que ha negado la individualidad de la persona[1147]. Según este planteamiento, el sujeto del Derecho penal está definido por el sistema social con sus criterios de ordenación, de manera tal que las capacidades individuales de la persona que no tienen reconocimiento social simplemente no existen. En nuestra opinión, éste es el punto crítico del funcionalismo sociológico, pues la persona lleva tanto un aspecto social, como uno individual, no siendo posible ensombrecer alguno de estos aspectos. En consecuencia, hay que ser tan críticos con WELZEL por centrarse solamente en el aspecto individual de la persona, como con JAKOBS por enfocarse exclusivamente en el aspecto social. El concepto clave para la estructuración de la teoría del delito es, sin lugar a dudas, la persona, pero no vista parcialmente en su capacidad individual o en su faceta social, sino recogiendo la integridad de su esencia.

2. La persona y su dignidad

El artículo 1 de la Constitución Política establece que la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido, el Derecho penal, como parte del sistema social, debe estar dirigido a la protección de la persona. Esta protección obliga no solamente a tener que imputar responsabilidad penal a quien afecta aspectos esenciales de la persona, sino también a ajustar los criterios de imputación penal a la persona del autor. Como puede verse, la teoría del delito debe estar informada doblemente por el concepto de persona, pues el injusto penal se sustenta en una afectación a la persona y la culpabilidad en la posibilidad de imputar el injusto a una persona. Sin embargo, no es suficiente con que la teoría del delito se haga a partir de una idea de persona, sino que el concepto de persona debe estar necesariamente informado, por mandato constitucional, de la dignidad humana.

La dignidad humana no es una simple atribución social contingente, sino que le corresponde a toda persona por el hecho de ser un ser humano. Siguiendo a HERVADA, puede decirse que la dignidad de la persona humana significa que se trata de un ser con una dimensión espiritual que es lo que

[1147] Una individualidad que no es entendida en el sentido antropológico de ser con libertad, sino en el sentido más hedonista de ser con pretensiones de satisfacción e insatisfacción (vid., JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 9 y ss.).

le proporciona la intensidad y la perfección del ser más altas que el resto de seres del mundo animal[1148]. No obstante, hay que reconocer que la dignidad humana no tiene solamente una expresión absoluta y, por lo tanto, irrenunciable[1149], sino que, además de la dignidad absoluta, a la persona se le reconoce una dignidad humana relativa. Esta dignidad humana está referida a su actuación práctica, por lo que la persona puede ir perdiéndola en función de su manera de actuar. Ambos aspectos de la dignidad humana deben ser considerados por la teoría del delito si es que quiere tener como referencia un concepto de persona conforme a la Constitución.

A. La dignidad humana absoluta como límite

La dignidad humana absoluta constituye fundamentalmente un límite a la teoría del delito, en el sentido de que la dogmática penal no puede negarle a la persona el aspecto irrenunciable de su dignidad[1150]. Este límite no opera únicamente en el plano general, sino que se expresa también en aspectos específicos de la teoría del delito. En el plano general, la dignidad humana absoluta impide que la dogmática penal relativice el concepto de persona, dejándolo en manos de criterios puramente convencionales[1151]. La imputación penal debe tratar siempre al ser humano como una persona, no siendo posible la negación de esta calidad bajo ningún concepto[1152]. En este orden de ideas, no resulta de recibo un Derecho penal del enemigo que se sustente en la negación del estatus de persona a ciertos individuos. Si bien es posible endurecer la reacción penal o restringir incluso algunas garantías penales frente a ciertas formas especialmente graves de criminalidad, de ninguna manera puede encontrarse la legitimidad de este proceder en la negación del estatus de persona del delincuente.

La dignidad humana absoluta constituye también un límite en aspectos específicos de la teoría del delito. En el caso de la legítima defensa, por

---

[1148] *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, p. 452.

[1149] Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

[1150] Si bien PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 276, no niega la existencia de una dignidad humana intrínseca y previa, señala que mientras esta dignidad no sea socialmente reconocida carece de existencia social. Esta afirmación vacía de sentido la existencia de una dignidad intrínseca, pues al estar condicionada al "reconocimiento social" ya no es absoluta.

[1151] Así, VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 31, señala: "*existe una «personalidad basal» que es refractaria a toda funcionalización y que se expresa como dignidad de la «humanitas» que subsiste en cada hombre*".

[1152] Sobre la independencia del contexto del ser persona, vid., SPAEMANN, *Personen*, p. 134 y ss.

ejemplo, la necesidad racional de la defensa se apoya precisamente en el carácter de persona del agresor, en la medida que, si bien desconoce al agredido como persona, esta situación no legitima tratar al agresor como un simple objeto peligroso contra el cual se pueda reaccionar de cualquier manera eficaz. El agresor sigue siendo una persona y, por lo tanto, el que se defiende frente a la agresión debe utilizar siempre el medio menos lesivo. De la misma forma, el límite del consentimiento a los bienes jurídicos disponibles se explica en la irrenunciabilidad de determinados bienes de la persona, pues ni siquiera la propia voluntad de la persona es capaz de suprimir su dignidad. En la dogmática de la Parte Especial cuestiones como el castigo de la inducción o ayuda al suicidio, la protección de la vida humana intrauterina, el deber de socorro solamente pueden encontrar explicación en la dignidad absoluta de la persona.

B. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal

La dignidad humana tiene, por otra parte, una manifestación relativa que está referida a su actuación práctica. La persona actúa en sociedad en orden a alcanzar su realización personal, pero esta realización no puede alcanzarse de cualquier manera, sino que en su interrelación con los demás la persona debe observar ciertas reglas de convivencia esenciales. Si no se observan estas reglas de convivencia, entonces la dignidad relativa de la persona se degrada[1153], lo que permitirá el reproche colectivo y eventualmente la imposición de una pena. Debe quedar claro que la imposición de la pena no se sustenta en la simple necesidad de conservar el sistema social, sino que es necesario un reproche social contra el autor por su falta de fidelidad con los demás. Este reproche penal solamente tiene lugar si el infractor, mediante su libre actuación, comunica un cuestionamiento a la vigencia de las normas elementales de convivencia.

Dos aspectos vinculados a la actuación práctica de la persona son determinantes de la imputación penal. Por un lado, la persona actúa libremente, lo que significa que solamente pueden serle imputadas aquellas actuaciones que se explican en el ejercicio individual de su libertad[1154]. Pero

---

[1153] Vid., Spaemann, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: "*La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres*".

[1154] Igualmente, Pinedo Sandoval, *Ita ius esto*, 7, p. 203.

la personalidad no se agota en este aspecto individual, sino que también resulta decisivo el aspecto social de la persona[1155], el cual está constituido por su responsabilidad frente a los demás. Para determinar esta responsabilidad hay que tener en cuenta las particularidades de la sociedad actual, siendo en este punto de singular importancia la complejidad y el anonimato de los contactos sociales. En efecto, una persona no responde por todo lo que pueda evitar, sino solamente por aquello que se le exige socialmente en función de la posición que ocupa. A partir de esta idea se entiende por qué la teoría actual de la imputación penal recurre a los roles sociales jurídicamente determinados.

La teoría del delito que en las lecciones que siguen vamos a desarrollar, se corresponde con los puntos de partida acabados de esbozar de manera general. Como puede fácilmente apreciarse, la llave maestra de la construcción conceptual del delito descansa en una concepción de la persona que no es puramente individual ni puramente sociológica, sino que recoge ambos aspectos de la persona, pues no es posible prescindir de uno de ellos en una teoría del delito que respete su dignidad humana.

[1155] En este punto es correcta la afirmación de JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 38, de que personas solamente existen en sociedad. No obstante, esta necesaria referencia a lo social, no debe soslayar la individualidad de la persona.

LECCIÓN 10
LA ACCIÓN

I. Introducción

El concepto de acción no es sólo tan antiguo como la propia dogmática jurídica, sino que dicho concepto ha sido utilizado en las distintas ciencias humanas y naturales[1156]. Por esta razón, el análisis que se hará en esta lección se circunscribirá necesariamente al desarrollo que ha tenido la categoría de la acción en la dogmática jurídico-penal[1157]. Puede decirse que, a lo largo de la historia de la discusión dogmática, la configuración jurídico-penal de la acción ha girado fundamentalmente en torno a dos modelos de interpretación[1158]. Por un lado, la acción ha sido entendida como la base material sobre la cual se van precisando los predicados que configuran el hecho punible, de manera tal que un delito sólo puede afirmarse si parte de determinada base real que sería una acción. La otra línea de interpretación ha procurado, por el contrario, exigir en la definición misma de la acción una referencia a criterios jurídico-penales, lo que significa definirla en un sentido jurídico-penal. Al interior de estos modelos de interpretación se ha discutido, a su vez, sobre las particularidades del punto de partida asumido, lo cual conviene exponer brevemente antes de tomar una posición al respecto.

[1156] Vid., en este sentido, DEDES, *FS-Roxin*, p. 187.

[1157] Una exposición del desarrollo de la teoría de la imputación en general desde Aristóteles, pasando por San Agustín, Santo Tomás, Pufendorf, Amselm von Feuerbach hasta Hegel, HOHMANN, *Personalität*, p. 213 y ss.

[1158] Vid., la referencia a estas dos formas de comprender la acción, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 980.

II. La acción como concepto previo al Derecho penal

1. El concepto causal de acción

El modelo conceptual de la acción previa tiene sus antecedentes en la definición de LUDEN, quien señaló que el delito era un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, por lo que exigió la corporalidad y la voluntariedad de la puesta de la causa[1159]. Sin embargo, este autor no mantuvo, ni desarrolló en escritos posteriores esta afirmación[1160], sino que fue propiamente con la propuesta metodológica del causalismo cuando la acción se erigió como una categoría autónoma del delito, encargada de establecer la base empírica del hecho delictivo.

VON LISZT definió tempranamente la acción como "*la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior*"[1161]. Sin embargo, debido a que este concepto fracasaba en la omisión, el referido autor alemán procedió a modificarlo en posteriores ediciones de su manual, definiendo la acción, más bien, como "*conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria*"[1162]. Como puede verse, VON LISZT procuró mantener un concepto de acción como sustrato empírico previo que resultase común a todos los delitos, sean activos u omisivos, incluso a costa de renunciar a la relación de causalidad y dejar la voluntariedad del comportamiento como único elemento común de las diversas manifestaciones del delito.

Pese al cambio metodológico que supuso asumir la diferenciación entre ciencias naturales y ciencias del espíritu, los autores neocausalistas siguieron, en esencia, la visión causalista de la acción. Para esta línea de pensamiento la voluntad natural del autor de hacer o no hacer continuó siendo el elemento determinante de la acción. La definición de acción propuesta por MEZGER como "*hacer o dejar de hacer querido*"[1163], constituye posible-

[1159] LUDEN, *Abhandlungen*, p. 215.
[1160] Así, ROXIN, *Derecho penal*, PG, § 8, n.m. 9.
[1161] VON LISZT, *Lehrbuch*, 4. Aufl., p. 128.
[1162] VON LISZT, *Lehrbuch*, 22. Aufl., p. 116.
[1163] MEZGER, *Moderne Wege*, p. 12.

mente la prueba más clara del mantenimiento en la lógica causalista. Actualmente existen autores en la doctrina penal alemana, como Baumann/Weber, que continúan anclados en un concepto de acción de base causal al definirla como "*una conducta humana llevada por la voluntad*"[1164].

El concepto de acción de base causal tiene diversos puntos débiles que la hacen actualmente insostenible. En primer lugar, resulta cuestionable la reconducción de las distintas manifestaciones del delito a una misma base empírica[1165]. Esta pretensión fue tempranamente cuestionada, como lo muestra la crítica de Radbruch en el sentido de que dos conceptos empíricamente antagónicos como acción y omisión (a y no a) no podían tener un elemento común en el plano fáctico[1166]. El intento de reducir el concepto común de acción únicamente a la voluntariedad para poder abarcar así la omisión, resultó igualmente insuficiente, pues esta voluntariedad no existiría, por ejemplo, en el caso de la omisión culposa inconsciente (el olvido)[1167].

Otro punto realmente controvertido de la visión causal de la acción fue su pretensión de ser un concepto neutral al que luego se le irían precisando las características de índole penal. Resulta poco plausible, por ejemplo, que la acción en el delito de injurias esté constituida simplemente por la emisión de ondas sonoras que, como vibraciones del aire, llegan al oído del afectado produciéndole un aumento del ritmo cardiaco y la presión sanguínea[1168]. Semejante concepto de acción apuntaría a desprenderse de lo propiamente humano al reducir todo a procesos causales, lo cual resulta insostenible, pues en la acción siempre está presente una perspectiva humana. Precisamente en esta ausencia del componente humano, que tendría lugar con el concepto causal de acción, se sustentó el finalismo para formular su principal crítica contra dicho concepto de acción[1169], presentándose como una teoría más exacta de la acción delictiva.

[1164] Baumann/Weber, *Strafrecht*, AT, § 16, II 1.

[1165] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 13.

[1166] Vid., Radbruch, *Handlungsbegriff*, p. 140 y ss.

[1167] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 13.

[1168] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 15, calificando de ridículo reducir el concepto de acción a estos procesos físicos.

[1169] Welzel, *Estudios*, p. 141 y s.: "*Al lado del suceso causal hay un suceso heterogéneo que no está sujeto al orden de la causalidad, sino al sentido de la intencionalidad (...) el resultado pertenece al sujeto en una forma completamente distinta como si fuera solo un efecto de su causa*".

2. El finalismo

Si bien el finalismo no renunció a una comprensión de la acción previa sobre la cual habrían de precisarse posteriormente las otras categorías dogmáticas del delito, su concepto de acción recuperó una visión supraempírica de la acción. En efecto, para el planteamiento de WELZEL la acción constituía, a diferencia de los simples procesos causales, una expresión de sentido del ser humano orientada a la consecución de determinados objetivos propuestos[1170]. Con base en esta idea se criticó la explicación causalista de la acción que la entendía como acto voluntario de contenido indiferente, pues la causalidad no era capaz de expresar, por sí misma, sentido[1171]. La acción no es una simple vinculación causal de una manifestación de voluntad con un resultado lesivo, sino una actuación hacia un fin propuesto por el sujeto de la acción. El hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse, por ello, objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo[1172].

La formulación finalista de la acción no estuvo exenta de críticas. Al igual que el concepto naturalista de acción se le cuestionó ser insuficiente para agrupar en un solo concepto las distintas manifestaciones del delito. Así, se indicó que el concepto final de acción no se acomodaba a los delitos omisivos, en la medida que la actuación dirigida a un fin evocaba una conducta activa. La referencia de WELZEL a una *capacidad de actuar* en los delitos omisivos[1173] tampoco sirvió de mucho para levantar la mencionada objeción, pues la capacidad de actuar es distinta a la acción misma que es lo que se trata de caracterizar[1174]. Por esta razón, no sorprende que finalistas como STRATENWERTH[1175] o Armin KAUFMANN[1176] no consideraran que el concepto final de acción sea una categoría autónoma del delito, siguiendo de alguna manera la separación del edificio dogmático propuesta en su momento por RADBRUCH.

[1170] Vid., WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 18.
[1171] Así, igualmente la exposición de JAKOBS, en *Estudios*, p. 108.
[1172] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33 y ss. Vid., con mayor profundidad, WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, p. 3 y ss.
[1173] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 201.
[1174] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m.18.
[1175] Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 1.
[1176] Vid., KAUFMANN, Armin, *FS-Hans Welzel*, p. 393 y ss.

Pero la crítica al carácter insuficiente del concepto final de acción para abarcar las distintas manifestaciones del delito no se quedó en la omisión. Al ser la finalidad el elemento central del concepto de acción, lo subjetivo pasó a formar parte también de dicho concepto, de manera tal que el concepto de acción tendría que abarcar no sólo la acción y la omisión, sino también el dolo y la culpa. Precisamente, en este orden de ideas, se le cuestionó referirse fundamentalmente al dolo directo, dejando cuando menos de lado la actuación culposa[1177]. WELZEL, sin embargo, dejó en claro que la denominación "final" no debía entenderse como intención dirigida a la producción de un resultado típicamente relevante, sino que, a partir de esta estructura ontológica del actuar humano, debían establecerse el dolo y la culpa al interior del Derecho penal[1178].

Las críticas achacadas al concepto final de acción llevaron a que en sus últimos años WELZEL recomendara sustituir la denominación "final" por la de "cibernética", en la medida que lo que realmente importaba en el concepto de acción era su control y dirección[1179]. Pero a pesar de esta reformulación terminológica para poder dar entrada también a las otras formas de manifestación del delito, lo cierto es que esta comprensión de la acción ha sido considerada igualmente incompleta en cuanto al enfoque utilizado. Su mayor déficit se encontraría en el hecho de haber centrado el concepto de acción en las capacidades individuales de control, dejando de lado la vertiente social que innegablemente posee[1180].

3. Concepto social de acción

El déficit social de la comprensión finalista de la acción ha pretendido ser cubierto por la llamada teoría social de la acción. Los orígenes de esta teoría son ciertamente anteriores a la teoría final de la acción, pero sólo en las últimas décadas ha adquirido una mayor significación. Eber-

---

[1177] Vid., así, MEZGER, *FS-Rittler*, p. 123. Vid., igualmente la referencia de JAKOBS, en *Estudios*, p. 110 y s., a esta crítica dirigida a la teoría final de la acción.

[1178] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 65, señalando que la teoría de la acción final no desarrolla la estructura de la acción final en los tipos penales.

[1179] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 37 y s.

[1180] Vid. JAKOBS, en *Estudios*, p. 112. No obstante, destaca en Welzel la consideración de lo social a través de la llamada adecuación social, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 22, aunque reconoce que finalmente no desarrolló esta idea completamente.

hardt SCHMIDT, reelaborando el tratado de VON LISZT, definió la acción como "*conducta voluntaria hacia el mundo social externo*"[1181], lo que significaba que la acción no interesaba en términos fisiológicos –perspectiva propia de las ciencias naturales–, sino como fenómeno social. En la misma dirección discurren las concepciones de la acción de ENGISCH, quien la entendió como "*producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes*"[1182], de MAIHOFER, quien la definió como "*conducta dirigida a la lesión de bienes sociales*"[1183], y actualmente de JESCHECK, al entenderla como "*conducta socialmente relevante*"[1184]. Como puede verse, el elemento común de todas estas concepciones de la acción es su relevancia social.

Pese al denominador común de las definiciones de acción reproducidas, está claro que resulta difícil encontrar en los autores mencionados una unidad de pensamiento dogmático[1185]. Esta situación no impide, sin embargo, que se les pueda someter a una crítica común: El diferenciar apenas entre la relevancia social del hecho y la relevancia jurídica[1186]. En efecto, aun cuando pueda decirse que el concepto social de acción se mantiene todavía dentro del modelo conceptual de una acción previa al Derecho penal, no ofrece contornos suficientemente definidos que permitan una diferenciación con las otras categorías jurídico-penales del delito. Es más, las fronteras entre lo social y lo jurídico desaparecen en los supuestos en los que es la propia regulación penal la que otorga la relevancia social a los hechos[1187]. En estos casos, el concepto de acción no sería previo al Derecho penal, sino, más bien, un concepto definido por el propio Derecho penal. Por ejemplo: Es el Derecho (concretamente la normativa de tránsito) lo que hace socialmente relevante conducir en la zona urbana a más de 45 km/h.

[1181] Vid., con mayores referencias, VON LISZT/EB. SCHMIDT, *Lehrbuch*, 26. Aufl., p. 153 y s. Luego, también, SCHMIDT, E., *FS-Engisch*, p. 339 y ss.

[1182] Vid., ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 38.

[1183] Vid., con mayor detalle, MAIHOFER, *FS-Eb. Schmidt*, p. 178.

[1184] Vid., JESCHECK, *FS-Eb. Schmidt*, p. 152; EL MISMO/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 223.

[1185] En este sentido, KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, p. 189.

[1186] Vid., así, la crítica de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 28 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 113 y s.

[1187] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 29.

III. La acción como concepto jurídico-penal

1. Los hegelianos

El modelo conceptual de una acción propiamente jurídico-penal se remonta al llamado concepto preclásico de acción desarrollado por los penalistas hegelianos. Se considera como fundador de este concepto de acción a Berner, quien indicó que el delito era acción y que debía dividirse en acción y punibilidad[1188]. La acción se entendía como culpabilidad de la voluntad, es decir, como manifestación de la voluntad moral o acto de voluntad dirigido contra el ordenamiento moral o jurídico[1189]. En este concepto de acción, no se destaca un hecho externo al que se le van agregando predicados valorativos, sino una toma de posición del autor frente a la norma[1190]. En este orden de ideas, la acción se presenta como una unidad conceptual no sólo de la manifestación de voluntad con la culpabilidad, sino sobre todo con el ordenamiento jurídico, de manera que una definición de la acción sin tener en cuenta este último aspecto no resulta, en principio, posible. En palabras del propio Berner: "*El concepto de acción agota la esencia completa de la imputación*"[1191].

La principal objeción que se le hizo a la compresión hegeliana de la acción fue haber centrado los criterios de imputación penal fundamentalmente en la actuación dolosa, dejando de lado la culpa o imprudencia[1192]. Pero con independencia de la exactitud de esta crítica, el hecho es que la difusión del pensamiento analítico en el Derecho penal de finales del siglo XIX, determinó que se abandonase esta perspectiva del delito, teniéndose como más "científico" descomponer el delito en una suma de elementos, en los que la acción no sería más que uno de ellos. El método analítico del causalismo acabó con las bases de la comprensión hegeliana de la acción jurídico-penal y la sustituyó por una orientación descriptiva a partir de datos empíricos.

[1188] Berner, *Lehrbuch*, p. 108. Aunque Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 8, señala que Berner tampoco profundizó mucho más en sus apuntes iniciales.

[1189] Vid., Abegg, *Lehrbuch*, p. 104 y s. Una exposición detallada del concepto de acción de los penalistas hegelianos y sus variantes, Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, p. 85 y ss.

[1190] Así, lo interpreta Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[1191] Berner, *Lehrbuch*, § 90. Destaca igualmente esta idea en los penalistas hegelianos Mezger, *Tratado*, I, p. 190.

[1192] Así, Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 55 y s.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 7. En contra de este parecer, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 132.

2. La realización típica

Como ya se indicó, la metodología causalista supuso la configuración de la acción como una categoría autónoma previa al Derecho penal que debía abarcar todas las manifestaciones delictivas. No obstante, como ya se refirió, la insuficiencia del naturalismo para explicar conjuntamente la acción y la omisión en el plano empírico llevó a que RADBRUCH negase un concepto jurídico-penal de acción previo al delito e iniciase su sistemática del delito a partir del tipo penal[1193]. El primer elemento común del delito no sería ya la acción, sino la realización del tipo penal. Pese a que el finalismo intentó colocar nuevamente la acción como la base de la teoría del delito, finalmente han terminado por imponerse las teorías de la acción que se corresponden más con el planteamiento diferenciador iniciado por RADBUCH, es decir, que la acción no puede ser entendida sin su relevancia típica[1194]. Las teorías más relevantes, en este sentido, son el concepto negativo de acción y el concepto personal de acción.

A. El concepto negativo de acción

El concepto negativo de acción, de mucha difusión en la actualidad, no es ajeno a la lógica de la realización típica. Esta teoría invierte la deducción lógica que hasta ahora se había utilizado para definir la acción en el Derecho penal, es decir, no parte de la acción para luego abarcar la omisión, sino que define la acción jurídico-penal desde el punto de vista del delito omisivo, consiguiendo así una formulación que englobe también a la conducta activa. En este orden de ideas, se establece que en el actuar activo y omisivo el autor no evita "algo" que es evitable. Sin embargo, para que este concepto no sea ilimitado se requiere la fijación de un límite, por lo que se recurre a la posición de garantía o a la situación típica. Así, el concepto negativo de acción la define como la "*no evitación evitable en posición de garantía o en la situación típica*"[1195]. Como puede verse, se trata de un

---

[1193] Vid., RADBRUCH, *FS-Frank*, I, p. 160. En el mismo sentido, aunque desde la teoría de la imputación objetiva, HONIG, *FS-Frank*, I, p. 195.

[1194] Vid., así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 41 y s.; GALLAS, en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, p. 52 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 31; SCHMIDHÄUSER, *GS-Radbruch*, p. 276 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1072. Considera, por el contrario, que debe mantenerse el concepto de acción como algo común de las manifestaciones del delito, MAIWALD, *ZStW* 86 (1974), p. 655.

[1195] Sobre esto, vid., ampliamente, HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 172 y ss.; BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 132; EL MISMO, *FS-Jescheck*, I, p. 308.

concepto de acción que no es previo al Derecho penal, sino que está determinado por un concepto normativo: El deber de evitar.

La explicación anterior deja muy claro que el concepto negativo de acción no puede pretender ser un concepto de acción previo al Derecho penal. Si se analiza con detenimiento esta propuesta de definición de la acción, podrá concluirse que, en el fondo, se recurre al tipo penal para definir la acción[1196], pues lo que debe evitarse solamente puede ser determinado en función de la contextualización típica (la posición de garantía o la situación típica). Con base en estas ideas, resulta patente que el concepto negativo de acción no se construye a partir de la omisión en si misma, sino a partir de la configuración típica del delito omisivo. El concepto común de acción estaría definido, por tanto, por la relevancia penal que le da la tipicidad a la acción y a la omisión.

B. El concepto personal de acción

Para Roxin la acción es "*manifestación de la personalidad*"[1197], de manera tal que solamente podrá hablarse de una acción si el hecho producido puede reconducirse a la actuación de un ser humano como una unidad psico-física. Bajo estas consideraciones, no podrá hablarse de una acción si es que el ser humano aparece como un simple instrumento u objeto, o si se trata de situaciones de inconsciencia en los que el individuo no puede someter sus impulsos a una ponderación racional[1198]. Está claro que con este criterio el límite entre acción y no acción no resulta categórico, por lo que habrá que determinar en cada caso si de alguna manera (clara o limitada) el sujeto ha manifestado su personalidad.

Si bien Roxin procura suministrar con su concepto personal de acción un primer criterio de valoración que permita abarcar las distintas formas de actuación que podrían alcanzar incidencia penal, está claro que dicho concepto no es suficiente para configurar una categoría autónoma del delito. De hecho, el propio Roxin reconoce que su concepto de acción debe enmarcarse en la categoría de la tipicidad[1199]. Es más, existen ciertas omisiones en las que la primera valoración social se debe

---

[1196] En este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 35.
[1197] Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42.
[1198] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42.
[1199] Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 40.

al tipo penal. En este sentido, la manifestación de la personalidad solamente podrá adquirir contornos definidos recurriendo al tipo penal correspondiente.

3. El retorno a concepciones globales de la acción

La vinculación del concepto jurídico-penal de acción con el tipo penal ha comenzado, sin embargo, también a cuestionarse en la doctrina penal, en tanto una referencia normativa sólo a la tipicidad resultaría demasiado limitada para la comprensión completa de la acción jurídico-penal. En esta línea, JAKOBS define la acción jurídico-penal como un comportamiento objetivamente imputable, individualmente evitable y culpable, lo que significa atender al sentido global del hecho[1200]. Como el mismo JAKOBS lo reconoce, este planteamiento constituye una especie de retorno al punto de partida de los penalistas hegelianos[1201]. La acción jurídico-penal se presenta, en este sentido, como un concepto que otorga unidad a la imputación jurídico-penal, pudiendo incluso afirmarse que el concepto jurídico-penal de acción no es más que una teoría global del hecho delictivo[1202].

IV. Toma de posición

1. El concepto jurídico-penal de acción

Nuestra comprensión de la acción jurídico-penal parte de la idea de que la acción no constituye algo ya determinado empírica u ontológicamente[1203], sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal[1204]. Esto quiere decir que tal comprensión de-

---

[1200] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 124 y s. En la misma línea, SCHILD, *GA* 1995, p. 115; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 213 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 134 y ss.; LA MISMA, en *LH-Bacigalupo*, p. 267. Críticamente, ante el planteamiento de Jakobs, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 18 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 988 y s.

[1201] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p 121 y ss.

[1202] Vid., así las apreciaciones de SCHILD, *GA* 1991, p. 116 y s.

[1203] Vid., en este sentido, KORIATH, *Grundlagen*, p. 402 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.; ESPINOZA URBINA, *Gaceta Jurídica* T. 2004, noviembre 2010, p. 106.

[1204] Vid., esta línea de interpretación ya en MEZGER, *Moderne Wege*, p. 12 y ss.; LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 189. Actualmente ha puesto esto de manifiesto, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

pende fundamentalmente de la función atribuida al Derecho penal. Si se concibe el Derecho penal como un sistema de directivas de conducta, entonces resulta lógico englobar en el concepto de acción no sólo las conductas delictivas, sino también aquéllas que respetan tales normas[1205]. El concepto de acción no estará dado por los aspectos que definen el delito, sino por la susceptibilidad de tener un sentido de carácter jurídico-penal[1206]. Por el contrario, si la función del Derecho penal se encuentra en la reestabilización de una defraudación de la norma, entonces la acción jurídico-penal estará definida como la comunicación social de un ciudadano defraudatoria de una expectativa normativa de conducta esencial[1207]. Como puede verse, no es la susceptibilidad de tener relevancia penal lo que define la acción, sino el hecho de tener un carácter penal. Acción será, por tanto, aquello que comunica socialmente la defraudación de la norma.

En nuestra opinión, el concepto jurídico-penal de acción debe ordenarse en atención a la función de reestabilización del Derecho penal. El punto central para definir la acción jurídico-penal se encontrará, por tanto, en precisar los criterios específicos de determinación de la defraudación de expectativas penalmente relevante. La doctrina actualmente dominante reduce este criterio jurídico-penal a la descripción típica, en tanto incluye la acción dentro de la categoría de la tipicidad[1208]. Por nuestra parte, consideramos que la sola tipicidad representa una referencia limitada que no recoge todas las particularidades de la acción penalmente relevante. En este sentido, nos inclinamos por la propuesta de interpretación formulada por Jakobs, quien entiende que el concepto jurídico-penal de acción solamente puede configurarse si se tiene en cuenta el significado global del delito[1209]. Si bien podría objetársele a esta comprensión de la acción reducir su utilidad dogmática a una especie de exposición general del delito[1210] y

---

[1205] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990 y ss.

[1206] Vid., Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990.

[1207] Vid., similarmente, Jakobs, en *Estudios*, p. 116 y s.

[1208] Actualmente, Gallas, en *Studien zum Unterlassungsdelikyte*, p. 52 y ss.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 42 y s.; Schünemann, *Grund und Grenzen*, p. 31; Schmidhäuser, *GS-Radbruch*, p. 276 y ss.

[1209] Vid., con mayor detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 121 y ss.

[1210] En este sentido, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 989. En la doctrina nacional, igualmente, Juárez Urbina, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 495.

dejar de lado funciones importantes como la función de delimitación de lo penalmente relevante[1211], estimamos que el ofrecimiento de una visión global del hecho delictivo mediante el concepto jurídico-penal de acción llega a tener incluso una mayor utilidad dogmática, puesto que sólo de esta manera puede percibirse el sentido unitario que tienen las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La falta de simetría que muchas veces muestra el desarrollo separado de las categorías del delito se debe en gran medida a la pérdida de vista precisamente de la unidad que constituye el delito, esto es, de la acción jurídico-penal.

Sobre la base de lo dicho precedentemente, puede sostenerse que la acción jurídico-penal es el resultado de un proceso complejo de atribución de sentido, en el que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no son más que partes de dicho proceso. De lo que se trata es de determinar si un hecho puede atribuirse a una persona como defraudación de expectativas sociales elementales. Si bien cada categoría del delito posee cierta autonomía conceptual, no debe olvidarse su pertenencia a un proceso global de determinación de sentido. En este sentido, resulta necesario precisar cuáles son los criterios generales que permiten orientar cada categoría del delito hacia el objetivo común de determinar si ha tenido lugar la defraudación de una expectativa normativa de conducta esencial. En la sociedad actual esta defraudación se presenta cuando un *ciudadano* infringe objetivamente su *rol* de manera individualmente *evitable*.

2. Criterios generales de ordenación de la imputación penal

A. El estatus de ciudadano

La determinación de un hecho como defraudación de una expectativa normativa de conducta esencial requiere primeramente un ciudadano capaz de poder negar el orden normativo de la sociedad[1212]. En consecuencia, solamente a la persona que posee el estatus de ciudadano se le puede imputar la realización de acciones penalmente relevantes. Cómo se determina esta capacidad de imputación penal, es una cuestión que depende esencialmente del concepto de persona que se maneje.

[1211] Sobre la función de delimitación del concepto de acción, vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 57 y ss.

[1212] Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 123.

Si se parte de un concepto sociológico de persona definido enteramente por el sistema social[1213], resulta lógico que la capacidad de comunicar socialmente una defraudación de expectativas se determine de forma autorreferencial por el propio sistema social[1214]. Desde esta perspectiva, resulta lógico que lo único relevante será aquello que se corresponda con las necesidades de mantenimiento del sistema social. La imputabilidad penal no se basará en las capacidades individuales de la persona, sino en las necesidades punitivas de la sociedad. Está claro que semejante comprensión trae consigo el riesgo de instrumentalizar al individuo para alcanzar ciertas finalidades sociales.

La situación se torna distinta si se parte de un concepto realista de persona, pues en dicho caso la capacidad de expresar sentido jurídico-penal tendrá que partir necesariamente de la individualidad de la persona, no siendo suficiente la mera existencia de necesidades sociales de punición. En este orden de ideas, un hecho podrá imputarse individualmente a una persona, en tanto pueda considerarse una acción suya, esto es, expresión de su libertad[1215]. De esta manera, se combinan de manera satisfactoria la faceta individual y social de la persona, por lo que sólo tendrá capacidad de recibir imputaciones penales quien puede actuar libremente de forma socialmente relevante.

Es preciso señalar que la capacidad general de recibir imputaciones no releva de la labor de precisar si en el caso concreto el autor reúne las condiciones para una atribución culpable. En este nivel, la imputación culpable se manifiesta como un reproche dirigido al autor por su falta de fidelidad al Derecho, al haber expresado libremente la voluntad socialmente determinable de desconocer la vigencia de la norma infringida por su conducta[1216].

[1213] Vid., así JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 117.

[1214] Vid., así, GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 119.

[1215] En similar sentido, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *FS-Helmuth Mayer*, p. 101; WOLFF, E.A., *Der Handlungsbegriff*, p. 17, para lo que llama acción individual; LAMPE, *ZStW* 79 (1967), p. 496 y ss. A las mismas consecuencias llega ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 44, cuando define la acción jurídico-penal como expresión de la personalidad, pero sin reconocer la libertad de la persona como punto de partida. De una opinión distinta, KARGL, *Handlung*, p. 517 y ss., mediante lo que denomina determinismo estructural.

[1216] Resalta este aspecto en la construcción del concepto de acción a partir precisamente de la intención de no obedecer la norma, KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 94. Sobre la importancia de la voluntad para una acción penalmente relevante, la sentencia

No obstante, debe quedar claro que no se trata de una voluntad subjetiva o psicológica, sino de una voluntad determinada con criterios normativos a partir de la libertad de la persona[1217]. Si se imputa al autor el conocimiento de la realidad y de la norma, podrá exigírsele luego una voluntad suficiente de cumplimiento de la norma, de manera tal que la infracción de la norma se mostrará como un acto que expresa la voluntad de negar su vigencia.

B. El rol general de ciudadano y los roles especiales

La sola capacidad de imputación no permite por si sola la imputación de un hecho concreto. Es necesario determinar si el sujeto imputable es competente por dicho hecho. Si esta competencia penal tuviese que construirse en el plano fáctico, entonces resultaría correcta una estructuración de los criterios de relevancia penal a partir de una acción directa e individual que lesiona un bien jurídico. De esta manera, tanto la omisión como las formas de autoría no inmediatas necesitarían una fundamentación adicional para poder equipararse (normativamente) a la acción individual que directamente lesiona un bien jurídico, del mismo modo que la tipificación de una conducta sin una lesión a tal bien jurídico tendría que ofrecer especiales razones para su incriminación (los llamados delitos de peligro abstracto).

La situación cambia de forma radical, si lo objetivamente imputable en el caso concreto se determina con base en los roles atribuidos jurídicamente al ciudadano[1218]. En esta comprensión de la responsabilidad penal, un ciudadano realiza un comportamiento objetivamente imputable si, en razón de su rol, ha debido evitar la realización de un suceso con sentido social delictivo[1219]. Por el contrario, si el ciudadano no resulta competente por la aparición del suceso en función de lo exigible conforme a roles, entonces este suceso tendrá que atribuirse a otro ciudadano o a la situación

---

de la Corte Suprema de la República Exp. N° 3019-98 Puno del 18 de septiembre de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 111).

[1217] Similarmente, HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 13, en tanto considera que la voluntad está determinada con la imputación de conocimiento de la aplicación de una regla (una acción). Por su parte, KORIATH, *Grundlagen*, p. 402, coincide con esta comprensión, pero entiende que las reglas de interpretación no forman parte de la teoría de la acción.

[1218] Fundamental, en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7. Críticamente, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 19 y s.

[1219] Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 115 y s.

misma, y no requerir, en principio, un restablecimiento normativo[1220]. Los roles atribuidos al ciudadano pueden clasificarse de dos formas.

a. El rol general: Las competencias por organización

El rol general de ciudadano se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y en la autonomía organizativa que cada uno tiene dentro de su propia esfera[1221]. Como contrapartida a esta libertad de organización, se les atribuye a todos los ciudadanos el deber negativo de evitar organizaciones de su propia esfera que afecten a otras personas[1222]. En la medida en que se parte de una separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado principio de autorresponsabilidad[1223], entendido como responsabilidad por el dominio de la propia esfera de organización. El proceso de imputación del hecho deberá precisar cómo se manifiesta el rol de ciudadano en el marco de determinadas actividades concretas como la del médico, del mecánico, del camarero, etc.[1224]. La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio.

Un aspecto importante de precisar en la configuración de la imputación penal con base en el rol general del ciudadano es que la relevancia penal de su conducta no se obtiene de la idoneidad natural para producir un resultado lesivo, sino de la infracción del deber general negativo de no dañar a otro. En este sentido, la determinación de la relevancia penal del comportamiento de un ciudadano no requiere diferenciar acción y omisión en el plano empírico, sino determinar normativamente si se ha infringido dicho deber general. En el plano normativo, la infracción del deber

---

[1220] Vid. similarmente, Günther, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 323 y s.

[1221] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s., Apdo 29, n.m. 29 y ss.; El Mismo, en *Estudios*, p. 350.

[1222] Vid., así, sobre la fundamentación de este deber Jakobs, *La imputación penal*, p. 15, nota 15; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 35; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 11; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 133; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 65; Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 83 y ss.

[1223] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Modernas tendencias*, p. 624 y s.

[1224] Le asiste razón a Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 140 y s., al señalar que no puede entenderse el rol en un sentido sociológico, sino jurídico (recogido de manera expresa o tácita en la norma penal). Por esta razón, no se trata de fijar el rol social de un ingeniero, camarero, estudiante, etc., sino del rol jurídico (rol general de ciudadano) de cada una de estas personas.

de no dañar a otro se puede expresar como inobservancia de un deber de aseguramiento o de un deber de salvamento.

a.1) Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico

Los deberes de aseguramiento consisten, valga la redundancia, en "*asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido*"[1225]. Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva[1226], dependiendo esta cuestión del casual estado en el que se encuentre la esfera de organización del ciudadano[1227]. Por ejemplo: Si una persona maneja su automóvil con excesiva velocidad, responderá por las lesiones que produzca al transeúnte que atropella. Si lo atropelló mientras aceleraba el automóvil, el delito será activo, mientras que si lo atropelló en el momento en el que se encontraba ya a una velocidad excesiva, el delito será omisivo, pues debió disminuir la velocidad.

Como puede verse, el fundamento de la imputación penal no se encuentra en el plano natural, sino en un plano normativo: La infracción del rol de ciudadano[1228]. Si el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serle imputado objetivamente a su esfera de organización[1229]. Si la organización se hace conforme al rol, el comportamiento no podrá imputársele penalmente, aun cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello[1230]. Por ejemplo: Quien maneja su automóvil conforme a las normas de tránsito crea un riesgo, pudiendo ser incluso consciente de dicho riesgo. No obstante, si atropella a un transeúnte no responderá penalmente por las lesiones producidas, pues su organización se ha hecho conforme a los deberes de aseguramiento que impone la normativa de tránsito (límite de velocidad, cumplimiento de las señalizaciones, etc.).

[1225] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 349; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 30 y s.

[1226] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y s.

[1227] Vid. así, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, p. 149 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 350; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 34 y ss.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 166 y s.

[1228] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

[1229] Vid., así, lo que JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, denomina deber de aseguramiento del tráfico.

[1230] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

a.2) Los deberes de salvamento

Un ciudadano es competente por organización también cuando infringe deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en su ámbito de organización personal[1231]. El deber de salvamento puede surgir, en primer lugar, por la *asunción* de riesgos ubicados ya en otras esferas de organización. En estos casos, el ciudadano realiza una conducta peligrosa, pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos[1232]. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión[1233]. En caso de producirse tal infracción, el comportamiento podrá imputársele objetivamente al ciudadano.

Por ejemplo: Una persona suelta a su perro en un parque para que corra un poco. En determinado momento el perro emprende un ataque contra otra persona que está corriendo en el parque. Si el dueño no impide el ataque, será responsable por las lesiones que el can produzca sobre la víctima del ataque.

Los deberes de salvamento pueden tener su fundamento también en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos[1234]. En estos casos, no existe una asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica[1235], pero como acertadamente lo ha puesto de relieve Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento[1236]. Precisamente se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan

---

[1231] Y en este sentido afirma Jakobs, *La imputación penal*, p. 31, con referencias bibliográficas, que frente a ese riesgo pueden concurrir la competencia de varias personas.

[1232] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 351 y s.; El Mismo, *La imputación penal*, p. 33 y s.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 136.

[1233] Sobre estas posibilidades, vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

[1234] Sobre esto, vid., con detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 354; El Mismo, *La imputación penal*, p. 31 y s.

[1235] Vid., por todos, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 625, nota 53.

[1236] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 355; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139. En la doctrina nacional, Delzo Livias, *Actualidad Jurídica*, T. 169, diciembre de 2007, p. 127.

consigo deberes de salvamento[1237]. En este sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.

Por ejemplo: Las productores de cierto fármaco que ya está en el mercado descubren que tiene efectos secundarios lesivos. Pese a ello no retiran el producto del mercado mediante una llamada de retirada del producto.

b. Los roles especiales: Las competencias institucionales

Además del rol general de ciudadano, la imputación penal tiene en consideración los llamados roles especiales. Los contactos sociales no se reducen a una separación de esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre estas esferas con base en instituciones sociales elementales[1238]. Y ello es así en la medida que el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere relaciones estables con otras personas. Esta particularidad de la sociedad actual explica la existencia de roles especiales derivados de las instituciones sociales específicas que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras[1239].

La institución debe entenderse en el sentido de las ciencias sociales, "*como la forma de relación, duradera y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición del sujeto individual y que contribuye, más bien, a constituirlo*"[1240]. En la medida que las instituciones se encuentran ya preformadas (*vida social consolidada*) y son disponibles dentro de estrechos límites, no se trata aquí de un tema que está sometido a la libertad de organización de cada individuo, sino de aspectos específicos de la configuración social que vinculan a las personas entre sí[1241]. Los

---

[1237] Vid., FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 182. Estos deberes de salvamento pueden, sin embargo, decaer si la víctima contribuye mediante una actuación a propio riesgo. Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139.

[1238] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s.; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 93 y ss. En la doctrina penal nacional, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 41 y ss.; REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 24 y s.; SALAZAR SÁNCHEZ, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 556; CARO JOHN, *Normativismo*, p. 73 y ss.

[1239] Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, 71 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 347 y s.; KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 92.

[1240] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 58, nota 114.

[1241] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 70 y s.

roles especiales derivados de las instituciones generan deberes positivos específicos que imponen al vinculado institucionalmente la realización de cierta prestación conservadora u optimizadora de una situación social deseable que permite hacer realidad el ejercicio de las libertades individuales[1242].

La vinculación institucional puede presentarse de forma intensa, como es el caso de la relación paterno-filial que surge de la institución de la familia[1243], o manifestarse solamente en un ámbito parcial de la vida como es el caso de la institución de la confianza especial que vincula, por ejemplo, a un médico con su paciente (salud). Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico-penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva. En estos casos estamos ante los llamados delitos de infracción de un deber[1244]. Para la realización de estos delitos no se requiere la infracción de algún deber de organización, pues aquí no interesa la competencia por el dominio del riesgo, sino el deber de salvar a otra persona de la materialización de un riesgo o de mantener la situación deseada por determinada institución social. En este sentido, las competencias institucionales se reflejan en deberes de salvamento, cuya infracción puede tener lugar tanto por una acción como por una omisión. Por ejemplo: El padre responde por la muerte del hijo menor de edad al que no auxilia cuando comienza a ahogarse en la piscina.

Para poder determinar cuándo tiene lugar una competencia institucional que vincula esferas de organización, resulta necesario precisar si existe una institución social específica. Las instituciones sociales sólo pueden ser determinadas teniendo en cuenta la concreta configuración de la sociedad. En lo que sigue, intentaremos señalar cuáles son las instituciones sociales que producen en la actualidad vinculaciones penalmente relevantes entre distintas esferas de organización, dejando desde un principio claro que esta labor no pretende en lo absoluto agotar las posibilidades de

---

[1242] Destaca este aspecto, Pawlik, *InDret* 1/2008, p. 14.

[1243] Vid., así en los primeros años de vida de los hijos, Jakobs, en *LH-Jakobs* (Perú), p. 176.

[1244] Debe reconocerse que Jakobs, *La imputación penal*, p. 48, admite que la competencia por la organización es también una institución, pero al ser la más general no adquiere un contenido específico frente a las otras instituciones sociales. Por esta razón, los delitos de dominio son también delitos de infracción de un deber, pero de la institución social más general.

fundamentación institucional en la sociedad actual, más aun si se trata de aspectos sujetos a la historicidad de la realidad social.

b.1) La familia

Pese a los cuestionamientos y duros golpes a la institución familiar por las políticas autodenominadas "progresistas", la familia sigue siendo una institución social básica. Sin entrar a discutir sobre su carácter natural o no, el hecho es que nuestra sociedad se estructura a partir de la familia, estableciéndose vinculaciones entre sus distintos miembros. En primer lugar, debe destacarse la vinculación derivada del matrimonio, en virtud de la cual los esposos se deben, entre otras cosas, un deber de mutua asistencia[1245]. En segundo lugar, cabe mencionar la relación paterno- o materno-filial, la cual establece un deber de los padres de cuidar y salvaguardar la salud y el patrimonio de sus hijos menores o dependientes de ellos[1246]. Dado que la adopción constituye un título válido de incorporación a una determinada familia, no hay razones para negarle a la adopción la misma fuerza vinculante que la relación parental natural[1247]. Menos intensa es la vinculación de carácter fraternal, la cual establecería, en todo caso, un deber de solidaridad cualificado[1248]. Como puede verse, la institución de la familia genera un conjunto de vinculaciones que dan lugar a deberes especiales de cuidado y auxilio entre sus miembros, con independencia de la competencia por el dominio de los riesgos presentados.

b.2) El Estado

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes positivos frente a los miembros de la sociedad[1249]. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan en su representación[1250]. La existencia de deberes positivos estatales a cargo

---

[1245] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 63.

[1246] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 59.

[1247] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 66, quien afirma que rigen analógicamente las reglas de la relación paterno-filial, lo que no debería ser así, pues la adopción es tan válida como la relación biológica.

[1248] Niega una competencia institucional fundada sólo en el parentesco por ausencia de comunidad, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 62.

[1249] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 73, nota 149, diferencia los deberes estatales que cumplen los funcionarios, de los deberes que le corresponde al Estado como tal.

[1250] Vid., en este sentido, JAKOBS, *La imputación penal*, p. 50.

de los funcionarios públicos cuenta con un reconocimiento explícito del Tribunal Constitucional en el ámbito concreto de la gestión y administración de los centros penitenciaros. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado textualmente que "(...) *el principio-derecho de dignidad de la persona humana impide que los internos puedan ser tratados como cosas o instrumentos. Por ello, y dado que la privación de la libertad ubica a los internos en una situación de indefensión, dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le imponen al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos*". A lo anterior el Tribunal Constitucional agrega que "(e)*n el régimen penitenciario el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión*"[1251].

Siguiendo la clasificación de Jakobs, puede diferenciarse dentro de los deberes estatales los que se derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales[1252]. En los primeros se establecen competencias institucionales cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes (por ejemplo, el delito de abuso de autoridad que puede cometer cualquier funcionario)[1253]. En el segundo grupo de deberes del Estado se encuentran los deberes para cuyo cumplimiento existe el Estado: Asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respecto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc.[1254]. La infracción de estos deberes puede dar lugar a la configuración de un delito de infracción de un deber, como por ejemplo el delito de prevaricato con el que se castiga al juez o fiscal que dicta una resolución judicial ilegal.

[1251] STC 01575-2007-HC del 20 de marzo de 2009, fundamentos jurídicos 7 a 9.

[1252] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y ss.

[1253] Vid., de manera más detallada, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y s.

[1254] Vid., Jakobs *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 76; El Mismo, *La imputación penal*, p. 52; Müssig, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 212 y s. Pawlik, *InDret* 1/2008, p. 18, destaca especialmente como el cometido fundamentalísimo del Estado garantizar un estado de de libertad real.

Resulta oportuno precisar que el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce a la actividad de los funcionarios, ya que la participación de los particulares en algunos casos puede ser tan relevante como la de los funcionarios[1255]. En efecto, puede ser que el ordenamiento jurídico atribuya a determinados ciudadanos ciertas competencias institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado[1256]. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno a determinados ámbitos sociales, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a los particulares con determinados organismos públicos[1257]. Esta vinculación se muestra con facilidad en las relaciones con la Hacienda Pública (por ejemplo, el delito tributario que comete el agente de retención y percepción que no entrega los tributos retenidos o percibidos[1258]), con la institución encargada de los procedimientos concursales (por ejemplo el delito de aprovechamiento fraudulento del procedimiento concursal) y con ciertos organismos fiscalizadores (por ejemplo, el delito de rehusamiento o entrega de información inexacta ante órganos de supervisión económica[1259]). El cumplimiento de los deberes estatales se amplía a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo, de ser el caso, por la infracción de tales deberes estatales.

b.3) La confianza especial

Otra de las instituciones positivas relevantes para el Derecho penal es la confianza especial[1260], la cual debe diferenciarse ciertamente de la injerencia y de la asunción[1261]. No se trata de una simple confianza respecto de lo inocuo de la esfera de organización ajena, ni de un acto de libertad que implique una renuncia a mecanismos de autoprotección, sino de un reconocimiento institucional. En este sentido, no tiene que existir una afecta-

---

[1255] Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 183.

[1256] Vid., así, sobre el deber de colaborar con la administración como un deber quasi-institucional, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 110.

[1257] Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 183.

[1258] Vid., así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

[1259] Vid, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 323.

[1260] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 149 y s.; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 53 y s.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 183 y s.

[1261] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67.

ción directa (injerencia) o indirecta (asunción de la función de protección) en la existencia de los bienes protegidos, sino solamente el deber de mejorar la situación de estos bienes[1262].

La confianza especial puede aparecer de dos formas: como confianza que fundamenta la competencia institucional o como confianza que materializa la competencia institucional[1263]. En el primer caso, el destinatario de la confianza especial entra en una relación que le atribuye la competencia de aseguramiento de un bien o de enfrentamiento a un peligro (p.e. los bomberos, el médico, etc.). La confianza especial que materializa la competencia institucional, por su parte, tiene lugar en supuestos en los que una competencia institucional es administrada por una organización y debe determinarse al interior de la misma a quién le corresponde el cumplimiento de la competencia[1264]. Este tipo de confianza especial tiene lugar en el marco de los servicios médicos de hospitales o centros de salud.

b.4) La solidaridad

Otra institución social que vincula esferas de organización es la solidaridad, conforme a la cual se atribuye a los ciudadanos que están en posición de auxiliar a otro en situación de necesidad, el deber de socorrerlo. Esta institución social no constituye simplemente un deber moral, cuyo incumplimiento resulte jurídicamente irrelevante. La legitimación estatal, hoy casi indiscutida, para imponer el pago de impuestos es posiblemente la prueba más clara de la coerción jurídica que tiene la solidaridad en nuestra sociedad. En consecuencia, queda claro que actualmente una conducta que exprese una falta de solidaridad no es simplemente una transgresión a una norma moral (*caritatis norma*), sino un hecho jurídicamente relevante.

Sobre el fundamento de la exigibilidad jurídica de la solidaridad no se ha discutido mucho[1265]. En nuestra opinión, y dejando de lado las diversas perspectivas que se han formulado al respecto, la solidaridad es una institución social que vincula las esferas de organización de los ciudadanos. En el ámbito penal, la solidaridad genera el deber positivo de auxiliar a las per-

---

[1262] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, *La imputación penal*, p. 54.

[1263] Vid., estas ideas en Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 68 y ss.

[1264] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 73.

[1265] Posiblemente el trabajo que más cabe destacar en este intento es el de Varona Gómez, *Derecho Penal y solidaridad*, p. 25 y ss.

sonas que se encuentren en situaciones de peligro para su vida o integridad física[1266]. El incumplimiento de este deber de realizar actos de salvamento para preservar la esfera de organización ajena amenazada de riesgo, da lugar a un delito de infracción de un deber (el llamado delito de omisión del deber de socorro). PAWLIK desliza la opinión de que este deber especial tendría su fundamento en el cumplimiento subsidiario del deber estatal de proteger a los ciudadanos, por lo que el particular se convertiría en un coadyuvante de la Administración[1267]. Sin embargo, la distinta intensidad que tienen los deberes estatales en relación con los deberes de solidaridad, no parece permitir reconducirlos a un mismo fundamento, por lo que la solidaridad deberá encontrar su propio sustento. Es, a nuestro entender, la naturaleza social de la persona la que le impone el deber de socorrer a quien se encuentra en peligro existencial y no es capaz de salir, por sí mismo, de dicha situación de peligro.

C. La evitabilidad

La imputación penal no se limita a la determinación de la infracción de un rol, sino que en la sociedad actual resulta necesario que el ciudadano haya podido además evitar dicha infracción[1268]. La razón por la que se erige a la evitabilidad como el criterio informador de la atribución penal del hecho, se debe a que el mundo se encuentra actualmente desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En este sentido, las consecuencias de los sucesos resultan, en gran medida, calculables, lo que significa que las personas manejan en su actuación una capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Esta capacidad de evitación individual del resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa, permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona. Por el contrario, al ser lo fortuito imprevisible y, por tanto, inevitable, las conductas fortuitas no podrán configurar un hecho penalmente desvalorado por ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

[1266] No obstante, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 300, precisa acertadamente que la solidaridad no es el bien jurídico protegido de la omisión del deber de socorro, sino el título de imputación de la responsabilidad penal.

[1267] Vid., PAWLIK, *GA* 1995, p. 364.

[1268] Vid., así la afirmación de JAKOBS, en *Estudios*, p. 154, que todo comportamiento contrario a la norma, sólo puede ser un comportamiento evitable. La evitabilidad es un criterio que se encontraba presente ya en BINDING, *Normen*, IV, p. 339 y ss., en tanto consideraba que toda norma prohíbe todas sus infracciones *evitables*.

Con base en la idea de la evitabilidad puede decirse que una expectativa normativa de conducta se defrauda comunicativamente cuando la persona concreta estuvo en capacidad de evitar esa defraudación y eso le era exigido[1269]. Pero debe precisarse que no se trata de una evitabilidad individual entendida en un sentido psicológico[1270], sino de una evitabilidad determinada normativamente[1271]. De lo contrario, situaciones como la indiferencia y la culpa inconsciente apenas permitirían una base suficiente para sostener su relevancia penal. Para precisar lo evitable por una persona no basta tener en cuenta los conocimientos que los roles jurídicamente atribuidos imputan de manera general, sino que resulta necesario considerar la situación específica de la persona, es decir, una imputación subjetiva.

Una cuestión central en la configuración normativa de la evitabilidad es la determinación del momento a partir del cual debe utilizarse el criterio de la evitabilidad. Ante esta cuestión, algunos consideran que la evitabilidad individual tiene que determinarse al momento de la realización del hecho[1272], mientras que otros entienden que no interesa si el sujeto pudo evitar o no la infracción de la norma al momento del hecho, sino que constituye propiamente un ámbito de su responsabilidad el haber tenido la capacidad de evitar dicha infracción en su momento[1273]. Por nuestra parte, consideramos más adecuada esta segunda configuración de la evitabilidad, en tanto el único defecto real que se admite normativamente para reestablecer la norma es su concreta defraudación, pero no cualquier otro defecto de organización del ciudadano. No obstante, debemos señalar que la evitabilidad al momento del hecho ha de recibir un tratamiento distinto

---

[1269] Como lo señala Jakobs, *PJ* 59, p. 132, un Derecho penal que se orienta no en el destino, sino en el rendimiento, debe recurrir al criterio de la evitabilidad.

[1270] Hay que señalar, sin embargo, que los criterios de imputación deben tener en cuenta que la persona no se mueve en un plano ideal, sino que actúa en un mundo real, de manera que la normatividad de la imputación no puede situarse en el ámbito de lo imposible: *ultra posse nemo obligatur* (vid., así, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 139; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 42a; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 18).

[1271] En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 121. Por el contrario, Dedes, *FS-Roxin*, p. 197, considera que existen casos en los que lo subjetivo del autor es simplemente verificado, por lo que no tendría lugar una determinación normativa.

[1272] En este sentido, en concreto para el conocimiento de la norma, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 18 requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho*. Por su parte, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 36, requiere al momento del hecho cuando menos un conocimiento latente de la norma.

[1273] En este sentido, Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 46 y s.; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 156 y ss., con base en el concepto de competencia.

a la evitabilidad como ámbito de responsabilidad, pues en el primer caso podrá realizarse una imputación actual, mientras que en el segundo se tratará solamente de una exigencia normativa que, por sí misma, no amerita todavía una imputación penal. Por ejemplo: La indiferencia frente al deber de conocer la normativa administrativa que establece los parámetros de la contaminación ambiental permitida no puede castigarse como delito, pero puede sustentar la evitabilidad individual de un acto de contaminación realizado por el productor indiferente.

V. La regulación de la acción en el Código Penal

Más allá del sentido y alcance que se le pueda dar a la acción en la construcción de la dogmática del delito, el Código Penal utiliza este concepto en algunas disposiciones de la Parte General, de manera que resulta pertinente establecer cómo debe ser interpretado. No hay duda que la regulación legal presupone, en cierta medida, una toma de postura o comprensión del delito, lo que debe tenerse en claro de cara a evitar posibles contradicciones o inconsistencias.

1. La acción como comisión

El artículo 11 del CP establece que son delitos y faltas las *acciones* u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. De esta regulación se podría inferir que las reglas generales de la imputación penal en nuestro Código penal parten de la diferenciación naturalista entre acción y omisión[1274], lo cual resultaría reforzado además por la regulación general de la comisión por omisión prevista en el artículo 13 del texto punitivo. Ante esta situación legislativa, algunos autores sostienen que la acción u omisión sería el primer elemento del delito sobre el cual se determinarían los otros[1275]. Otros autores, por el contrario, consideran que el artículo 11 del CP parte de la realización típica como el elemento común de la acción y la omisión, ya que no formula un concepto previo de acción que englobe las distintas formas de manifestación del delito (acción u omisiones, dolosas o

[1274] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1076.
[1275] Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal Anotado*, p. 33; MERA PALOMINO, *Actualidad Jurídica*, T.170, enero de 2008, p. 127.

culposas), sino que establece que la relevancia penal de la acción y la omisión se alcanza por el hecho de estar penadas por la ley[1276].

Pese a la plausibilidad de los planteamientos precedentes, no necesariamente cabe concluir una desestimación legal de la posibilidad de entender dogmáticamente a la acción como una categoría que engloba los elementos constitutivos del hecho delictivo. Si bien el artículo 11 del CP utiliza el término acción, queda claro que no lo hace para definir o regular la primera categoría del delito, sino para abarcar, junto con la omisión y las formas de imputación subjetiva (dolo y culpa), las distintas manifestaciones del hecho delictivo. En consecuencia, el término "acción" en el marco del artículo 11 del CP debe interpretarse como sinónimo de comisión en oposición a la omisión, pero no como categoría analítica del delito. Por otro lado, el artículo 13 del CP tampoco debe entenderse como una cláusula de extensión de la punición, sino como el reconocimiento de que los tipos penales abarcan las omisiones, por lo que procede a definir las condiciones generales para su relevancia penal. Esto último será desarrollado con mayor detenimiento en la lección 14.

2. Los casos de falta de acción

El Código Penal se refiere implícitamente a la acción cuando se ocupa de los supuestos que tradicionalmente se han calificado como causas de falta de acción. Si bien el concepto de acción habría perdido la función de elemento básico de enlace de las otras categorías del delito, mantendría una cierta función negativa o de exclusión, es decir, que permitiría excluir desde el inicio el análisis de ciertos sucesos como penalmente relevantes[1277]. En la doctrina penal se han agrupado, como supuestos pertenecientes a la faz negativa de la acción, un conjunto de casos en los que no se discute siquiera la tipicidad de la conducta, pues no presentan una relevancia penal mínima.

En primer lugar, cabe mencionar los casos en los que no hay un acto exterior reconducible causalmente a un ser humano. Se trata de los he-

---

[1276] Así, Rosales Artica, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10, abril de 2010, p. 93. Similarmente, el comentario del artículo 11 del CP que hace Villavicencio Terreros, *Código Penal Comentado*, p. 64, en el sentido de que la conducta es el carácter genérico de todas las formas de tipicidad.

[1277] Así, Silva Sánchez, *Estudios*, p. 18 y s.

chos provocados por animales[1278], el llamado caso fortuito que abarca hechos absolutamente imprevisibles como un terremoto o un tsunami, y los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que pertenezcan a la esfera interna (*cogitationis poenam nemo patitur*)[1279]. En relación con estos casos no hay la menor discusión sobre la ausencia de absoluta relevancia penal.

En segundo lugar, se encuentra los casos de *vis physica absoluta* o también conocida como fuerza irresistible[1280]. En estos casos, el suceso lesivo se reconduce a una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza o de un tercero que incide sobre la corporeidad de la persona[1281]. Si bien hay una intervención física de la persona sometida a la fuerza irresistible, se excluye absolutamente la capacidad de controlar su cuerpo y, por lo tanto, de dirigir el suceso lesivo. La caída sobre un valioso jarrón a raíz de un fuerte empujón de un tercero o de un viento huracanado, son ejemplos académicos a los que siempre se ha recurrido para graficar ejemplificativamente los casos de fuerza irresistible. Pero también es posible que la fuerza irresistible incida en un delito de omisión como, por ejemplo, no auxiliar a un herido debido a que el obligado se encuentra aprisionado o sujeto violentamente por otro. En este último caso, no es necesario que el sujeto esté impedido de todo tipo de acción, sino solamente que no pueda realizar materialmente la acción debida[1282].

En tercer lugar, se hace referencia a profundos estados de inconsciencia, tales como la situación de absoluta narcosis, hipnosis o embriaguez, así como los ataques convulsivos. Está claro que si el estado de inconsciencia es relativo, de forma tal que el agente mantiene cierto grado mínimo de voluntariedad, entonces no cabrá una exclusión liminar del análisis jurídico-penal, sino que se tendrá que encontrar a nivel del injusto y la culpabilidad el sustento de su irrelevancia penal. Especialmente problemático es el caso de la embriaguez, pues se trata de un estado que admite diversos niveles. Si

---

[1278] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 54.

[1279] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 57.

[1280] Distinto es el caso de la *vis compulsiva* o coacción, pues en estos casos el amenazado no se encuentra privado absolutamente de libertad. Vid., al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 273 y s.; ARMAZA GALDÓS, *LH-García Rada*, p. 127.

[1281] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 8, n.m. 58, precisa que en estos casos el cuerpo funciona sólo como masa mecánica sin que el espíritu o la psique hayan participado de algún modo. En la doctrina nacional, ARMAZA GALDÓS, en *LH-García Rada*, p. 124.

[1282] En este sentido, ESPINOZA URBINA, *Gaceta Jurídica* T. 2004, noviembre 2010, p. 107 y s.

bien la normativa administrativa cuenta con una tabla de alcoholemia[1283], debe tenerse claro que dichos niveles de alcoholización tienen una función meramente referencial en el juicio de imputación penal, pues la imputación penal recurre, como regla general, a una imputación personalizada y no simplemente estandarizada.

En último lugar se hace mención a los llamados movimientos reflejos, que son reacciones incontroladas del cuerpo ante determinados estímulos internos o externos[1284]. El impulso externo pasa directamente de un centro sensorio a un centro motor sin intervención primaria de la consciencia[1285]. Los movimientos reflejos pueden expresarse en vómitos, calambres, espasmos, el cierre instintivo de los ojos ante el acercamiento violento de un objeto, entre otros supuestos[1286]. Se trata de procesos mecánicos que provocan siempre la misma reacción (reproducibilidad o provocabilidad) y en los que no hay intervención de la subjetividad de la persona (independencia de la afectividad)[1287].

Un grupo de casos, sobre cuya inclusión en los supuestos de falta de acción se ha discutido doctrinalmente, son los llamados actos de corte circuito o instintivos. El sujeto reacciona aquí de forma incontrolada ante determinadas situaciones excepcionales. Existe cierto acuerdo doctrinal en cuanto a negar que los actos de corto circuito sean equiparables a los movimientos reflejos, en la medida que no se presenta una total independencia de la afectividad[1288]. Lo que resulta discutido es si los casos de corte circuito deben mantenerse como supuestos de exclusión de la acción o si se tratan, más bien, de supuestos que tendría que analizarse en sede de culpabilidad[1289]. Dado que los supuestos que se engloban en la falta de acción constituyen en realidad un análisis liminar de sucesos lesivos, debería limitarse solamente a los casos en los que quede absolutamente claro la ajenidad de una persona al suceso lesivo, lo que no parece ser el caso de los supuestos de actos de corte circuito.

[1283] Vid., la referencia en VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 275.
[1284] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1082.
[1285] Así, ESPINOZA URBINA, *Gaceta Jurídica* T. 2004, noviembre 2010, p. 108.
[1286] Vid., la referencia en SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1986, p. 909.
[1287] Así, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1986, p. 910.
[1288] Vid., con referencias doctrinales, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 23 y s.
[1289] Vid., la discusión con toma de postura en SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 29 y ss.

De todos los supuestos mencionados nuestro Código penal sólo menciona expresamente la fuerza irresistible en el artículo 20 inciso 6, como un supuesto de exención de responsabilidad penal[1290]. Esta situación podría llevar a la conclusión, a contrario, que en el resto de supuestos mencionados como causas de falta de acción no habría una exención de pena. Esta conclusión no es, sin embargo, correcta, pues el juez podrá utilizar analógicamente la regulación de la fuerza irresistible para excluir de pena los otros supuestos de falta de acción. Hay que recordar que la analogía prohibida en el Derecho Penal se limita a la que resulte perjudicial para el reo. Dentro del artículo III del Título Preliminar del Código Penal no se contempla el uso analógico de eximentes de responsabilidad penal como un supuesto de analogía prohibida, por lo que el reconocimiento expreso únicamente de la fuerza irresistible como causa de exclusión de la responsabilidad no le impide al juez penal usar el mismo fundamento en los supuestos análogos de falta de acción.

3. La ausencia de regulación positiva de la *actio libera in causa*

Los supuestos que se agrupan bajo la calificación de causas de falta de acción no siempre producen una exclusión del análisis jurídico penal, pues la imputación penal puede mantenerse si es que el suceso se puede reconducir a un comportamiento precedente[1291]. Se trata de los casos que se agrupan bajo la figura de la *actio libera in causa*, es decir, el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal, pero habiendo provocado él mismo, dolosa o culposamente, ese estado defectuoso[1292]. Estructuralmente cabe diferenciar en estos supuestos dos momentos: La acción precedente o de provocación con la que el sujeto provoca su estado defectuoso, y la acción posterior o defectuosa, con la que afecta el bien jurídico penalmente protegido[1293]. Como puede verse, esta figura no se limita exclusivamente a un estado defectuoso referido a alguno de los supuestos de ausencia de acción, sino que podría presentarse en relación con cualquier forma de exclusión de la responsabilidad penal (es-

[1290] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1079.
[1291] Vid., así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 10, n.m. 1085.
[1292] Así, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, p. 117.
[1293] Vid., ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 21.

pecialmente de exclusión de la culpabilidad)[1294]. Sin embargo, en el presente caso la exposición se va a limitar a los casos en los que el estado defectuoso es un caso de ausencia de acción.

La imputación de responsabilidad penal en los casos de *actio libera in causa* produce, en principio, cierta tensión con el principio de coincidencia o simultaneidad, el cual exige una congruencia temporal entre la acción realizada y las exigencias subjetivas referidas a dicha acción[1295]. Tanto la imputación subjetiva, como la culpabilidad del autor deben estar presentes durante la fase ejecución del injusto objetivo. Si bien en el Código Penal Peruano no hay una disposición legal de la que se desprenda explícitamente la exigencia de la simultaneidad en la imputación penal[1296], exigencias de racionalidad de la imputación llevan necesariamente a asumirlo.

Para poder admitir una atribución de responsabilidad penal en los casos de *actio libera in causa*, a pesar de la fricción con el principio de coincidencia, se han formulado diversos modelos. Por un lado, el modelo de la excepción propone una excepción al principio de coincidencia, admitiendo una imputación extraordinaria basada en una *culpa antecedens*. Se distingue entre el fundamento de la imputación y el objeto de la imputación[1297]. Por otro lado, el llamado modelo de la tipicidad intenta sustentar la responsabilidad penal en virtud de las reglas generales de la imputación, lo que se opone claramente al modelo de la excepción. La imputación penal se reconduce a la acción precedente, la que se subsumiría en el tipo penal correspondiente. El autor utiliza a su propia persona como lo hace un autor mediato con el instrumento para ejecutar el hecho delictivo[1298]. Finalmente, cabe mencionar al modelo de la ampliación, el cual procura llegar a una solución intermedia entre los modelos antes aludidos. Se establece el objeto de la imputación en el acto precedente, siguiendo el modelo de la tipicidad, pero se limita el comienzo de la tentativa a la realización de los actos ejecutivos en el estado defectuoso, siguiendo el modelo de la excepción[1299].

[1294] Así, Alcácer Guirao, *Actio libera in causa*, p. 22; Álvarez Dávila, *Eta ius esto* 1, p. 128 y s.

[1295] Vid., Alcácer Guirao, *Actio libera in causa*, p. 25. Considera que el principio de coincidencia tiene predicamento legal en el artículo 9 de nuestro Código Penal, Pérez López, *Actualidad Jurídica*, T 159, febrero de 2007, p. 95 y s.

[1296] Así, Álvarez Dávila, *Eta ius esto* 1, p. 135.

[1297] Vid., así, Hruschka, *JZ* 1995, p. 23 y s.

[1298] Vid., Roxin, *ADPCP* 1988, p. 22; Jakobs, *RPDJP* 2 (2001), p. 222; Alcácer Guirao, *Actio libera in causa*, p. 108.

[1299] Streng, *ZStW* 101 (1989), p. 311.

Dejando de lado las diversas críticas que se han formulado a cada uno de los modelos de imputación antes reseñados[1300], lo cierto es que la opinión dominante se inclina por el modelo de la tipicidad, pues no necesita recurrir a criterios de excepción[1301]. Este parecer resulta más necesario en tanto no existe base legal que regule específicamente el castigo de los supuestos de *actio libera in causa*, por lo que se carecería de una cobertura legal para admitir criterios de imputación excepcionales[1302]. Basta únicamente con que la interpretación de los tipos penales abandone una visión empiricista del delito y la sustituya por una comprensión normativa[1303]. A efectos de la imputación penal no interesa la relación de inmediación entre la conducta y el resultado lesivo, sino que se le pueda atribuir socialmente a la conducta precedente la generación del riesgo prohibido al que se reconduce el resultado lesivo. Dado que lo acontecido con el sujeto incapaz de acción es un hecho de la naturaleza, la provocación de la situación de incapacidad supone un impulso de la naturaleza que constituye la creación de un riesgo penalmente prohibido y, por lo tanto, un comportamiento típico[1304].

[1300] Vid., con mayor detalle, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 37 y ss., 47 y ss., 59 y ss.
[1301] Así, PINEDO SANDOVAL, *Eta ius esto* 2, p. 132.
[1302] No obstante, PÉREZ LÓPEZ, *Actualidad Jurídica*, T 159, febrero de 2007, p. 96, niega que sea posible, sin una regulación expresa, recurrir a la figura de la *actio libera in causa* para incriminar una conducta.
[1303] Igualmente, ÁLVAREZ DÁVILA, *Eta ius esto* 1, p. 137.
[1304] Así, JAKOBS, *RPDJP* 2 (2001), p. 217 y s.

LECCIÓN 11
CUESTIONES GENERALES DE LA TIPICIDAD

I. Introducción

La conducta delictiva, para ser tal, debe estar contemplada en un tipo penal, es decir, en una disposición penal de la Parte Especial que establezca sus elementos constitutivos. La falta de tipicidad de una conducta impide que se le pueda imponer las consecuencias jurídicas previstas en la ley penal. Debe quedar claro que la tipicidad no sólo permite delimitar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferenciar las distintas formas de conducta prohibida en orden a sus consecuencias jurídicas[1305]. Así, por ejemplo, la tipicidad del delito de hurto sustentada en la sustracción subrepticia permite diferenciarlo del delito de robo, cuyo tipo penal requiere que la apropiación tenga lugar por medio de violencia o amenaza. La tipicidad se constituye, por tanto, en una categoría del delito esencialmente garantista, pues vincula la determinación de la conducta delictiva y de la pena con el principio de legalidad[1306].

Pese a que es fácilmente reconocible la importancia garantista de la categoría de la tipicidad, la determinación de su contenido como elemento constitutivo del delito no ha sido nada pacífica en la doctrina penal. Por esta razón, resulta conveniente iniciar la presente lección haciendo una pequeña exposición sobre cómo ha evolucionado la discusión doctrinal sobre la configuración dogmática de esta categoría del delito. A partir de esta exposición se estará en capacidad de tomar una determinada posición sobre el entendimiento de la tipicidad como categoría del delito, lo que permitirá entrar luego a determinar las diversas formas de expresión de sus elementos constitutivos.

[1305] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 1.

[1306] Sobre esta función de garantía del tipo penal, Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 43.

II. La evolución de la tipicidad como categoría del delito

1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva

No hay mayor discusión en reconocer a BELING como el creador o, en todo caso, descubridor de la categoría de la tipicidad. Este autor partió de la idea de que toda figura delictiva autónoma tiene elementos de carácter externo y de carácter interno, configurando los primeros el "tipo de injusto" y los segundos la culpabilidad[1307]. Siguiendo este orden de ideas, BELING concluyó que la tipicidad constituye un elemento fundamental del delito que se encarga de describir la parte externa del hecho delictivo. De esta manera, la tipicidad se erigió como una categoría del delito caracterizada por ser descriptiva (al no contener ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica concreta) y objetiva (al excluir todos los procesos subjetivos que deben verse en sede de culpabilidad)[1308].

2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo

Frente la formulación de BELING de entender el "tipo de injusto" como una categoría objetiva, diversos penalistas alemanes como FISCHER, HEGLER, M. E. MAYER o MEZGER, pusieron de manifiesto que, en muchos casos, el injusto del hecho, y no la culpabilidad, dependía de la dirección de la voluntad del autor[1309]. Así, se resaltó la importancia de cierta tendencia subjetiva para poder describir adecuadamente delitos como la violación sexual (ánimo libidinoso) o el hurto (ánimo de apropiación)[1310]. A partir de esta constatación, se elaboró la teoría de los elementos subjetivos del injusto[1311], los cuales fueron considerados

---

[1307] Vid., BELING, *Esquema*, p. 42.

[1308] Vid., así la exposición histórica de la categoría de la tipicidad de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 7.

[1309] Vid., así, con las correspondientes referencias bibliográficas, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8. Las referencias bibliográficas igualmente en CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 428.

[1310] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8; CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 427.

[1311] Una exposición del desarrollo histórico de la teoría de los elementos subjetivos del injusto en MEZGER, *Tratado*, I, p. 346 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, p. 89 y ss.

inicialmente como excepciones al carácter eminentemente objetivo de la tipicidad[1312].

El carácter objetivo de la tipicidad, tal cual la formulara BELING en su día, fue finalmente abandonado cuando el finalismo trasladó el dolo (natural) y la culpa de la culpabilidad a la tipicidad, lo que llevó a tener que aceptar, como regla general, una parte subjetiva del tipo[1313]. Era lógico, desde planteamientos finalistas, que si la tipicidad se encargaba de describir la acción constitutiva del delito, dicha descripción de la acción, configurada finalmente, debía contemplar la vertiente subjetiva de la acción[1314]. A pesar de que el concepto final de acción no terminó por imponerse, hoy en día resulta absolutamente dominante el entendimiento de que la tipicidad es una categoría que contempla una parte objetiva y otra subjetiva de la conducta penalmente relevante[1315]. Puede decirse sin ningún reparo que la configuración puramente objetiva de la tipicidad resulta una formulación prácticamente superada.

3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad

Es M. E. MAYER a quien se le atribuye haber descubierto los llamados elementos normativos del tipo. Se trata de elementos típicos que tienen un carácter valorativo, pues no basta con una percepción sensorial para constatar su existencia, sino que resulta necesario un juicio de valor para determinarlos[1316]. Así, por ejemplo, la sola percepción sensorial de un bien no permite saber si es "ajeno", tal como lo exige el delito de hurto. La ajenidad del bien mueble constituye, pues, un elemento del tipo que requiere de una valoración conforme a los criterios jurídicos establecidos en la legislación

---

[1312] Así se aprecia en el planteamiento de MEZGER, *Tratado*, I, p. 349.

[1313] Vid., en este sentido, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 53. Pero debe precisarse que para WELZEL, *Estudios*, p. 53 y s., el tipo de injusto no era igual en los delitos dolosos y en los delitos culposos.

[1314] Vid., WELZEL, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 4: "*Lo que me interesa en la teoría de la acción es desarrollar el principio general de la estructura de una acción humana, es decir, su finalidad, para demostrar que la "acción" también en su curso "externo" es un acontecimiento dirigido y conducido por la voluntad, o sea, es una unidad de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio general de la estructura de la acción humana, entonces también debe ser el principio de estructura de las acciones típicas y relevantes para el Derecho penal*".

[1315] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 21.

[1316] Vid., M.E. MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 228.

civil para determinar si un bien pertenece a alguien o no. El descubrimiento hecho por MAYER no le llevó, sin embargo, a cuestionar el carácter no valorativo de la tipicidad, sino que se mantuvo como regla general este entendimiento. Los elementos normativos del tipo se entendieron como elementos impropios del tipo de carácter excepcional, pues en realidad se trataban de elementos de la antijuridicidad que, por el tenor de la ley, pasaban al tipo penal y debían ser abarcados, por tanto, por el dolo[1317]. El tipo penal constituía únicamente una *ratio cognoscendi*, pero no la *ratio essendi* del desvalor del hecho que propiamente se determinaba en el ámbito de la antijuridicidad. Para graficar su concepción, señaló que entre la tipicidad y la antijuridicidad había una relación similar a la que existe entre el humo y el fuego[1318].

Posteriores estudios sobre los llamados elementos normativos del tipo permitieron demostrar que dichos elementos no eran tan excepcionales como, en un principio, se les creyó. Así, Erick WOLF puso de manifiesto incluso que elementos considerados en principio descriptivos se convertían, en cuanto al alcance de su significado, en elementos normativos[1319]. Así, por ejemplo, el elemento típico de documento en el delito de falsificación de documento requiere de un proceso de valoración jurídica que permita determinar si lo preservado en un soporte material es un documento o no para el Derecho penal. A partir de estas ideas, la tipicidad comenzó a entenderse como una categoría normativa, pues se precisaba de valoraciones jurídico-penales para determinar si una conducta concreta era típica o no[1320].

En las últimas décadas se ha desarrollado con una fuerza inusitada la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha terminado por normativizar completamente la parte objetiva de la tipicidad[1321]. Este proceso de normativización ha tenido lugar primeramente en la forma de regulación predominante de las conductas delictivas: los llamados delitos de resultado. Se dice que el juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales, si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente

---

[1317] Por ello, les denominó "inauténticos". Vid., al respecto, M.E. MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 228.
[1318] Vid., M.E. MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 12.
[1319] Vid., WOLF, *Las categorías de la tipicidad*, p. 114.
[1320] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 12.
[1321] Así los destaca CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 54.

prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido[1322]. Pero la lectura normativa del tipo objetivo no se ha quedado solamente en los delitos de resultado, sino que se ha extendido a todas las formas de tipificación de las conductas delictivas, por lo que con acierto JAKOBS sostiene que la teoría de la imputación objetiva se ocupa de determinar las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable[1323].

Más recientemente el mismo proceso de normativización se ha presentado también en la faceta subjetiva del tipo, en tanto se está procediendo a reconfigurar normativamente el dolo que, a diferencia de la culpa, había sido entendido durante mucho tiempo con una lógica fundamentalmente psicologista. En efecto, el elemento cognitivo del dolo –para cada vez más autores, el único realmente decisivo– no se entiende ya como un dato psicológico que el juez comprueba indirectamente a partir de ciertos circunstancias externas que rodean al hecho, sino como una imputación a la subjetividad del autor que se hace en función de ciertas exigencias de conocimiento[1324]. Todo esto permite concluir que también el carácter descriptivo del tipo ha dejado de ser la percepción dominante de la tipicidad, asumiendo, más bien, la perspectiva normativa el papel decisivo en la configuración de esta categoría del delito.

El carácter valorativo que, en la actualidad, se le reconoce a la tipicidad produce un problema de delimitación con la categoría de la antijuridicidad. Este problema no es nuevo, pues ya la formulación de la llamada teoría de los elementos negativos del tipo puso esta discusión sobre el tapete. La primera manifestación de esta teoría tuvo lugar en los trabajos de MERKEL, quien a propósito de los supuestos de error concibió las causas de justificación como elementos negativos del tipo[1325]. Aunque este planteamiento no se impuso finalmente en la doctrina penal, autores tan relevantes como MEZGER, pese a distinguir analíticamente la tipicidad y la antijuridicidad, entendieron a la primera ya no como una *ratio cognoscendi*, sino como una *ratio essendi* de la antijuridicidad general del hecho[1326]. La tipicidad de

---

[1322] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 4b.

[1323] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 4.

[1324] Vid., sobre las concepciones normativas del dolo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 275 y ss.

[1325] Así, MERKEL, *Derecho Penal*, PG, p. 84, en relación con los errores sobre los elementos negativos del tipo.

[1326] MEZGER, *Tratado*, I, p. 376: "*El tipo jurídico-penal* (...) *es fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad*".

la conducta fundamenta su antijuridicidad a reserva, siempre, de que no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, por lo que si esto ocurre la conducta no será antijurídica a pesar de su tipicidad[1327].

Para mantener la diferencia analítica entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad, se han alegado distintos argumentos. ROXIN, por ejemplo, entiende que entre tipicidad y antijuridicidad existen finalidades político-criminales distintas, pues mientras la tipicidad es rígida al estar sujeta al tenor literal de la ley, la antijuridicidad es principista, es decir, resuelve el conflicto presentado en el caso concreto (por ejemplo, legítima defensa) con base en principios jurídico-penales (principio de ponderación de bienes, de autoprotección, etc.)[1328]. En nuestra opinión, este criterio de distinción resulta relativo, pues a la tipicidad la inspira también un principio (el principio de legalidad), mientras que muchas causas de justificación se encuentran reguladas en el Código Penal (artículo 20), lo que implica también una cierta vinculación con el tenor de la ley. Por consiguiente, la dicotomía entre ley y principio no es determinante para diferenciar las categorías de la tipicidad y de la antijuridicidad.

Desde la perspectiva que seguimos, no existe una diferencia cualitativa entre tipicidad y antijuridicidad, siendo la única finalidad de esta diferenciación mostrar los diversos pasos lógicos del proceso de imputación penal y evidentemente las posibilidades de su negación. En consecuencia, la distinción entre ambas categoría deviene en una distinción fundamentalmente analítica, pero no funcional. La única particularidad de la tipicidad frente a la antijuridicidad está en que en la primera la atención se pone en la lesividad de la conducta del autor, mientras que en la segunda se determina si existe alguna situación *especial* de conflicto que pudiese dar lugar a un descargo de la imputación penal a quien ha provocado la lesión.

III. Las clases de tipos penales

Como se ha indicado, la tipicidad establece los elementos que conforman la estructura de cada figura delictiva. Si bien la estructura de los tipos penales tendría que seguir un mismo patrón, razones de política criminal o

[1327] MEZGER, *Tratado*, I, p. 376.
[1328] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 20.

de técnica legislativa llevan a que se presenten ciertas diferencias entre las estructuras de los tipos penales. Precisamente estas diferencias marcan distintas formas de configuración típica de la conducta penalmente relevante, de las que el intérprete debe ser consciente al momento de afirmar la tipicidad de una conducta concreta. Con la finalidad de poner de relieve estas distintas formas de configuración de la tipicidad jurídico-penal, la doctrina ofrece diversos criterios de clasificación de los tipos penales al margen de los bienes jurídicos protegidos en cada caso[1329].

1. Los tipos penales cerrados, abiertos y las leyes penales en blanco

En función del margen de interpretación que ofrece el tipo penal se diferencian entre *tipos penales cerrados* y *tipos penales abiertos*. Conforme a un planteamiento formulado por WELZEL, la regla general es que los tipos penales sean cerrados, lo que significa que deben contener todos los elementos fundamentadores del injusto, de manera tal que la conducta que realiza el tipo penal será antijurídica mientras no se presente una causa de justificación[1330]. Por el contrario, en los tipos penales abiertos el juez tiene que completar previamente el tipo mediante un juicio judicial independiente con base en un criterio deducido de la ley[1331]. La realización del tipo no es aún un indicio de la antijuridicidad de la conducta, pues debe verificarse positivamente ciertos elementos especiales de antijuridicidad[1332]. Por ejemplo, esta situación se presenta en los casos en los que el tipo penal exige una especial reprochabilidad (la gravedad y el valor del perjuicio en el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 del CP) o una actuación contraria a deberes jurídicos que no se encuentran definidos en el tipo penal (la ilegalidad en el delito de omisión de deberes funcionariales del artículo 377 del CP).

La doctrina penal se muestra crítica a admitir la figura de los tipos penales abiertos. ROXIN señala, por ejemplo, que "*es tan imposible que existan tales tipos penales abiertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas del tipo*"[1333]. El tipo penal no puede, pues, ser neutral respecto del

[1329] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 77.
[1330] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 59.
[1331] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 61.
[1332] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 43.
[1333] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 44.

injusto. A este parecer cabe responder señalando que la existencia de tipos penales abiertos muestra con claridad la homogeneidad valorativa de las categorías de la tipicidad y antijuridicidad, por lo que en casos como los indicados no es incluso posible hacer una separación clara de ambas categorías. Por otro lado, la formulación incompleta de los elementos típicos no representa nada singular, como lo indica JAKOBS, quien destaca que ello tiene lugar en las posiciones de garantía, la omisión impropia, el riesgo permitido, entre otros supuestos, sin que el tipo penal se convierta en abierto en lo que respecta al injusto[1334]. En este sentido, cabe admitir la figura de los tipos penales abiertos, pero entendidos como "*abiertos a la concreción intensiva por medio de la interpretación*"[1335].

Los tipos penales abiertos tienen lugar normalmente mediante una *cláusula general* incorporada en el tipo penal, con el que se otorga al juez cierta discrecionalidad para decidir si el hecho es típico o no. Por ejemplo, una cláusula general que convierte en abierto el tipo penal del delito de exhibicionismo previsto en el artículo 183 del CP es el elemento típico de "índole obscena". En este caso, el juez debe realizar una valoración que le permita concluir si la conducta concreta constituye, en función del contexto social de la acción, una conducta obscena. Por lo general, las cláusulas generales constituyen *elementos de valoración global* del hecho, lo que significa adelantar el análisis de la antijuridicidad al ámbito de la tipicidad. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de secuestro del artículo 152 del CP, en donde se indica que la conducta típica debe llevarse a cabo "sin derecho, motivo ni facultad justificada" o en el delito de denegación o retardo de apoyo policial del artículo 378 del CP que requiere que la conducta se haga "sin causa justificada". En tipos penales como los mencionados, el juez debe tener en consideración la antijuridicidad del hecho para decidir sobre la tipicidad de la conducta concreta.

Como otra clase de tipos penales necesitados de complemento se menciona a las *leyes penales en blanco*[1336]. Sin embargo, tal como se ha visto en la lección 4, las leyes penales en blanco no son tipos penales que requieran de un complemento, sino que la especificación de los elementos típicos se hace con base en lo establecido en leyes extrapenales. En este sentido, si

[1334] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 62.
[1335] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 62.
[1336] Así, MEZGER, *Tratado*, I, p. 396.

bien algún elemento del tipo puede tener cierto grado de indeterminación, la interpretación judicial no es discrecional, sino que, por el contrario, debe ajustarse a parámetros establecidos legal o reglamentariamente.

2. Los delitos comunes, especiales y de propia mano

El establecimiento de ciertas restricciones típicas respecto de los posibles autores del delito permite distinguir varias clases de tipos penales. Así, se diferencian primeramente los *delitos comunes* de los *delitos especiales* en función de la amplitud del círculo de autores del delito. En los delitos comunes, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser autor del delito, de manera tal que cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder como autor[1337]. La situación cambia si se trata de delito especial, pues en estos casos el tipo penal exige que el autor del delito reúna determinada calidad especial[1338]. Esta exigencia puede ser expresa (por ejemplo en el delito de parricidio del artículo 107 del CP) o concluyente (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria del artículo 1 del D. Leg. 813). A su vez, dentro de los delitos especiales se suelen diferenciar los *delitos especiales propios* de los *delitos especiales impropios*. En los primeros la calidad especial exigida para ser autor es un elemento que fundamenta la pena (por ejemplo en el delito de prevaricato), mientras que en los segundos la calidad especial solamente agrava la penalidad (por ejemplo, la violación a la intimidad realizada por funcionario público)[1339]. La restricción del círculo de posibles autores puede tener lugar también por la propia configuración de la conducta típica, como sucede en el caso de los *delitos de propia mano*. En estos delitos el tipo penal exige del autor una realización personal y corporal de la conducta típica, de manera tal que no podrá responder como autor del delito quien no ha ejecutado dicha acción[1340]. Un ejemplo de delito de propia mano es el delito de bigamia.

Resulta pertinente marcar las diferencias entre el binomio delitos comunes/delitos especiales y el binomio delitos de dominio/delitos de infracción de un deber. Cierto sector doctrinal tiende a equiparar ambas clasi-

---

[1337] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 128.

[1338] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 91.

[1339] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 129; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/47 y s.

[1340] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/52; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 308. Críticamente sobre la conformación de la categoría dogmática de los delitos de propia mano, SÁNCHEZ VERA, *El denominado "delito de propia mano"*, p. 187.

ficaciones, es decir, que los delitos comunes son delitos de dominio y los delitos especiales delitos de infracción de un deber[1341]. Sin embargo, tal equiparación resulta errónea, pues mientras el primer binomio se basa en condicionamientos formales del tipo, los segundos responden a criterios de imputación materiales diferenciados[1342]. El delito de dominio sustenta la imputación penal en el dominio del riesgo penalmente prohibido atribuido al autor. La conducta del autor puede subsumirse en un tipo penal con un círculo de autores abierto o delimitado, esto es, en un delito común (como el homicidio simple del artículo 106 del CP) o en un delito especial (como el fraude concursal doloso del artículo 209 del CP). En consecuencia, cabe distinguir entre delitos de dominio comunes y especiales[1343].

Por su parte, el delito de infracción de un deber sustenta la imputación en la infracción de un deber positivo que una institución social específica impone al autor. Por lo general, la realización de un delito de infracción de un deber configura un tipo penal especial, en la medida que el tipo penal delimita el círculo de autores a los que tienen la calidad de obligados institucionales. Sin embargo, cabe preguntarse si la infracción de la institución general de la solidaridad permitiría la existencia de un delito de infracción de un deber común, como sería el caso del delito de omisión del deber de socorro del artículo 127 del CP.

3. Los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos

La exigencia de una pluralidad de intervinientes en el delito permite distinguir los *delitos monosubjetivos* de los *delitos plurisubjetivos* o, también llamados, *de intervención necesaria*. Los primeros se caracterizan por una redacción típica en singular de la conducta punible, de manera tal que el delito podrá ser cometido por una sola o por diversas personas[1344]. Por ejemplo, la redacción del delito de homicidio alude "al que mata a otro", por lo que este delito puede ser cometido tanto por un sujeto individual, como por varias personas. En los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria, el tipo penal requiere necesariamente la intervención de una plura-

[1341] En el Perú, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 306 y s.
[1342] Anteriormente, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 42.
[1343] Igualmente, PINEDO SANDOVAL, en *Estudios críticos*, p. 445.
[1344] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 636; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 308.

lidad de personas[1345], de manera que no resulta posible la realización del delito por un solo sujeto.

Dentro de la intervención necesaria se distinguen los *delitos de convergencia* de los *delitos de encuentro*. Los primeros exigen que la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afectación al bien jurídico, mientras que los segundos contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito[1346]. Un ejemplo de delito de convergencia sería el delito de conspiración para una rebelión del artículo 349 del CP, y de encuentro sería la colusión desleal del artículo 384 del CP. En la doctrina penal no se discute el castigo a los intervinientes en un delito de convergencia, pero respecto de los delitos de encuentro no hay acuerdo sobre la posibilidad de castigar al interviniente que se favorece con el hecho, como partícipe en el delito cometido por el autor[1347]. La jurisprudencia nacional se inclina por castigarlo como partícipe en el caso de los delitos contra la Administración Pública.

4. Los delitos de mera conducta y los delitos de resultado

La exigencia de un resultado separado de la conducta del autor es el criterio que permite distinguir los *delitos de mera conducta* de los *delitos de resultado*.[1348] En los primeros el delito se consuma con la realización de la acción (mera actividad, como el delito de violación de domicilio del artículo 159 del CP) o de la omisión (omisión pura, como el delito de omisión a la asistencia familiar del artículo 149 del CP) sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta. En los delitos de resultado, por el contrario, se exige un resultado separado espacial y temporalmente de la acción del autor como es el caso del delito de homicidio o de estafa. La importancia de esta diferenciación de los tipos penales se encuentra fundamentalmente en el nivel de la imputación objetiva, pues

---

[1345] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 636; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 308.

[1346] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 636; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, p. 66 y ss.; PEÑA TERREROS, *JuS Doctrina & Práctica* 11, noviembre de 2007, p. 87.

[1347] Vid., con mayores referencias, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, p. 69 y ss.; PEÑA TERREROS, *JuS Doctrina & Práctica* 11, noviembre de 2007, p. 90 y ss.

[1348] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/18.

en los delitos de resultado se exige la imputación objetiva del resultado para la consumación, mientras que en los delitos de mera conducta solamente bastará con la creación de un riesgo prohibido[1349].

Dentro de los delitos de resultado se suelen diferenciar los *delitos de lesión* de los *delitos de peligro*.[1350] Los primeros requieren que el resultado diferenciado de la acción sea la efectiva lesión de un objeto que corporaliza el bien jurídico protegido como es el caso del delito de daños del artículo 205 del CP[1351]. Los delitos de peligro suponen, por el contrario, una sola amenaza al objeto del delito. En cuanto a la configuración del peligro, se suelen diferenciar los *delitos de peligro concreto* de los *delitos de peligro abstracto*. En los primeros el tipo penal exige que en el caso concreto se hayan presentado todas las condiciones para la lesión del objeto sobre el que recae la acción, no produciéndose dicha lesión por razones fortuitas[1352] (por ejemplo, el delito de peligro común del artículo 273 del CP). Los delitos de peligro abstracto solamente requieren la peligrosidad general de la conducta sin que sea necesario que en el caso concreto se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido[1353] (por ejemplo, el delito de conducción bajo estado de ebriedad del artículo 274 del CP). Si se analiza detenidamente los delitos de peligro abstracto, podrá concluirse que no se tratan, en sentido estricto, de delitos de resultado pues no requieren un peligro efectivo[1354]. Se tratará, por lo tanto, de delitos que se configuran solamente con la realización de una conducta en general peligrosa[1355].

Una modalidad especial de los delitos de resultado son los llamados delitos cualificados por el resultado. En estos casos, el tipo penal contiene un tipo penal básico cuya penalidad se agrava por la producción de un segundo resultado que intensifica el desvalor de la conducta[1356]. Este resultado cualificante puede ser, a su vez, un peligro concreto o una lesión al objeto material del delito. Por ejemplo, la agravante del delito de robo agra-

---

[1349] En relación con la causalidad misma, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78.
[1350] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 222 y s.
[1351] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m.122.
[1352] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 123.
[1353] MEZGER, *Tratado*, I, p. 391 y s.
[1354] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/63.
[1355] Así, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 224, señala que los delitos de peligro abstracto difícilmente pueden diferenciarse de los delitos de mera actividad.
[1356] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108.

vado prevista en el último párrafo del artículo 189 del CP, que incrementa la pena si, a consecuencia del robo, se produce la muerte o lesiones graves sobre la víctima.

5. Los delitos instantáneos, permanentes y de estado

En función de la forma de afectación al objeto de protección se suelen distinguir entre *delitos instantáneos* y *delitos permanentes*. En los primeros, el delito se consuma con la realización de la conducta típica y, de ser un delito de resultado, con la producción del resultado típico[1357]. Estos delitos pueden dividirse, a su vez, en delitos instantáneos *de resultado permanente* y delitos instantáneos *de estado*. Son delitos instantáneos de resultado permanente aquéllos cuya afectación se mantiene a lo largo del tiempo sin una intervención del autor, pero que requieren de un acto correctivo para la cesación de la afectación (el delito de lavado de activos, por ejemplo[1358]). Los delitos instantáneos de estado producen un cambio de estado en el objeto de protección que no resulta reversible con la realización de un acto correctivo posterior (el delito de homicidio, por ejemplo). Los delitos permanentes se caracterizan por el hecho de que la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo[1359] (el delito de secuestro, por ejemplo). En estos casos, la conducta típica se mantiene a lo largo del tiempo, lo que influye evidentemente en la posibilidad de una participación delictiva o de un concurso de delitos en la etapa de consumación permanente, así como en el cómputo de los plazos de prescripción[1360].

6. Tipos penales objetivados y con elementos subjetivos especiales

Por la forma en la que se relacionan la parte objetiva y subjetiva del tipo, los tipos penales se diferencian entre *tipos penales objetivados* y *tipos penales portadores de elementos subjetivos especiales*. Los primeros son aquellos que exigen que la parte subjetiva común a todo delito se corresponda

---

[1357] Vid., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 634.

[1358] Así lo establece el II Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, en el tema 2, Acuerdo Quinto.

[1359] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 80. Esta definición se corresponde con la que determinó el II Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, tema 2, Acuerdo Segundo.

[1360] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m.107; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 80.

con la realización objetiva de la conducta típica[1361]. Por el contrario, los tipos penales portadores de elementos subjetivos especiales requieren, como su propio nombre lo dice, elementos subjetivos adicionales a los generales, los cuales pueden trascender la parte objetiva de la conducta típica (*tipos de tendencia interna trascendente*) o pueden intensificar la parte subjetiva que se corresponde con la parte objetiva de la acción típica (*tipos con tendencia interna intensificada*[1362]). Ejemplo del primer grupo de delitos es el delito de usurpación en su modalidad de destrucción de linderos (artículo 202 inciso 1 del CP) que castiga al que destruye o altera los linderos de un inmueble para apropiarse del mismo, mientras que del segundo lo sería el delito de asesinato por placer (artículo 108 inciso 1 del CP).

Los tipos penales de tendencia interna trascendente pueden, a su vez, dividirse en dos grupos. Por un lado están los llamados *delitos mutilados de dos actos*, en los que el resultado ulterior se va a obtener con una acción posterior a la que apunta la primera acción[1363]. Por ejemplo, el delito de tráfico ilícito de drogas del segundo párrafo del artículo 296 del CP se configura con la posesión de drogas para, como acto posterior, su tráfico ilícito. Por otro lado se encuentran los llamados *delitos cortados de resultado*, en los que el resultado ulterior lo debe producir la misma acción típica sin una acción ulterior[1364]. Por ejemplo, el delito de fraude procesal del artículo 416 del CP castiga al que, por cualquier medio fraudulento, induce a error del funcionario "*para obtener resolución contraria a ley*".

7. Delitos de un solo acto y delitos de varios actos

Lo usual es que el tipo penal establezca un solo comportamiento como conducta típica, esto es, como *delito de un solo acto*. Por ejemplo, el delito de daños previsto en el artículo 205 del CP. Sin embargo, puede ser que el tipo penal contemple varias conductas como comportamiento típico, dando lugar a los llamados *delitos de varios actos*[1365]. Ahora bien, los delitos de varios actos son normalmente los tipos penales conjuntivos, es decir, aquellos que exigen la realización conjunta de los actos previstos

---

[1361] Vid., así, lo que MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/37, llama tipo congruente.
[1362] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/42.
[1363] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 84; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 93.
[1364] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 84.
[1365] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 126.

en el tipo penal (llamados también delitos compuestos o consuntivos[1366]). Por ejemplo, para el delito de violación sexual son necesarios la coacción y el yacimiento[1367]. No obstante, la pluralidad de acciones previstas en la ley pueden presentarse también en una relación de alternatividad, dando lugar a los que se conocen como *tipos mixtos alternativos*, es decir, tipos penales que contemplan varias conductas, pero una sola basta para configurar el delito[1368]. Ejemplo de esta clase de tipo penal es el delito de administración fraudulenta de persona jurídica del artículo 198 del CP.

8. Tipo penal básico, derivado y autónomo

La forma en la que se relacionan sistemáticamente los tipos penales permite diferenciar el llamado *tipo penal básico*, los *tipos penales derivados* (privilegiados o agravados) y los *tipos penales autónomos*.[1369] El tipo penal básico establece los elementos esenciales de una figura delictiva. Por ejemplo, el delito de hurto simple del artículo 185 del CP establece como elementos esenciales de esta figura delictiva el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, la sustracción del lugar en que se encuentra y la finalidad de provecho. En relación con este tipo penal se pueden desarrollar tipos penales que, en atención a alguna particularidad, pueden agravar o atenuar la pena prevista en el tipo básico (por ejemplo, el hurto con destreza como supuesto agravado del artículo 186 inciso 3 del CP). En estos casos, el tipo penal derivado debe reunir necesariamente los elementos esenciales del tipo penal básico. Finalmente, los tipos penales autónomos o, también llamados, *delictum sui generis* son aquellos que se derivan de otra figura delictiva, pero que adquieren autonomía en cuanto a la entidad de su injusto, desarrollando incluso sus propios tipos penales

---

[1366] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 394 y s.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 633.

[1367] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 126.

[1368] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 127; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 9/34. Por su parte, MEZGER, *Tratado*, I, p. 395 y s., distingue en los tipos penales mixtos (que describen dos conducta unidas por la conjunción "o") los tipos penales mixtos alternativos que son los que expresan tan sólo diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor, de los tipos penales mixtos acumulativos que unen varias formas independientes de ejecución del delito, no permutables entre sí. En consecuencia, las distintas formas de realización del delito se presentan en relación de concurso. Por ejemplo, si un administrador de una persona jurídica oculta la situación de la persona jurídica mediante la alteración de los estados financieros y refleja además utilidades inexistentes para repartirlas, cometerá dos delitos de administración fraudulenta de persona jurídica (artículo 198 incisos 1 y 5 del CP) en situación de concurso.

[1369] Una distinción que ponía en evidencia ya MEZGER, *Tratado*, I, p. 392 y ss.

derivados. Por ejemplo, el delito de robo del artículo 189 del CP en relación con el delito de hurto[1370].

IV. Los aspectos de la tipicidad: el tipo objetivo y el tipo subjetivo

Como lo hemos indicado anteriormente, la determinación de la tipicidad de una conducta constituye un proceso complejo, por lo que resulta posible distinguir determinadas partes al interior de esta categoría del delito. Así, se encuentra en un primer nivel la llamada tipicidad objetiva, la cual se encarga de determinar fundamentalmente la incidencia social de la conducta en términos de una infracción penal. Una vez determinada la parte objetiva, hay que pasar a la llamada tipicidad subjetiva, la cual está referida a las formas subjetivas de participación en el hecho: Dolo o culpa. El reconocimiento de una diferenciación entre la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que se trata de niveles autónomos con criterios propios de determinación orientados únicamente a permitir imputar un hecho a una persona[1371]. La tipicidad objetiva y la subjetiva se encuentran mutuamente condicionadas, pues el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo[1372]. Por esta razón, tendría muy poco sentido hablar de una tipicidad objetiva sin presuponer el conocimiento del autor de los datos típicamente relevantes o determinar la tipicidad subjetiva sin reunir los requisitos mínimos para afirmar la relevancia objetiva del hecho. Ambos aspectos de la imputación sólo adquieren un sentido completo cuando son contemplados de manera conjunta[1373].

[1370] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 135.

[1371] Por ello señala correctamente JAKOBS, *PJ* 56, p. 120, nota 3, que el tipo objetivo no constituye un escalón de valoración propio. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 69.

[1372] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 1; KINDHÄUSER, *InDret* 4/2008, p. 6. Muy esclarecedoras se muestran las explicaciones de FRISCH, en *El sistema integral* Wolter/Freund (eds.), p. 248, al señalar que el conocimiento (elemento subjetivo) del autor permite seleccionar la parte de la realidad sobre la que recae el juicio objetivo.

[1373] Vid., esta comprensión ya en BERNER, *Grundlinien*, p. 40 y ss. El tratar primero el tipo objetivo y luego el tipo subjetivo responde a una razón predominantemente expositiva, como lo señala JAKOBS, *Derecho Penal*, Apdo 7, n.m. 1.

LECCIÓN 12
EL TIPO OBJETIVO

I. Introducción

La opinión actualmente dominante distingue en la tipicidad un tipo objetivo y uno subjetivo, asignándose al primero la determinación del sujeto activo del delito (común o especial), la conducta típica y, en el caso de delitos de resultado, el resultado que consuma el delito[1374]. El análisis de las particularidades de cada uno de estos aspectos típicos en cada figura delictiva es un trabajo que corresponde al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal. En la Parte General se ven, más bien, los aspectos de la tipicidad objetiva comunes a todos los delitos o a gran parte de ellos, es decir, cómo el comportamiento del autor adquiere relevancia penal y cómo el resultado producido puede imputarse a dicho comportamiento[1375]. Por consiguiente, la presente lección no va a ocuparse de la tipicidad de cada figura delictiva, sino de los aspectos generales de la tipicidad objetiva de todo delito o de cierto grupo de ellos.

II. De la constatación de causalidades a la imputación objetiva

La lógica causalista determinaba la tipicidad de la acción mediante la verificación de la realización de ciertos datos empíricos subsumibles en los elementos típicos. Se constataba concretamente si el autor había realizado la conducta prevista en el tipo penal y si el resultado lesivo se había produ-

---

[1374] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 54. Por su parte, Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 217, señala que el contenido de todas las especies de tipos penales está dado por tres elementos: a) el autor, b) la acción, y c) la situación de hecho.

[1375] Similarmente, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 55.

cido. La acción era entendida como una exteriorización de la voluntad del autor, mientras que el resultado se expresaba como una modificación exterior del mundo exterior. Sin embargo, estos aspectos previstos en el tipo penal no podían presentarse inarticuladamente, sino que debían estar objetivamente vinculados por un nexo de causalidad[1376]. Por ello, la doctrina penal emprendió tempranamente el trabajo de establecer cómo se determina la relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado típico.

La primera teoría de la causalidad en ganar cierto reconocimiento fue la llamada teoría de la equivalencia de condiciones formulada por VON BURI[1377]. Para esta teoría, causa es toda condición de un resultado, es decir, toda condición sin la cual el resultado no se hubiese dado con independencia de su proximidad o importancia (*conditio sine qua non*)[1378]. Para determinar la vinculación entre la condición y el resultado, la antigua jurisprudencia alemana propuso recurrir a la fórmula de la supresión mental, según la cual una condición es causa del resultado si suprimida mentalmente el resultado desaparece en el caso concreto[1379]. Como puede verse, con este planteamiento de la causalidad muchas serían las condiciones *sine qua non* del resultado, lo que explica, por otro lado, que a esta teoría se le llamara precisamente la teoría de la equivalencia de las condiciones.

La razón por la cual la teoría de la equivalencia de las condiciones alcanzó cierto reconocimiento en la etapa causalista del delito fue su pretendido carácter pre-jurídico, pues atendía sólo a datos naturalísticos. No obstante, en el plano lógico esta teoría de la causalidad presentaba ciertos puntos discutibles. En primer lugar, llevaba a una remisión al infinito, en la medida que todo resultado podía remontarse a sus causas anteriores hasta llegar incluso al inicio de los tiempos[1380]. Pero quizá el aspecto más controvertido fue el método de la supresión mental utilizado para determinar la calidad causal de una condición. Este método no ofrecía realmente un mayor conocimiento sobre la causalidad, pues su utilización presuponía el

---

[1376] Vid., BELING, *Esquema*, p. 61. Es von Liszt quien introduce en 1881 el nexo causal por primera vez en la sistemática del delito, como lo informa PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 19.

[1377] Vid., sus trabajos monográficos *Über die Causalität und deren Verantwortung* de 1873 y *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* de 1885. Anteriormente se destaca el trabajo de GLASER, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht* de 1858.

[1378] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L10/11.

[1379] Vid., la referencia en ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 7.

[1380] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L10/12.

conocimiento del carácter causal de una condición, es decir, que este método no servía en el fondo para nada más que para hacer una justificación formal[1381]. Por lo demás, esta fórmula fallaba en los casos de causalidad hipotética (por ejemplo, cuando otro hubiese matado igualmente a la víctima) y de causalidad alternativa (por ejemplo, si C fue envenenado separadamente por A y por B, produciéndole la muerte el veneno de A que fue ingerido primero, pero que igualmente el veneno de B lo habría matado)[1382]. Si es que en estos casos se utiliza el método de la supresión mental, no se podrá determinar una vinculación causal entre la conducta del autor y el resultado producido, ya que, suprimida mentalmente la acción, el resultado igualmente se hubiese producido; conclusión que va abiertamente en contra de la convicción general[1383].

En cuanto a los cuestionamientos realizados a la teoría de la equivalencia de condiciones por su regresión al infinito, un importante sector de la doctrina penal intentó resolver este problema con la formulación de las llamadas teorías individualizadoras. El denominador común de estas teorías era que recurrían, de alguna manera, a un criterio de selección para limitar el análisis jurídico-penal a determinados tipos de causa[1384]. Así, se formularon distintas teorías sobre la causalidad que individualizaban alguna de las condiciones-causas, como fue el caso de la teoría de la causa eficaz, la causa promotora, la causa directa, la causa adecuada, la causa inmediata, entre otras.[1385] Posiblemente la teoría individualizadora que mayor reconocimiento tuvo fue la teoría de la causa adecuada, la cual fue elaborada por VON KRIES. Conforme a esta teoría, sólo es causa en sentido jurídico-penal una conducta que posee una tendencia a provocar un resultado típico, mientras que las otras condiciones son jurídicamente irrelevantes[1386]. Esta teoría permite excluir como causas, por ejemplo, los cursos causales inusuales y la extensión *ad infinitum* del curso causal que sí admitía, por el contrario, la teoría de la equivalencia de condiciones[1387].

[1381] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 9.
[1382] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 12.
[1383] Vid., PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 26.
[1384] En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L10/36.
[1385] Vid., una amplia exposición de las distintas teorías sobre el nexo causa en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, p. 434 y ss.
[1386] Vid., VON KRIES, *Principien des Wahrscheinlichkeitsrechnung*, p. 75 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 9 (1889), p. 528. Debe destacarse que von Kries no era jurista, sino médico.
[1387] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 31.

Pese a la mayor capacidad de resolución de la teoría de la causa adecuada, queda claro que no se trata más de una teoría causal, sino de una teoría jurídica[1388], pues no establecía cuándo algo es causal del resultado, sino qué condición es la jurídicamente relevante. No se trata de determinar simplemente que el agente realizó una condición del resultado, sino que la producción del resultado se le puede atribuir objetivamente. Precisamente desde esta lógica valorativa surgió el planteamiento de HONIG sobre la llamada "susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin" (*objetive Bezweckbarkeit*), en el sentido de una idea complementaria a la causalidad en los delitos de resultado[1389]. De la mano del famoso ejemplo del tío que en una tarde tormentosa envía a su sobrino rico por el bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo que efectivamente sucede, HONIG llegó a la conclusión de que el resultado lesivo no puede atribuirse a toda acción causal, sino solamente a aquellas acciones que pueden ser susceptibles objetivamente de producir el resultado acaecido. Con este planteamiento no se trataba de otra cosa que de una limitación valorativa a la relación de causalidad. Sobre la base de esta idea, comenzó a perfilarse la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha desplazado a las teorías de la causalidad en la determinación del vínculo objetivo entre la conducta y el resultado típico.

En cuanto al método de la supresión mental utilizado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, algunos autores, como SPENDEL,[1390] buscaron solucionar las deficiencias de dicho método, exigiendo que en la supresión mental sólo se tenga en cuenta las condiciones realmente concurrentes. Si bien este replanteamiento podía ayudar en el caso de la causalidad hipotética, no resolvía el problema en la causalidad alternativa, pues, en el ejemplo utilizado, el veneno de B realmente concurría[1391]. Por ello, el método de la supresión mental fue dejado de lado, asumiéndose otros criterios para la determinación de la causalidad natural entre acción y resultado. En la actualidad cuenta con cierto reconocimiento la formu-

[1388] De una causalidad normativamente entendida habla FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 31.

[1389] Vid., HONIG, *FS-Frank*, I, p. 174 y ss., quien se refirió también a los delitos de omisión y la utilización también aquí de la imputación del resultado (p. 189 y ss.). Actualmente se mantienen en el modelo de interpretación de la imputación objetiva de Honig, MAIWALD, *FS-Miyazawa*, p. 465 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 143 y ss., con el criterio de dominabilidad.

[1390] SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, p. 38.

[1391] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 13.

lación de Engisch sobre la condición conforme a leyes, la cual determina la concurrencia de la causalidad atendiendo a si a una *"conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta y entre sí en una secuencia; según una ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta que está delimitada como resultado conforme a la ley penal"*[1392]. Esta formulación ciertamente no ayuda a determinar la causalidad en los casos dudosos, pero no la enmascara, pues permite que en los supuestos de causalidad hipotética y alternativa se afirme la existencia de una relación de causalidad[1393].

La teoría de la condición conforme a leyes presentó, sin embargo, problemas al momento de determinar el resultado que debía ser explicado causalmente, pues si se definía de forma abstracta, la causalidad de la conducta típica no se podía afirmar en los casos de una causa sustitutiva que igualmente hubiese producido el resultado abstractamente considerado. Para graficar esta idea puede recurrirse al famoso caso del verdugo que en el último momento de la ejecución del condenado es desplazado por el padre de la víctima, quien activa la inyección letal. Si se pretende determinar la causalidad en relación con la muerte del condenado, entonces no podrá decirse que la acción del padre de la víctima fue causal, pues el resultado se abría igualmente producido. Pero si la pregunta se hace por la muerte provocada mediante el mecanismo letal activado por el padre, entonces no habrá duda de su causalidad. Esta situación ha llevado a que, de manera predominante, la doctrina penal alemana se decante por la determinación del nexo de causalidad del resultado *en su concreta configuración*[1394]. La relación de causalidad no se debe determinar en atención al resultado típico (la muerte del condenado), sino al resultado concretamente acaecido (la muerte de la víctima por la sustancia letal inoculada a través de la inyección). Algunos consideran poco útil hacer esta concreción del resultado[1395], mientras que otros discuten sobre cuáles son los criterios de selección de las circunstancias para concretar el resultado[1396].

[1392] Vid., el planteamiento de Engisch, *La causalidad*, p. 50.
[1393] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 14.
[1394] Vid., sobre una exposición crítica a esta doctrina de procedencia alemana, Pérez Barberá, *Causalidad, resultado y determinación*, p.29 y ss.
[1395] Así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 15.
[1396] Vid., Pérez Barberá, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 42 y ss.

Los correctivos que se han hecho a la visión naturalista de la causalidad han motivado que la tipicidad de la conducta no se reduzca a una verificación de datos empíricos, tal como en un principio fue postulada. La relevancia penal no viene dada por la constatación de modificaciones indeseadas en el mundo exterior, sino por la imputación a una persona de la realización de una conducta socialmente perturbadora[1397]. Para ordenar este proceso de determinación de la tipicidad objetiva de la conducta la doctrina penal ha desarrollado la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha empezado a ser asumida dominantemente por los tribunales penales[1398].

III. La imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva surgió como una teoría compuesta por tópicos en los que era necesario corregir con criterios normativos la determinación de la relación de causalidad[1399]. No obstante, esta teoría se ha ido extendiendo a todo el tipo objetivo, de manera tal que ha procedido a normativizar también la propia conducta típica y el resultado típico[1400]. Esta normativización de la parte objetiva del tipo ha determinado que la teoría de la imputación objetiva, formulada originariamente para los delitos activos dolosos de resultado, se haya ampliado a todas las formas de manifestación del delito. En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva es un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos de mera conducta y de resultado, de acción y de omisión, de peligro y de lesión, dolosos y culposos[1401]. De lo que se trata no es de constatar realidades empíricas, sino de imputar objetivamente a una persona un comportamiento socialmente intolerable y, dado el caso, un resultado socialmente desvalorado.

1. La fundamentación de la teoría de la imputación objetiva

Un sector de la doctrina penal, anclada en una visión causalista o finalista del delito, le niega utilidad a la teoría de la imputación objetiva, en tanto la función que se le atribuye en la teoría del delito puede ser per-

[1397] Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 73.
[1398] Vid., las referencias jurisprudenciales en VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 322 y ss.
[1399] Vid., así, ROXIN, *Problemas básicos*, p. 131 y ss., que lo lleva a su llamado principio del riesgo.
[1400] Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 74.
[1401] En este sentido, PUPPE, *La imputación*, p. 23; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 84 y s.

fectamente cubierta por otras categorías dogmáticas[1402]. Por ejemplo, los aún defensores de una comprensión causalista del delito sostienen que los problemas que aparentemente soluciona la teoría de la imputación objetiva pueden resolverse con los correctivos que ofrecen la causalidad[1403], la antijuridicidad o la culpabilidad (dolo y culpa)[1404]. Por su parte, los representantes de la escuela finalista muestran también su disconformidad con la creación de esta nueva categoría, en tanto, según su parecer, se trata de cuestiones que pueden solucionarse sin mayores complicaciones en la categoría de la acción[1405], en el dolo[1406] o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuridicidad[1407]. Incluso para los delitos culposos, en donde existe una clara similitud entre los criterios de la imputación objetiva y la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado, se ha considerado también superflua su utilización[1408]. En los últimos tiempos, un sector de la doctrina ha puesto en tela de juicio la utilidad dogmática de la teoría de la imputación objetiva, en la medida que entiende que un juicio sobre la base de un sujeto ficticio resulta un filtro no solamente superfluo, sino capaz de llevar a conclusiones inadecuadas[1409]. En este sentido, de lo que se trata no es de determinar objetivamente un riesgo "no permitido", sino de si el riesgo que ha producido el resultado fue reconocido como tal por el autor concreto y de esta manera poder imputarle el delito a título de dolo[1410].

Si a cada una de las referidas objeciones contra la imputación objetiva les asiste algo de razón, no vamos a resolverlo aquí[1411]. Para responder a este sector doctrinal crítico, basta remitirse básicamente a las razones que justifican la normativización de las categorías jurídico-penales y, dentro de esta tendencia, el desarrollo alcanzado por la teoría de la imputación obje-

---

[1402] Vid., en este sentido, la exposición que hace Frisch, *FS-Roxin*, p. 219 y ss.
[1403] Vid., así, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho penal español*, PG, p. 371 y ss.
[1404] Vid., así, Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 100.
[1405] En este sentido, Hirsch, *FS-Lenckner*, p. 133 y ss.
[1406] Vid.,en este sentido, Kaufmann, Armin, *FS-Jescheck*, I, p. 251; Morselli, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 402.
[1407] Vid., así Bustos Ramírez, *EPCr* XII, 1989, p. 105 y ss.
[1408] Vid., en este sentido, Küpper, *Grenzen*, p. 91 y ss.; Struensee, *GA* 1987, p. 97 y ss.
[1409] Así, Kindhäuser, *InDret* 4/2008, p. 15.
[1410] Con mayor detalle, Kindhäuser, *InDret* 4/2008, p. 25.
[1411] Vid., las razones para un abandono de la comprensión finalista de la tipicidad, así como las respuestas a las críticas procedentes del finalismo, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 81 y ss.; Cancio Meliá, *LH-Jakobs* (Perú), p. 252 y ss.

tiva[1412]. No obstante, la idea de la normativización de las categorías penales no goza de una unidad de pensamiento, sino que existen en la doctrina penal actual distintos pareceres sobre cómo debe emprenderse tal normativización y, por tanto, cómo debe configurarse la teoría de la imputación objetiva. Por esta razón, vamos a hacer a continuación una breve exposición de las propuestas más importantes de normativización de la parte objetiva de la tipicidad, lo que nos permitirá poner de manifiesto nuestro parecer sobre esta cuestión central de la teoría del delito.

A. La función de prevención general de la norma penal

Conforme a la línea de pensamiento desarrollada por ROXIN, a las normas penales (como amenaza penal) se les atribuye la función de prevención general para impedir la lesión de bienes jurídicos[1413]. En este sentido, la norma penal se configura como una norma de determinación que se dirige a la voluntad humana con la finalidad de decirle qué debe hacer o no hacer para evitar lesionar bienes jurídicos[1414]. Aquellas lesiones a bienes jurídicos que no pueden ser evitadas por la norma de determinación, no podrán ser sancionadas penalmente debido a la ausencia de un desvalor de la acción (infracción de una norma de determinación). No obstante, para ROXIN la norma penal constituye también una norma de valoración informada por consideraciones político-criminales, esto es, que la realización de un comportamiento prohibido debe producir además un resultado contrario al ordenamiento jurídico[1415]. Por esta razón, para determinar la conducta típica no basta un desvalor de la acción, sino que es necesario además un desvalor del resultado, pues si no existe una afectación de la paz jurídica, no habrá necesidad de reaccionar penalmente[1416].

En la concepción de ROXIN, la teoría de la imputación objetiva se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo[1417]. Su función consistirá, por tanto, en filtrar solamente aquellas conductas en las que la norma

---

[1412] Vid., en este sentido, FRISCH, *FS-Roxin*, pp. 221 y s., 226 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 43 y ss.
[1413] Vid. así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG§ 3, n.m. 36 y ss.
[1414] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.
[1415] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 93.
[1416] Vid. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 100.
[1417] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 55.

penal ha podido ejercer una función de prevención general[1418]. En este sentido, la imputación objetiva debe comprender, en un primer momento, todas las acciones que desde una perspectiva previa al hecho hubiesen podido evitarse de haberse observado la norma de conducta (como norma de determinación)[1419]. Pero la imputación objetiva debe además limitar la imputación a los casos en los que desde una perspectiva posterior al hecho siga siendo apropiada la norma de conducta para evitar la lesión del bien jurídico[1420], de manera que se excluyan los casos en los que el peligro jurídicamente desvalorado no se ha realizado en el resultado. Pese a la posibilidad de diferenciar estos dos planos en la explicación de la imputación objetiva, lo cierto es que para esta línea de interpretación se trata de dos aspectos que se encuentran necesariamente vinculados[1421].

B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva

Otro sector de la doctrina penal, representado sobre todo por FRISCH, parte de un concepto material de delito, según el cual delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena. La condición mínima del merecimiento y necesidad de pena es la realización de un injusto del que alguien resulte responsable, entendiéndose por injusto el desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento, es decir, la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos[1422]. Sin embargo, la realización de un injusto no es suficiente para justificar la pena. No todo injusto culpable resulta merecedor y necesitado de pena, sino que debe tratarse de un injusto cualificado. La cualificación del injusto depende de consideraciones de racionalidad y de justicia, e incluso, en algunos casos, de fórmulas de consenso[1423]. De esta manera, los criterios de merecimiento y necesidad de pena de un

---

[1418] Vid., así, la fundamentación de SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 423. Similarmente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, p. 292.

[1419] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p.424 y s., quien señala que por tratarse de normas de determinación o comportamiento, deben ser abarcados por el dolo y valer todos los conocimientos que posee el autor.

[1420] Vid., SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 426 y ss., que no se reduce a una simple vinculación causal, sino que debe determinarse conforme a finalidades político-criminales.

[1421] Vid. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 42; SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 423 y s.

[1422] Vid., FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (eds), p. 204 y ss.

[1423] Vid., con detalle, FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (eds), p. 200 y ss.

injusto culpable se constituyen como una categoría adicional de adecuación de la pena, a la que será necesario recurrir solamente si no puede ser alojada ya en el tipo[1424].

Las ideas anteriores se sitúan, sin duda, lejos de la teoría de la imputación penal, pero son aspectos previos necesarios para una comprensión integral del fenómeno penal[1425]. En el plano de la imputación propiamente, FRISCH comienza el análisis del tipo penal como el resultado de una ponderación general entre la restricción de la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos que permite determinar las conductas penalmente desaprobadas[1426]. Los elementos de esa ponderación general no forman parte de la tipicidad[1427], por lo que pueden presentarse casos concretos que pueden subsumirse en el tenor del tipo penal, pero que se mantienen dentro del ámbito de libertad general. Cuando esto sucede, la determinación del injusto típico no puede limitarse a la constatación de los elementos del tipo penal, sino que debe procederse a determinar si existe una conducta merecedora y necesitada de pena. A este proceder valorativo FRISCH denomina teoría de la "conducta típica"[1428], colocándola en el centro de su comprensión de la tipicidad[1429]. La determinación de la conducta típica se corresponde, de alguna manera, con el nivel de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de la teoría de la imputación objetiva defendida por la doctrina dominante, pero para FRISCH se trata de un aspecto independiente que no constituye un presupuesto de la imputación[1430]. La imputación objetiva se limita solamente a comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado creado por el autor[1431], siendo la causa de la inflación de los problemas enmarcados en esta teoría un planteamiento insuficiente de la teoría de la conducta típica[1432]. Las perspectivas de análisis en cada uno de estos aspectos del

---

[1424] Vid., FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (eds), p. 227 y ss.

[1425] Vid., así, ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, p. 81.

[1426] Vid., en este sentido, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 84; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 222 y s..

[1427] Vid., así, FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 65: "*Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución jurídica (...) con cuestiones relativas a la auténtica imputación*".

[1428] Vid. FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 82; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 102 y s.

[1429] Vid., FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

[1430] Vid., FRISCH, *FS-Roxin*, p. 232; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

[1431] Vid., FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 557 y ss.

[1432] Vid., FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 45 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 225; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 54 y ss.

tipo de los delitos de resultado son distintas: mientras en la conducta típica se realiza una determinación *ex ante*, en la realización del resultado tiene lugar una determinación *ex post*[1433].

C. La infracción de un rol como defraudación de la norma

La teoría de la imputación objetiva adquiere una configuración distinta en el planteamiento de Jakobs. Para este autor, el Derecho penal se encarga de devolver la vigencia a las expectativas sociales defraudadas[1434]. La defraudación de estas expectativas garantizadas jurídicamente sólo puede tener lugar por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta los distintos aspectos individuales del autor[1435]. La teoría de la imputación objetiva ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, esto es, cuándo se ha defraudado de manera objetiva una expectativa social institucionalizada o, lo que es lo mismo, una norma[1436]. Como puede apreciarse, la teoría de la imputación objetiva de Jakobs se deriva de la misión que le atribuye a la imputación jurídico-penal[1437].

El criterio que permite determinar objetivamente que se ha infringido una norma penal se encuentra en el desempeño incorrecto de un rol socialmente configurado[1438]. En este sentido, un hecho sólo podrá imputarse objetivamente a un ciudadano si constituye la infracción de un rol. Aquellos aspectos de la realidad que no forman parte del rol atribuido al ciudadano no podrán serle imputados, aun cuando éste haya podido fácticamente realizar estos aspectos o evitar su producción[1439]. Si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una parali-

---

[1433] Vid., Frisch, *Comportamiento típico*, p. 85 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 62.

[1434] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 11; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; Derksen, *Handeln*, p. 175 y s.; Pawlick, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s.; Müssig, *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

[1435] Vid., en este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 54.

[1436] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 97 y ss.

[1437] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 94.

[1438] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 97. Un aspecto importante en este punto es determinar si el término rol social se asume directamente del ámbito sociológico o si, por el contrario, se trata de roles jurídicamente definidos. El pensamiento de Jakobs parece apuntar actualmente a la segunda forma de percepción. Por el contrario, Müssig, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 209 y s., se muestra más vinculado al sentido sociológico del rol, como esquema de orientación de las personas.

[1439] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 102.

zación inmediata de la vida social[1440]. La imputación jurídico-penal requiere, por tanto, de una base social objetiva que permita descartar los hechos o resultados que no se pueden atribuir objetivamente.

D. Toma de posición

De las distintas líneas de interpretación de la imputación objetiva que hemos expuesto, consideramos que la que se basa en la infracción de roles se ajusta mejor a las necesidades punitivas del Derecho penal actual. Un hecho puede imputarse a un sujeto sólo si constituye la infracción de un rol social jurídicamente atribuido. Para precisar cuáles son las exigencias que se derivan del desempeño de un rol en la sociedad, debe recurrirse a las distintas normas formales e informales que regulan los distintos sectores sociales de actuación[1441]. En este sentido, lo determinante en la imputación objetiva es lo que el sujeto debe objetivamente evitar o, lo que es lo mismo, su competencia por el hecho. Lo subjetivo tiene importancia solamente como conocimiento de lo objetivamente relevante. El conocimiento subjetivo que va más allá de lo requerido en el contexto específico de actuación no debería, en principio, tener efecto alguno en la imputación penal[1442].

Si la imputación objetiva depende de los distintos roles asumidos[1443], habrá que precisar cuáles son esos roles. Como ya lo vimos de manera general, por un lado se encuentra el rol general de ciudadano[1444] y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes especiales en virtud de una concreta institución social[1445]. La infracción del rol no se produce del mismo modo en ambos casos. La imputación objetiva en los delitos de dominio (infracción del rol de ciudadano) sigue criterios de regulación distintos a los que rigen en los delitos de infracción de un deber (infracción de roles especiales). En lo que sigue, nos ocuparemos de exponer los contornos que asume una teoría de la imputación objetiva asentada en la defraudación de roles, distinguiendo precisamente la imputación objetiva en función de la diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber.

[1440] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.
[1441] Vid., JAKOBS, *PJ* 56, p. 136.
[1442] Vid., JAKOBS, *PJ* 56, p. 136.
[1443] Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211.
[1444] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 211 y s.
[1445] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 212 y s.

2. La imputación objetiva en los delitos de dominio

El rol general de ciudadano genera la obligación originaria[1446] de hacer uso de la libertad de organización sin perjudicar al resto[1447]. A esta libertad de organización le corresponde, como sinalagma lógico, una responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de la organización[1448]. No obstante, el hecho de que de la actuación de un ciudadano se deriven causalmente resultados lesivos para otros, no le genera aún responsabilidad penal[1449]. Solamente en caso que el ciudadano haya infringido su rol general de no hacer daño, podrá atribuírsele objetivamente el hecho y, dado el caso, una responsabilidad penal. Este proceso de determinación objetiva de la infracción del rol se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

A. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento en los delitos de dominio permite determinar si un comportamiento riesgoso pueda imputarse a una persona como infracción del rol general de ciudadano. Para llegar a establecer esto, debemos precisar cuándo una organización personal riesgosa sobrepasa los niveles de permisión establecidos por el ordenamiento jurídico. Una vez determinado un riesgo como penalmente relevante, habrá que responder a la cuestión de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo. En este punto, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima se erigen como instituciones imprescindibles. Finalmente, resulta pertinente precisar las distintas figuras típicas que pueden ser fundamentadas con la sola imputación del comportamiento, sin que sea necesario el segundo elemento de la imputación objetiva, es decir, la imputación del resultado.

a. La creación de un riesgo penalmente prohibido

Por pura lógica conceptual, los riesgos prohibidos son aquéllos que están fuera del ámbito cubierto por el riesgo permitido. Esta afirmación presupone que existen riesgos que no pueden dar lugar a responsabilidad

---

[1446] Sobre el origen filosófico de la obligación originaria, vid., la interesante exposición de Jakobs, *La imputación penal*, p. 7 y ss.

[1447] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 211.

[1448] Vid., Jakobs, en Estudios, p. 349.

[1449] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 212.

penal, en tanto están socialmente permitidos. El origen histórico del concepto de riesgo permitido se remonta a la época industrial en la que fue necesario, para no parar el progreso, permitir ciertas actividades explotativas a pesar de su peligrosidad[1450]. Así, pueden encontrarse ya en la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XIX referencias doctrinales a la problemática de acciones peligrosas, pero necesarias para el desarrollo de la sociedad. Sin entrar en las distintas soluciones dogmáticas que desde entonces se han ofrecido para resolver esta problemática[1451], la doctrina penal actualmente dominante vincula el concepto de riesgo permitido con la teoría de la imputación objetiva como la faceta negativa de la imputación del comportamiento (o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado)[1452]. Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina se muestra crítico frente a la posible utilidad dogmática del concepto de riesgo permitido[1453] o lo considera simplemente un concepto formal que sólo permite agrupar los distintos casos en los que se excluye el desvalor de acción[1454]. Otro sector, ubicado en una posición intermedia, limita la relevancia dogmática del concepto de riesgo permitido al ámbito de los delitos culposos[1455]. Pese a los argumentos esgrimidos por los detractores de la idea del riesgo permitido, consideramos que existen razones de fondo para aceptar su relevancia en la configuración de la imputación objetiva.

En nuestra comprensión de la imputación del comportamiento, el riesgo permitido constituye un importante criterio de determinación del carácter prohibido de la conducta realizada, pues no forma parte del rol general de ciudadano impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido[1456]. No obstante, no basta hacer la afirmación general de que no puede imputarse objetivamente riesgos permitidos, sino que se requiere concretar lo que califica un riesgo

---

[1450] Vid., con mayor detalle, REHBERG, *Zur Lehre*, p. 17; PREUSS, *Untersuchungen*, pp. 15, 32.

[1451] Vid., sobre esto, vid. la exposición de SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 30 y ss.

[1452] Vid., así, la indicación de PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 277; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 126. En el plano jurisprudencial vid., la sentencia de la Corte Suprema N° 1767-97 de doce de enero de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 120 y s.). Sobre este requisito de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana, vid., REYNA ALFARO, *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

[1453] Vid., KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko*, p. 28 y ss.; ROEDER, *Die Einhaltung*, p. 40; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 267 y ss.

[1454] Vid., en este sentido, MAIWALD, *FS-Jescheck*, I, p. 405 y ss.

[1455] Vid., así, KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 215 y ss.; BURKHARDT, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (eds.), p. 177, nota 95; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 211.

[1456] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 103.

como prohibido, para lo cual resulta determinante tener en cuenta la actual configuración de nuestra sociedad[1457]. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en los sectores sociales en los que actúa el ciudadano que realiza la conducta riesgosa[1458]. Veamos este proceso de manera más detenida.

Para determinar el carácter prohibido de un riesgo hay que tener en cuenta primeramente lo que establece el propio ordenamiento jurídico, pues normalmente en el Derecho positivo se precisan qué conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad[1459]. Esta prohibición puede tener lugar mediante normas jurídicas de carácter penal o extrapenal. En el primer caso se recurre, por lo general, a la técnica de tipificación propia de los delitos de peligro abstracto, mientras que en el segundo caso se utilizan normas o reglamentaciones administrativas que regulan determinadas actividades sectoriales riesgosas (p.e. el tráfico rodado)[1460]. No obstante, en el caso de simples contravenciones a la reglamentación administrativa la determinación del riesgo penalmente prohibido requiere además que estén presentes los restantes presupuestos exigidos por el tipo penal correspondiente[1461]. Así, puede ser que el tipo penal exija para la prohibición penal un elemento cualitativo adicional o una gravedad cuantitativa especial de la conducta riesgosa[1462]. Ejemplo del primer caso sería el medio fraudulento para que la falta de pago de los tributos se configure como una conducta típica de defraudación tributaria. Como supuesto del segundo caso podría mencionarse el delito de contrabando, en el cual se establece que el valor del objeto del delito supere las dos unidades impositivas tributarias para tener relevancia penal.

[1457] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 173; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 118 y s. En la doctrina nacional, Medina Frisancho, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 63.

[1458] Vid., con mayor detalle, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 124 y ss.

[1459] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 173; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 124.

[1460] Vid., la consideración también de las prohibiciones administrativas en estos casos, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 125.

[1461] En este sentido pueden tenerse en cuenta las apreciaciones realizadas por Paredes Castañón, *El riesgo permitido*, p. 505 y ss., en el sentido de que el nivel de riesgo permitido penalmente no debe coincidir necesariamente con el establecido administrativamente, sino que pueden establecerse niveles máximos de riesgo permitido mayores a los determinados administrativamente.

[1462] Vid., en referencia a la responsabilidad por el producto, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, pp.121 y ss., 197 y ss.

En ámbitos que están sujetos a conocimientos muy especializados y con un alto grado de dinamismo, la determinación del carácter prohibido del riesgo tiene lugar por lo general con base en normas[1463] o estándares técnicos que rigen en estos sectores específicos[1464]. Puede ser incluso que sea la propia regulación jurídica la que se remita expresamente a las normas técnicas del sector respectivo[1465]. Dentro de los estándares técnicos deben incluirse no sólo los métodos desarrollados por la técnica y la ciencia en la realización de determinada actividad industrial (por ejemplo, los estándares técnicos de los materiales de construcción o los estándares de seguridad en la fabricación de automóviles), sino también las diversas directivas técnicas desarrolladas al interior de una empresa (por ejemplo, las indicaciones a los instaladores en caso de empresas de gas urbano)[1466].

En la determinación del riesgo prohibido con base en estándares técnicos se discute especialmente si pueden utilizarse reglas técnicas que se muestran inadecuadas para el control de la actividad riesgosa. Si la inadecuación consiste en una exigencia excesiva sobre el agente para controlar el riesgo, el incumplimiento de las reglas en su parte de exceso no constituye un incremento del riesgo penalmente relevante, mientras el agente se haya mantenido en las reglas que se perciben como adecuadas[1467]. Más discutible se presenta el caso cuando el agente observa las reglas técnicas, pero éstas resultan inadecuadas para controlar el riesgo. Si al momento de actuar las reglas técnicas se muestran como reglas adecuadas para el control de los riesgos, no se habrá creado un riesgo prohibido[1468]. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su adecuación estaba ya cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un criterio que autorice

---

[1463] Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, MIR/LUZÓN (coords), p. 103; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 180; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 226 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 104, con base en un carácter indiciario.

[1464] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 126; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 258 y ss. Crítica frente a esta regulación (reglas especiales) para determinar el riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 105.

[1465] Vid., sobre esto, SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 187 y ss. Esta remisión resulta recomendable dado el carácter esencialmente técnico y dinámico de las reglas técnicas en sectores económicos. Vid., sobre esto, de manera general, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 122 y ss.

[1466] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 271.

[1467] Vid., así, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 126.

[1468] Vid., FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 126 y s.

la creación de un riesgo y, por tanto, puede dar a pie a una imputación del comportamiento.

Existen sectores de la vida que no cuentan con normas jurídicas o estándares técnicos, por lo que será necesario encontrar algún referente objetivo para poder determinar si el riesgo creado se encuentra penalmente prohibido o no. En estos casos, el estándar de actuación tendrá que determinarse mediante reglas de prudencia. En ámbitos de actuación que requieren un nivel de especialización, existen ciertas reglas del arte u oficio que deben seguirse para evitar generar peligros excesivos o incontrolables. Así, por ejemplo, la *lex artis* médica establece ciertas reglas de cuidado que todo médico debe observar, tales como el deber de contar las gasas utilizadas en una operación quirúrgica o excluir posibles reacciones alérgicas antes del suministro de determinados fármacos. Por el contrario, en ámbitos no especializados se debe seguir el criterio general del ciudadano prudente, desarrollado sobre todo en el ámbito del Derecho civil[1469]. De lo que se trata es de establecer hasta dónde habría llegado un ciudadano fiel al Derecho.

Un tema sumamente discutido es el tratamiento de las compensaciones de riesgo. Como se sabe, ciertas actividades riesgosas se permiten bajo la observancia de determinadas condiciones dirigidas a reducir el riesgo[1470]. La discusión se presenta cuando estas condiciones no se cumplen, pero se utilizan ciertas compensaciones que permiten reducir igualmente la peligrosidad de la actividad riesgosa. Para decidir si en estos casos la creación del riesgo sigue siendo prohibida, debe considerarse si las condiciones o requerimientos de seguridad están impuestos por normas jurídicas o solamente por normas técnicas. En el primer caso, las compensaciones del riesgo no tendrán ninguna relevancia para excluir la responsabilidad, mientras que si se trata sólo de normas técnicas los mecanismos de protección podrían reemplazarse sin problemas por otros nuevos igualmente o más efectivos[1471]. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia también frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores regulados. Considerar que una determinada

---

[1469] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 126 y ss.; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 181.

[1470] Vid., Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 102; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 231, con amplias referencias bibliográficas.

[1471] Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 128 y s. De una opinión distinta, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 108, nota al pie de página 8; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 247 y s.

reglamentación está desfasada y, por ello, estar autorizados a incumplirla, significa colocarnos en el papel de legisladores, lo cual en un sistema democrático no puede determinarse de manera individual.

b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido

Con base en los criterios acabados de desarrollar resulta posible determinar si una conducta riesgosa ha creado un riesgo penalmente prohibido. Por esta razón, no es necesario comprobar si, en el caso concreto, ha existido un interés preponderante sobre el riesgo generado por la conducta, pues la tipicidad de la conducta se establece en un plano abstracto. No obstante, para la imputación del comportamiento no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general permitida que establece el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por el riesgo prohibido creado con dicha conducta.

El hecho riesgoso se presenta, por lo general, en un contexto interactivo, por lo que la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente que nos aboquemos a resolver los problemas de delimitación de los ámbitos de competencia en caso de intervención de varios sujetos en el hecho delictivo. La competencia por el riesgo prohibido no necesariamente debe corresponderle al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido, sino que puede recaer también sobre terceros (principio de confianza y prohibición de regreso) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio[1472].

b.1) El principio de confianza

En sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás, el principio de confianza adquiere una especial relevancia[1473]. El fundamento

[1472] Vid., JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 14.

[1473] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 25; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 105; EL MISMO, en *Estudios*, p. 219; SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 19; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, p. 327.

de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho de ellos[1474]. Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido[1475] se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas[1476]. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias[1477], de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae[1478]. Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde con la que tiene lugar cuando se usa prestaciones ajenas en la división del trabajo[1479].

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes[1480]. Así, por ejemplo, el productor de determinados bienes que necesitan mantenerse refrigerados no responderá por el carácter nocivo del producto si la empresa distribuidora no observa, de manera dolosa o culposa, las reglas especiales de transporte y convierte el producto en peligroso para la salud de los consumidores[1481]. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida[1482]. En estos casos solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo

---

[1474] Vid., en este sentido, Schumann, *Handlungsunrecht*, pp. 6, 11; Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 105; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 290.

[1475] Consideran el principio de confianza una forma de riesgo permitido, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264; Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 77 y ss.

[1476] Vid., así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 51; El Mismo, en *Estudios*, p. 218. En el mismo sentido, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 294.

[1477] Por el contrario, Puppe, *La imputación del resultado*, p. 200, considera que el principio de confianza no forma parte de la imputación objetiva, sino que sirve solamente para determinar y delimitar los deberes de cuidado no establecidos positivamente.

[1478] En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 219.

[1479] Vid., en este sentido, Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 21.

[1480] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 105.

[1481] Vid., Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 235.

[1482] Vid., en concreto la relevancia del principio de confianza entre productores y comerciantes, Kuhlen, *Fragen*, p. 135; Hilgendorf, *Produzentenhaftung*, p. 160; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 162 y s.

la necesidad de cumplir con ciertas condiciones especiales en la transportación, lo cual, por otra parte, no será necesario en caso de productos que evidentemente requieren de tales condiciones (por ejemplo, el transporte refrigerado de productos marítimos o lácteos).

La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta en la etapa anterior[1483]. Así, por ejemplo, si el médico encargado de realizar una operación quirúrgica infecta al paciente con un instrumental quirúrgico que previamente debió ser esterilizado por la enfermera encargada, no podrá hacérsele penalmente competente por el riesgo que genera su actuación como médico, pues puede alegar legítimamente haber confiado en que la enfermera cumpliría con su parte del trabajo. El principio de confianza le autoriza a confiar en el cumplimiento adecuado de las labores asignadas a la enfermera.

El principio de confianza, como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres[1484]: a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa[1485]; y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes. Este último supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues se sustentaría en un conocimiento subjetivo. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino sólo con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a Derecho del comportamiento del otro.

[1483] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 106.

[1484] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 54 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 219 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 307 y ss.

[1485] SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 24, reconoce estos supuestos como propios de los casos de uso de prestaciones de terceros que lo diferencian precisamente de la confianza en el tráfico rodado.

b.2) La prohibición de regreso

Dejando de lado la discusión sobre si resulta correcto o no utilizar el término prohibición de regreso en estos casos, se trata de determinar aquí la responsabilidad de quien realiza un comportamiento estereotipado que favorece al hecho delictivo de otro[1486]. La doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho distintos criterios para sustentar la irresponsabilidad penal del autor del aporte. En un primer momento se discutió esta cuestión en atención al supuesto de una contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable (por ejemplo, la persona que deja su arma accesible y ésta es utilizada por otro para matar a la víctima)[1487]. Las razones que se ofrecieron en ese entonces para justificar la irresponsabilidad del contribuyente culposo fueron muy diversas: La negación de una relación de causalidad[1488], la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador)[1489] o la ausencia de una mediación de la voluntad[1490]. En la actual discusión doctrinal la cuestión de la prohibición de regreso se ha ubicado en el contexto de la imputación objetiva[1491], lo que ha motivado no sólo que se amplíen los supuestos comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución de este antiguo problema jurídico-penal.

En el panorama doctrinal actual la fundamentación de la prohibición de regreso acude a diversos criterios. Un sector de la doctrina considera que se trata de comportamientos socialmente adecuados y, por ello, no pueden dar lugar a una imputación objetiva[1492]. Otros autores recurren al viejo criterio de la previsibilidad objetiva utilizado por los defensores de la "teoría de la adecuación" y excluyen la responsabilidad en caso de intervenciones imprevisibles de terceros[1493]. Una referencia más objetiva la ofrecen aquéllos que sostienen que en los casos de prohibición de regre-

---

[1486] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 82.

[1487] Vid., en este sentido, la referencia de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 21; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 355 y s.

[1488] Vid., así, VON LISZT, *Lehrbuch*, 9. Aufl., p. 123.

[1489] Vid., en este sentido, HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1, p. 444 y s.; EXNER, *FS-Frank*, I, p. 569 y ss.

[1490] Vid., en este sentido, FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 15 y s.

[1491] Vid., así, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 179, 185; PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 211; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 368 y ss.

[1492] Vid., GALLAS, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 92.

[1493] Vid., así, BURGSTALLER, *FS-Jescheck*, I, p. 363 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 574. En España: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 532 y ss.

so no tiene lugar una "dominabilidad" o "controlabilidad" del hecho[1494]. Un sector importante de la doctrina justifica, con base en el principio de confianza, la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva[1495]. Finalmente, un sector, cada vez mayor, de la doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad, según el cual una persona no tiene que representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito que puede llevar a cabo el tercero[1496].

De los distintos criterios arriba mencionados, consideramos que el más adecuado para justificar la prohibición de regreso es el criterio de los ámbitos de responsabilidad. Como ya lo hemos precisado, la responsabilidad penal en los delitos de dominio se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otro. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta[1497]. En el caso de una organización conjunta, no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas[1498]. Este sentido objetivo lo suministran los esquemas sociales de interpretación del comportamiento como una perturbación social (subirse a un taxi no es socialmente entendido como un acto dirigido a cometer un delito de robo, a diferencia de lo que significa entrar en un banco con un arma desenfundada). Por el contrario, una actuación conforme con el estereotipo de conductas socialmente permitidas no podrá constituir una infracción del rol de ciudadano[1499]. El hecho de que el agente haya actuado con cierta previsión respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un eventual contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación[1500]. La imputación del comporta-

[1494] Vid., así, NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 428; OTTO, *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 52 y ss.

[1495] Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 347. Cercano a esta posición se muestra ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 187, al admitir una ausencia de pena en los casos de dolo eventual, invocando el principio de confianza. En España: CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 411; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 350.

[1496] Vid., con particularidades propias, JAKOBS, en *Estudios*, p. 261; SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 62; LESCH, *Das Problem*, p. 165; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 331. En España: FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p.389 y s.

[1497] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 148; LESCH, *Das Problem*, p. 271 y s.

[1498] Vid., así, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 152 y s.; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 300 y ss.

[1499] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107.

[1500] Vid., en este sentido, JAKOBS, *PJ* 59, p. 140 y ss. Por el contrario, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 434, parte en estos casos de una distinción entre actuación culposa y dolosa.

miento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable[1501], sino que es necesario que esta conducta constituya una infracción del rol general de ciudadano por la generación de un riesgo prohibido[1502]. Si no tiene lugar tal infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso[1503].

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización[1504]. Por ejemplo: No puede considerarse partícipe en el delito de falsificación de moneda al deudor que le paga la deuda al acreedor, quien adquiere con dicho dinero una maquina fotocopiadora que utiliza para falsificar los billetes. A los deudores no les asiste un deber de controlar que los acreedores hagan buen uso del dinero recibido de ellos. Una responsabilidad penal ni siquiera podrá plantearse en caso el acreedor haya revelado al deudor su designio delictivo[1505].

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito[1506]. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilateralmente[1507]. Por ejemplo, el asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, no podrá responder penalmente en el delito de defraudación tributaria de su cliente, si se ha limitado a dar a conocer las deficiencias de la regulación tributaria. Aun cuando el asesor conociese o sospechase de las intenciones de su cliente, no puede fundamentarse su responsabilidad

---

[1501] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 243.

[1502] Vid., en este sentido, Lesch, *Das Problem*, p. 283.

[1503] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 165.

[1504] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 59, Apdo 24, n.m. 16; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 156. En el mismo sentido, Roxin, *FS-Tröndle*, p. 191. Admite, sin embargo, excepciones en caso de manifestarse objetivamente una voluntad delictiva, Küpper, *GA* 1987, p. 402. Justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor, Rueda Martín, *La teoría*, p. 264 y ss.; La Misma, *Revista penal* 9 (2002), p. 126, nota 38.

[1505] Vid., de manera general, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 156.

[1506] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 17; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 156 y s.

[1507] Vid. Jakobs, en *Estudios*, p. 217.

penal en el hecho, pues su actuación se ha limitado a la de un asesor consultado. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor[1508], ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder[1509].

Resulta pertinente hacer la precisión de que la falta de competencia penal en virtud de la prohibición de regreso no tiene lugar frente a cualquier prestación estereotipada o profesional, pues esta irrelevancia objetiva presenta también ciertos límites normativos, mas allá de los cuales resulta posible una intervención delictiva. Para determinar estos límites, la doctrina penal ha propuesto, desde hace mucho, criterios de solución con base en distintos principios y fundamentos jurídicos[1510]. Como bien lo ha precisado FRISCH, el estado difuso de la discusión jurídico-penal sobre el tema en cuestión se debe no sólo a la insuficiencia legislativa para ofrecer criterios claros de solución, sino también a que el problema se ha pretendido resolver desde distintas categorías dogmáticas[1511]. En este sentido, antes de entrar en las particularidades de la propuesta de solución, resulta conveniente precisar la ubicación dogmática del problema.

Un sector de la doctrina penal intenta solucionar directamente el problema en el lado subjetivo del hecho, al considerar que las llamadas conductas neutrales del partícipe se prohíben cuando se trata de un ataque accesorio *doloso* al bien jurídico[1512]. A esta interpretación se le ha considerado poco convincente, sobre todo porque podría exigirse para el dolo no más que el conocimiento de la probabilidad del uso delictivo de su aporte, lo cual ampliaría de manera intolerable la responsabilidad penal por la realización de conductas normales de la vida diaria[1513]. Esta crítica parecería no alcanzar, por el contrario, a aquellos que fundamentan una responsabilidad penal sólo si existe un conocimiento seguro de la utilización delictiva

---

[1508] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 157; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 306.
[1509] Vid. JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 157 y s.
[1510] Una exposición del panorama sobre el tema, FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 539 y ss.
[1511] Vid., FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 541 y ss.
[1512] Vid., en este sentido, BECKEMPER, *Jura* 2001, p. 169; NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), pp. 533, 543 y s.
[1513] Así en concreto la crítica de WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), p. 428; EL MISMO, *NStZ* 2000, p. 170; FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 541 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 86.

de la conducta neutral[1514]. Pero, de cualquier forma, tal solución presenta ciertos cuestionamientos, pues permitiría sancionar penalmente supuestos dudosos de elevación dolosa del peligro causalmente producida, como, por ejemplo, el que contrata los servicios profesionales de una persona de la que sabe con seguridad que deja de pagar fraudulentamente sus impuestos[1515]. En este sentido, la doctrina penal mayoritaria considera que en estos casos no basta un conocimiento del aprovechamiento delictivo de su aportación, sino que es necesario ofrecer una restricción por encima de la sola vinculación causal conocida[1516].

En el plano causal se ha pretendido sustentar la prohibición de regreso basándose en la idea de las causas de reserva o en la causalidad hipotética. Este planteamiento parte de la idea de que no tiene sentido prohibir penalmente la realización de un aporte neutral si es que la negativa de dicho aportación no habría impedido que el autor recurra a otra persona capaz de ofrecer el mismo servicio sin revelar esta vez sus planes delictivos[1517]. Por eso, la prohibición de regreso no podría hacerse valer en los casos en los que no se puede acceder a una prestación similar. No obstante, los problemas de prueba y la diferencia de soluciones por datos simplemente accidentales del caso concreto que ofrece esta solución basada en consideraciones hipotéticas[1518], han llevado a que la doctrina penal mayoritaria busque actualmente fundamentar la limitación de la prohibición de regreso en un plano más allá que el causal, es decir, en la tipicidad objetiva de la conducta.

Para poder afirmar la tipicidad objetiva de una aportación neutral a la realización de un delito, se han ofrecido distintas perspectivas. Por un lado, se encuentran aquellos que sustentan la adecuación social de la conducta o su permisión en aspectos subjetivos[1519]. A este parecer puede reprochár-

---

[1514] Anteriormente, von Bar, *Gesetz und Schuld*, II, p. 693. En la actualidad defiende un parecer muy similar Otto, *FS-Lenckner*, p. 214; El Mismo, *JZ* 2001, pp. 441, 444. Críticamente sobre basar el carácter prohibido del riesgo solamente en subjetividades, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 304 y ss.

[1515] Considera estos supuestos como todavía penalmente irrelevantes, Roxin, *FS-Miyazawa*, p. 512. Críticamente ante esta fundamentación de la exclusión de la imputación, Rueda Martín, *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, nota 47, 130.

[1516] Vid., así, Wohlers, *NStZ* 2000, p. 172; Lesch, *JR* 2001, p. 386.

[1517] Vid., Löwe-Krahl, *Steuerhinterziehung*, p. 37.

[1518] Vid., de manera más amplia, la crítica de Pilz, *Beihilfe*, p. 146 y ss.

[1519] Vid., así, Amelung, *FS- Grünwald*, p. 22 y ss., que excluye solamente un dolo eventual general sobre la peligrosidad de la prestación profesional; Küpper, *GA* 1987, p. 401, quien considera solamente necesario que la voluntad de favorecer el delito sea objetivamente

sele, sin embargo, no hacer finalmente ninguna restricción objetiva de la conducta neutral, pues el sentido social del hecho queda supeditado al fuero interno del sujeto[1520]. Para evitar esta preponderancia de lo interno, se han propuesto teorías mixtas, es decir, aquéllas que determinan el desvalor de la conducta con base en criterios objetivos y subjetivos[1521]. No obstante, y reconociendo que en la conducta prohibida existen aspectos objetivos y subjetivos, una determinación simultánea de ambos aspectos resulta incompatible con una solución sistemática progresiva. Por esta razón, la doctrina penal dominante se ha esforzado por resolver en el propio plano objetivo los supuestos penalmente relevantes de conductas cotidianas recurriendo a diversos criterios normativos.

Los criterios ofrecidos por la doctrina penal para decidir la tipicidad objetiva de un aporte profesional o estereotipado son de distinto orden. Unos recurren a criterios cuantitativos como, por ejemplo, "*que el comportamiento del partícipe sea esencial para la realización del hecho principal*" [1522] o "*que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico*"[1523]. Otros recurren, más bien, a criterios cualitativos como "*la solidaridad con el autor*"[1524] o "*que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva*"[1525]. En una variante intermedia, algunos autores utilizan un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo[1526]. Como puede verse, existe una amplia paleta de alternativas que lleva a reducir sustancialmente la posibilidad de consenso en la solución del problema de los límites de la prohibición de regreso.

---

reconocible; RUEDA MARTÍN, *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, 135, resaltando la importancia de lo subjetivo para determinar la adecuación social de la conducta; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 55, en función de la seguridad sobre la futura comisión del delito.

[1520] Vid., sobre esto la acertada crítica de ROBLES PLANAS, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 370 y ss.

[1521] Vid., así, TAG, *JR* 1997, p. 56; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 98.

[1522] Vid., en este sentido, WEIGEND, *FS-Nishihara*, p. 208 y ss. En la misma línea se encuentra SAMSON/SCHILLHORN, *wistra* 2001, p. 5 con base en la idea de que el aporte haya sido útil para el hecho principal.

[1523] En este sentido, LÜDERSSEN, *FS-Grünwald*, p. 341.

[1524] Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 56 y ss.; SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 188 y ss.

[1525] En este sentido, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 300 y ss. (espec. p. 311 y s.); EL MISMO, *FS-Lüderssen*, p. 546, aunque no para todos los supuestos de acciones neutrales.

[1526] Vid., en este sentido, ROGAT, *Zurechnung*, p. 147 y ss.

La determinación de los límites de la prohibición de regreso requiere, a nuestro entender, tener en cuenta el fundamento por el cual una prestación profesional o estereotipada no alcanza relevancia penal, es decir, los ámbitos de responsabilidad. En este orden de ideas, el que realiza una conducta neutral no puede ser responsabilizado penalmente por la utilización de su aporte en ámbitos que no organiza o por los que no se encuentre *institucionalmente obligado. Hasta aquí no parece haber mayor discusión.* Sin embargo, el consenso doctrinal se rompe cuando el que lleva a cabo la conducta neutral cuenta con un conocimiento cierto del aprovechamiento delictivo de su comportamiento. En esencia, dos tesis se encuentran enfrentadas.

Un sector de la doctrina penal establece que si al agente le consta al momento de su prestación el futuro uso delictivo, será posible fundamentar su participación punible[1527]. Otro sector de la doctrina penal, por el contrario, vincula el criterio de determinación de la competencia penal por el aporte a un plano estrictamente objetivo, señalando que la conducta sólo dejará de ser neutral si se enmarca objetivamente en un contexto marcadamente delictivo[1528]. Para que la conducta del profesional sea punible, sus labores deben haber abandonado objetivamente el carácter de una prestación de servicios profesionales y constituir una adaptación de los conocimientos profesionales a la comisión de un hecho delictivo. Para explicarlo con un ejemplo: Una cosa es que el abogado tributarista consultado se limite a señalar qué hechos no se encuentran gravados con impuestos y otra muy distinta será si absuelve la consulta sobre la forma concreta de evadir el pago de determinado impuesto. En el primer caso, la conducta se mantiene objetivamente en el ámbito de las labores permitidas de asesoramiento jurídico-tributario, mientras que en el segundo caso el aporte entra en un contexto marcadamente delictivo de defraudación tributaria. Si el consultor pudo prever o incluso conocía la posterior utilización delictiva de su prestación, resultará penalmente irrelevante[1529].

[1527] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 28; El Mismo, *FS-Tröndle*, p. 190 y ss.

[1528] Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 164. Anteriormente Jakobs, en *Estudios*, p. 260, hizo referencia a los criterios de "la definición del comportamiento como parte un plan delictivo" y "la adaptación del comportamiento únicamente al plan de otro". Similarmente, Derksen, *Handeln*, p. 84; Lesch, *JR* 2001, p. 387; Pérez Manzano, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 831 y s.

[1529] Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 163; El Mismo, en *Estudios*, pp. 214, 235 y ss.; Jakobs, *RPDJP* 5 (2004), p. 229; Lesch, *JR* 2001, p. 387. En nuestro país del mismo parecer, Caro Jhon, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 356.

En principio, nos inclinamos por la solución objetiva del límite de las conductas neutrales. No obstante, hay que precisar cómo se configura el criterio objetivo del rol para determinar los ámbitos de responsabilidad. Como fue expuesto de manera general, la persona asume en sociedad dos tipos de rol jurídicamente relevantes. El rol de ciudadano y ciertos roles especiales. En el primer caso, al ciudadano le corresponde administrar libremente su propia actividad con el deber negativo de no lesionar a terceros. No hay, por tanto, en este ámbito de actuación un rol de médico, de abogado, de mozo, taxista etc.[1530], sino el rol general de cuidar que la actividad que uno realiza no afecte a terceras personas[1531]. La pregunta que surge en este contexto de ideas es si el rol general de ciudadano obliga a una persona, que tiene ciertos conocimientos especiales ajenos a su ámbito de actuación, a evitar lesionar a otro. Una respuesta general nos parece inapropiada, por lo que resulta necesario hacer ciertas distinciones fundamentales.

Existen actividades que implican la gestión de actividades objetivamente peligrosas (manejo de automóviles o maquinarias) y actividades que no se muestran objetivamente como peligrosas (venta de útiles escolares, panes, etc). Solamente en el primer caso, los conocimientos especiales adquieren relevancia objetiva en cuanto al cumplimiento del rol general de ciudadano, pues la asunción de la gestión de un riesgo implica necesariamente una obligación jurídica de evitar, con todos los conocimientos disponibles, que el riesgo se torne en lesivo[1532]. De otra forma, no se explicaría que el Derecho permita a los particulares la administración de bienes o la realización de actividades riesgosos. JAKOBS admite esta lógica al dar relevancia a los conocimientos especiales en el caso del manejo de riesgos especiales[1533]. Por el contrario, si la actividad se refiere a ámbitos que se muestran objetivamente como inócuos, los conocimientos especiales no podrán fundamentar una imputación objetiva del comportamiento delictivo.

Pese al criterio general que se acaba de formular, esta regla general se invierte en ciertos casos excepcionales, de manera tal que los conocimien-

---

[1530] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 239, nota 8.
[1531] Similarmente, PIÑA ROCHEFORT, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 53.
[1532] Vid., similarmente ROBLES PLANAS, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 399, respecto de los casos en los que el sujeto asume la gestión de ámbitos peligrosos.
[1533] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

tos especiales fundamentarían una responsabilidad penal en la gestión de riesgos socialmente inocuos, mientras que no lo podrían hacer a pesar de tratarse de la gestión de riesgos especiales. El primer caso se presenta cuando el actuante incorpora el conocimiento especial en el manejo del riesgo de su conducta, de manera tal que la conducta deja de ser inocua para convertirse en una gestión propia del riesgo[1534]. Por ejemplo, el autor sabe que hay una bomba en el avión que le recomienda abordar a la víctima. El segundo caso tiene lugar cuando el Estado asume la labor de determinar las competencias de conocimiento del agente en la administración y gestión de riesgos especiales –lo cual es muy usual en el ámbito de la economía. En este caso, si las competencias de conocimiento se regulan jurídicamente, los conocimientos especiales más allá de los requeridos jurídicamente no podrán fundamentar una imputación jurídico-penal[1535]. Recientemente Guillermo Bringas justifica adecuadamente esta solución en el sentido de que si el Estado decide centralizar los criterios de una correcta administración de riesgos especiales, este recorte de libertad tiene como contrapartida la limitación del propio Estado de no poder exigir conocimientos más allá de los que está obligado el sujeto por la reglamentación sectorial correspondiente[1536]. Así, por ejemplo, si la regulación administrativa de la actividad bancaria impone ciertas competencias de conocimiento a los funcionarios bancarios para impedir actos de lavado de activos, el conocimiento o sospecha de un funcionario más allá de lo exigido por las normas administrativas, no podrá fundamentar una responsabilidad penal. Los conocimientos especiales jurídicamente no relevantes no pueden sustentar en estos casos la imputación objetiva del comportamiento.

Conviene remarcar que, aun cuando se determine que el que realiza una prestación neutral se mantiene en el marco de lo socialmente adecuado, esta situación no anula otros deberes existentes que pueden dar pie a una responsabilidad penal. En este sentido, si al sujeto que presta un aporte socialmente aceptado le asiste alguna posición de garantía[1537]

[1534] Vid., así, Caro John, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 357.

[1535] En esta línea, Robles Planas, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 397, quien determina la conducta estándar con criterios jurídicos y extrajurídicos.

[1536] Vid., así, Guillermo Bringas, *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281.

[1537] Vid., así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 19; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 159 y s.; Frisch, *Comportamiento típico*, pp. 267 y ss., 374 y ss.; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 407 y ss.; Medina Frisancho, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 70.

o, mejor dicho, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial[1538], por ejemplo) o institucional (confianza especial, por ejemplo) o deberes de solidaridad mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia)[1539], entonces una responsabilidad penal podrá tener lugar en caso que esas competencias o deberes se infrinjan. El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante[1540].

b.3) El ámbito de competencia de la víctima

La figura de la víctima ha estado presente en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales del Derecho penal desde hace mucho tiempo[1541]. Si bien actualmente se habla de un "redescubrimiento de la víctima"[1542], lo cierto es que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse, más bien, como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima[1543]. En este sentido, son cada vez menos las fundamentaciones dogmáticas que ubican esta cuestión fuera del ámbito de la teoría de la imputación objetiva, como lo hicieron, por ejemplo, las que procuraron solucionarla en el ámbito subjetivo como un supuesto de falta de previsibilidad de la lesión por parte del autor[1544], las que se ubicaron en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la "media causación"[1545] o la teoría de la

---

[1538] Así se solucionarían los casos de un favorecimiento posterior al inicio del hecho delictivo. Vid. sobre estos casos, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164; WOHLERS, *NStZ* 2000, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 400 y s.

[1539] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 24, n.m. 20; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 160; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 276 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 402 y ss.

[1540] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216.

[1541] Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 109.

[1542] Se trata de un redescubrimiento de la víctima que se refleja en diversos sectores (Criminología, Política criminal, Derecho procesal penal, Derecho penal material). Sobre esto vid., NEUMANN, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 225 y ss.; DERKSEN, *Handeln*, p. 14 y ss.; CANCIO MELIÁ, *RPDJP* 1 (2000), p. 19 y ss.

[1543] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 109; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 325 y ss.

[1544] Vid., sobre esto, la completa exposición de CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 156 y ss. Vid., referencias jurisprudenciales en DERKSEN, *Handeln*, p. 22, nota 63. En la jurisprudencia peruana acude al criterio de la previsibilidad, la sentencia de la Sala Superior Penal, Exp. Nº 550-98 del 24 de abril de 1998 (BRAMONT-ARIAS TORRES, *Jurisprudencia en materia penal*, p. 59).

[1545] Vid., esta teoría en BINDING, *Normen* IV, p. 587 y ss.

concurrencia de culpas[1546], o las que consideraron que se trataba de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber objetivo de cuidado[1547]. No obstante, el consenso de la doctrina dominante alcanza sólo a la ubicación del problema de la conducta de la víctima al interior de la teoría de la imputación objetiva, pues sobre su concreta configuración dogmática reina todavía cierta polémica[1548]. Por nuestra parte, vamos a ocuparnos de desarrollar el instituto dogmático de la competencia de la víctima a partir de una teoría de la imputación objetiva basada en roles.

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha "actuado a propio riesgo" al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad[1549]. De estas dos posibles razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima[1550], ya que en el caso del infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a la víctima, sino que simplemente sobre ella debe pesar la desgracia. Una competencia de la víctima informada por el principio de autorresponsabilidad[1551], sólo podrá sostenerse en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo. Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: Por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación

---

[1546] Vid., Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa*, p. 321 y ss.

[1547] Vid., sobre esto, Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 21 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 166 y ss., con referencias.

[1548] Vid., en este sentido, Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 40 y ss.; Derksen, *Handeln*, p. 30 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 349 y ss.

[1549] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 109 y s. En la misma línea, Neumann, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 240 y s.

[1550] Utilizan el término competencia de la víctima, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 104; El Mismo, en *Estudios*, p. 359; Frisch, *NStZ* 1992, p. 5. Prefiere hablar de imputación a la víctima, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 327 y s.

[1551] Vid., sobre el principio de autorresponsabilidad vid., con diferentes matices, Frisch, *NStZ* 1992, p. 3; Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 79 y ss.; Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 19 y ss.; Freund, *Erfolgsdelikt*, p. 200; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 486 y ss. Sobre las distintas líneas de interpretación del principio de autorresponsabilidad y su personal interpretación vid., Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 299 y ss.

entre la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida[1552], sino que, por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección[1553], estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella[1554]. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotegerse[1555]. Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que le han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo. Por ejemplo, si una empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usa según las instrucciones anexadas[1556], los miembros de la empresa no responderán por el peligro generado por el uso incorrecto del producto[1557].

[1552] Utilizan esta diferenciación ROXIN, *FS-Gallas*, p. 249 y ss.; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 86 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*, p. 36.

[1553] Preferimos utilizar el término incumbencia (*Obliegenheit*) debido a que no se trata propiamente de deberes de la víctima, sino de criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia [DONATSCH, *SchwZStr* 105 (1888), p. 379]. Vid. sobre la inexistencia de deberes propiamente de la víctima, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, p. 641; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 348; DONATSCH, *SchwZStr* 105 (1888), p. 365 y s., respecto de la protección de los bienes personales; MEDINA FRISANCHO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 73.

[1554] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 111. Está claro que solamente podrá hablarse de incumbencias de autoprotección en la medida que la víctima sea un sujeto responsable (vid., así, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 172 y ss.).

[1555] En este sentido, admitimos la indicación de JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 111, que la infracción de las incumbencias es el reverso del quebrantamiento culposo del rol por parte del autor.

[1556] Sobre los deberes de información de los fabricantes sobre los potenciales peligros en el uso de los productos, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 218 y ss.

[1557] Vid., en el mismo sentido, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 105; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 147.

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima[1558], cuyo efecto exonerador de responsabilidad penal está previsto en el artículo 20 inciso 10 del CP. No obstante, actualmente se intenta dejar de lado este instituto jurídico-penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee[1559]. Por nuestra parte, consideramos que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía importantes ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entendérsele como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad[1560]. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal[1561], de manera que, en caso de realizarse el peligro, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que éste constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa. Ante esta afirmación cabe responder que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo, sino también objetivo, pues mientras la primera se refiere a conductas peligrosas potencialmente lesivas, el segundo está en relación directamente con conductas lesivas. Resulta lógico que a partir de esta distinción las consecuencias penales no necesariamente coincidan. Por ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquél que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de

---

[1558] Vid., Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 203; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 475. En la doctrina nacional, como causa de exclusión de la imputación objetiva, Villacencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 341; Pérez López, , en *Estudios críticos*, p. 148.

[1559] Vid., en este sentido, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 190; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 28 y s.

[1560] Se trata, por tanto, del dato objetivo de aceptación de una conducta peligrosa. Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 221. En el mismo sentido, aunque en un contexto más general, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 331.

[1561] Similarmente, Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 98 y s.

autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso[1562].

A través del consentimiento previo la víctima autoriza al autor la lesión de bienes jurídicos de carácter disponible[1563]. Sólo el titular del bien jurídico puede autorizar válidamente una injerencia sobre el mismo, siempre que se trate, claro está, de un bien jurídico disponible. No hay mayor discusión para negarle el carácter de disponible a los bienes jurídicos supraindividuales[1564], pero en relación con los bienes jurídicos existenciales como la vida o la integridad física el debate se ha encendido en los últimos tiempos a raíz de la llamada "muerte digna" y los trasplantes de órganos[1565]. Dado el reconocimiento de una dignidad humana absoluta indisponible, no es posible compatibilizar la dignidad con la muerte voluntaria. En cuanto a la disposición de la salud que no implica una eliminación de la existencia de la persona, resulta ciertamente posible ponderar la finalidad de esa disposición de cara a determinar su validez o no.

El consentimiento debe expresarse a través de una voluntad objetivada[1566] que ponga de manifiesto de forma expresa o concluyente la conformidad del titular con la afectación de su bien jurídico[1567]. La simple pasividad de la víctima es insuficiente[1568], así como tampoco cabe aceptar un consentimiento imprudente[1569]. Se admite además la posibilidad de un consentimiento presunto en los casos en los que si bien no se cuenta con el consentimiento dado por el titular del bien jurídico por estar ausente o inconsciente, es seguro que, de poder hacerlo, lo habría dado[1570]. La relevancia eximente del consentimiento de la víctima no debe entenderse, sin embargo, en un sentido absoluto, pues la competencia de la víctima decae en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que la víctima no es, o ya no es, una persona

[1562] Vid., en este sentido, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 155 y s.
[1563] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 111.
[1564] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 12, n.m. 1335.
[1565] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 192 y ss.; PÉREZ LÓPEZ, en *Estudios críticos*, p. 162.
[1566] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 115.
[1567] De una autorización expresa o tácita habla PÉREZ LÓPEZ, en *Estudios críticos*, p. 137.
[1568] Así, PÉREZ LÓPEZ, en *Estudios críticos*, p. 165.
[1569] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 129, aunque puede tratarse el caso como una actuación a propia riesgo, es decir, una infracción a las incumbencias de autoprotección.
[1570] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 345.

responsable[1571]. En unos casos puede ser que la víctima no cuente o pierda la facultad natural de discernir y, por lo tanto, de comprender la relevancia de sus actos, lo que afecta evidentemente su capacidad para consentir (el caso de los niños o los enfermos mentales)[1572]. En otros casos, puede ser que se trate de una persona con capacidad de consentir, pero la presencia de un vicio de la voluntad afecta la libertad del consentimiento (el error o la violencia)[1573] o la insuficiencia de la información suministrada no permite un consentimiento debidamente ponderado[1574].

Conviene dejar precisado que existen ciertos recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor[1575] (por ejemplo, el funcionario penitenciario que obliga al preso a dormir sin ropa, enfermándose éste gravemente o la persona que se aprovecha de una relación de superioridad para mantener relaciones sexuales que menores mayores de 14 años[1576]). Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima[1577] derivados de un rol especial del autor que mantiene su competencia por el hecho, aun cuando la víctima actúe a propio riesgo (por ejemplo, el padre no puede dejar que el hijo menor de edad se suba a las barandas del balcón).

c. *Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento*

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar por sí sola la realización objetiva de determinadas figuras típicas, concretamente los delitos de mera conducta,

---

[1571] Vid., en este sentido, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 188.; Armaza Galdós, *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss. Considera que incluso situaciones de déficit relativo fundamentan la autorresponsabilidad, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 487.

[1572] Vid., Pérez López, en *Estudios críticos*, p. 162.

[1573] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, 7, n.m. 116 y ss., con diversos matices.

[1574] Sobre el consentimiento informado en ámbitos especiales como el tratamiento médico, Reátegui Sánchez, *Derecho Penal*, PG, p. 203 y ss.

[1575] Vid., Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 347 y ss. Como lo señala Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 456, existe en estos casos una orientación a los supuestos de autoría mediata.

[1576] Así el muy interesante desarrollo hecho por Rosillo Sánchez, en *Estudios críticos*, p. 368 y ss.

[1577] Vid., Frisch, *Comportamiento típico*, p. 194 y ss.; Puppe, *La imputación del resultado*, p. 237 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 355; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 51 y s.

los delitos de peligro abstracto, la tentativa en los delitos de resultado y los delitos de emprendimiento. En estos casos, no se requiere de una imputación objetiva del resultado para fundamentar la imposición de una pena. Sin embargo, la verificación de un resultado objetivamente imputable puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal, o sea, que, por ejemplo, el delito de peligro cede ante la presencia de un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado.

c.1) Los delitos de mera conducta

Los delitos de mera conducta se oponen a los delitos de resultado, en tanto no exigen para su consumación un resultado diferenciable espacio-temporalmente de la conducta[1578]. En este sentido, lo que caracteriza a esta figura delictiva es la ausencia de un resultado típico diferenciado de la acción. Pero debe quedar claro que no es que en los delitos de mera conducta falte un desvalor de resultado[1579] y que, por lo tanto, se trata de delitos formales carentes de lesividad. Estos delitos cuentan con un desvalor de resultado, pero con la particularidad de que el resultado se da con la acción misma, no siendo posible separarlos en el análisis del tipo penal objetivo. A partir de esta idea, se han diferenciado los delitos de mera conducta de peligro (concreto o abstracto) y los delitos de mera conducta de lesión[1580].

Si bien todos los delitos (incluida la tentativa) son normativamente de resultado, al producir la defraudación de expectativas normativas de conducta esenciales, desde el punto de vista de los criterios de la imputación objetiva los hechos delictivos presentan ciertas diferencias estructurales en atención a si requieren de un resultado diferenciable de la conducta[1581]. Los delitos de mera conducta se caracterizan por no tener un resultado diferenciado de la conducta típica, de manera que el juicio de imputación objetiva se centrará en dicha conducta sin que sea necesario vincularla objetivamente a un resultado concreto[1582]. El comportamiento se imputará al autor con la sola ejecución de un comportamiento típico, sin que sea

---

[1578] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 103.
[1579] En esta línea, ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 26 y s.
[1580] Vid., ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 27.
[1581] Por eso en la doctrina penal italiana se diferencia entre el resultado y el daño, como lo informa ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, p. 117 y ss.
[1582] En el mismo sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 103.

necesario un juicio sobre la realización de un resultado diferenciable[1583]. Por ejemplo, la imputación objetiva del delito de violación de domicilio del artículo 159 del CP se lleva a cabo con atribuir a una persona el haber entrado en el domicilio ajeno sin la voluntad del titular sin que sea necesario vincular a esta conducta un resultado lesivo diferenciado.

c.2) Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente[1584]. Por ejemplo, el delito de tenencia ilegal de armas del artículo 279 del CP. Para poder decidir cuándo tiene lugar la peligrosidad que fundamenta la imputación del comportamiento, resulta necesario precisar primeramente qué se entiende por peligro. La discusión doctrinal sobre el concepto de peligro se centró al inicio en su naturaleza. Mientras que la tesis objetiva definió el peligro como un hecho real, la tesis subjetivista lo consideró una representación del observador[1585]. En la discusión actual, KINDHÄUSER se ha encargado de mostrar lo incorrecto de los planteamientos antes mencionados, al señalar que el peligro no es un juicio teórico, sino un juicio práctico, es decir, que no se trata de un juicio sobre un hecho puro, sino de un juicio normativo sobre las posibilidades de existencia de un bien[1586]. En este sentido, la tarea principal en el ámbito de la imputación objetiva consiste en precisar los criterios normativos para poder afirmar la peligrosidad de la conducta.

[1583] Esta falta de necesidad no implica inexistencia de castigo por tentativa, pues en estos delitos podría fundamentarse una sanción en grado de tentativa inacabada por la realización incompleta de la conducta típica. Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 124 y s.

[1584] Vid., ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 24 y ss.

[1585] Vid., sobre estos dos criterios de definición del peligro, con referencias bibliográficas, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 198; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 267 y s.

[1586] Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268. Sobre la diferencia entre juicio teórico y juicio práctico, KINDHÄUSER, *Jura* 1984, p. 468. Un concepto normativo (valorativo) de peligro defienden, ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro*, pp. 34, 104 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 306; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 37 y s.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 45 y ss.; CEREZO MIR, *RDPC* 10 (2002), p. 52; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 465; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 18, n.m. 2038. Defiende, por el contrario, el concepto de peligro como un concepto teórico, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 163, nota 22.

La peligrosidad de una conducta que fundamenta el injusto penal en los delitos de peligro abstracto consiste en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. En estos delitos no interesa precisar si existe un peligro de lesión respecto de un objeto concreto, sino que esta conducta *per se* constituye una perturbación social por la peligrosidad ordinaria de tal conducta, o más exactamente, por el cuestionamiento a la identidad normativa de la sociedad que produce[1587]. Este cuestionamiento al orden normativo de la sociedad tiene lugar cuando el autor se organiza objetivamente de forma insegura, sin interesar si se ha afectado o no un objeto material. De lo que se trata es de enjuiciar de forma objetiva si la conducta del autor implica una falta de control o dominio de la propia esfera de organización que configura socialmente una situación de inseguridad para el disfrute racional de los bienes jurídicos[1588]. Con base en estas ideas, puede concluirse que la fundamentación de la imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto requiere solamente una imputación del comportamiento en el sentido de organización peligrosa insegura.

En los diversos delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta puede alcanzar un mayor grado de concreción sin llegar propiamente al peligro concreto[1589]. En este sentido, la configuración de la imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto puede presentar ciertas particularidades en función de la peligrosidad de la conducta. Es así que tienen lugar diversas formas especiales de delitos de peligro abstracto, siendo las más reconocidas en la doctrina penal las siguientes:

c.2.1) Delitos de peligro abstracto-concreto

Los delitos de peligro abstracto-concreto son aquéllos que sancionan conductas en las que falta una lesión o una puesta en peligro porque ningún objeto de ataque se encuentra en el ámbito de actuación del autor[1590]. La peligrosidad en estos delitos se manifiesta en la falta de dominio o incontrolabilidad del autor sobre la peligrosidad de la conducta, así como en la falta de competencia de otra persona por el dominio de los posibles

[1587] Vid., en el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 308 y s.
[1588] Vid., en este sentido, la propuesta de FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 335 y s.
[1589] Vid., así, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 315.
[1590] Vid., WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 311. Vid., sobre esta forma delictiva, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 52.

riesgos derivados[1591]. No obstante, la imputación objetiva en estos delitos requiere solamente una imputación del comportamiento peligroso, pero no un resultado concreto de peligro o daño. Se necesita únicamente que la conducta haya sido capaz de producir en las circunstancias específicas un resultado de lesión o de peligro penalmente desvalorado, sin determinar si en el caso específico realmente existió. Un ejemplo de delito de peligro abstracto-concreto es el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas del artículo 274 del CP.

c.2.2) Delitos de preparación

En principio, los actos preparatorios no se encuentran dentro del ámbito de lo punible, en tanto se les considera socialmente irrelevantes. No obstante, puede que, en determinados casos, la preparación de un hecho delictivo se muestre ya como una arrogación de un ámbito ajeno de organización y, por tanto, como penalmente relevante[1592]. Un sector de la doctrina penal recurre a la idea del peligro de bienes jurídicos para justificar la penalización de ciertas conductas de preparación[1593]. Pero el recurso a esta idea no resulta plenamente convincente, ya que supondría fundamentar la punibilidad en un comportamiento sucesivo de carácter delictivo que todavía no tiene lugar, lo que implicaría entrar en la esfera interna del ciudadano y abandonar el principio del hecho[1594]. Por esta razón algunos autores han propuesto poner el acento en una intensificación del lado subjetivo, al fundamentar el castigo de la preparación en la intención de dominar el contexto de peligrosidad de una lesión posterior del bien jurídico[1595]. Este razonamiento, sin embargo, parece sustentar el injusto del delito de preparación en un desvalor de la intención, lo que, a nuestro entender, no puede dar lugar a un juicio objetivo de antijuridicidad.

En consonancia con la comprensión que hemos asumido de la lesividad penal, el fundamento del castigo en los delitos de preparación debe encontrarse en el significado social que tienen las conductas tipificadas como,

---

[1591] Vid., WOHLERS, *Deliktsytypen*, p. 314.

[1592] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 305. Similarmente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 336 y s.

[1593] Así, por ejemplo, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 152; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 283; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 702 y s.

[1594] Vid., en este sentido, la crítica de JAKOBS, en *Estudios*, p. 310 y ss.

[1595] Así, PUSCHKE, *InDret* 4/2010, p. 6.

en sí mismas, perturbadoras[1596]. En este orden de ideas, el castigo de ciertas conductas, como delitos de preparación, se debe a la perturbación social que provocan por la incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que pueden derivarse de las mismas, así como de la especial importancia social de la expectativa en cuestión[1597]. Un delito de preparación sería, por ejemplo, el delito de tráfico de precursores en materia de drogas del artículo 296B del CP.

c.2.3) Delitos de acumulación

Una especial discusión ha despertado en el ámbito de los delitos medioambientales la formulación de KUHLEN sobre los delitos de acumulación. Este autor parte de la imposibilidad de calificar algunos ilícitos medioambientales como delitos de peligro o como delitos de lesión, pues su lógica no se encuentra en un daño directo al medio ambiente, sino en un daño configurado cumulativamente. Estos delitos de acumulación sancionan acciones individuales que, por sí mismas, no pueden lesionar ni poner en peligro el medio ambiente, pero que vistas en conjunto con otras posibles infracciones sí pueden generar tal peligro o lesión[1598]. El recurso a esta forma de tipificación estaría justificado en la necesidad de prohibir acciones de desprecio al medio ambiente que dejan su cuidado al comportamiento de los otros ciudadanos. El desvalor de estos delitos no se encontraría en la contribución cumulativa, sino en el fenómeno colectivo de destrucción del medio ambiente.

La legitimidad de los delitos de acumulación ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad[1599]. Para evitar este reproche WOHLERS recurre a la idea de FEINBERG del rechazo a la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), lo que permitiría fundamentar el castigo de la afectación no consentida de concretos intereses personales de otros[1600]. A partir de esta fundamenta-

---

[1596] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 311.

[1597] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 312.

[1598] Vid., KUHLEN, *GA* 1986, p. 399 y ss.

[1599] Vid., así, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319. En el mismo sentido, HEFENDEHL, *RECPC*, 04-14 (2002), p. 10 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *RECPC* 04-08 (2002), punto IV, resaltando que en la actual configuración del sistema de imputación jurídico-penal la fundamentación de los delitos de acumulación no resulta posible.

[1600] Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319 y ss. De acuerdo con la legitimidad de los delitos de acumulación, GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 387; MARTÍNEZ-

ción de los delitos de acumulación, la discusión se trasladaría a la selección de las normas de conducta que pretenden concretamente penalizarse. Para decidir esta cuestión resulta necesario que se cumpla con dos requisitos: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico mínimo[1601]. Si estos aspectos se encuentran presentes, podrá admitirse legítimamente la tipificación como un delito de acumulación.

En cuanto a la configuración de la imputación objetiva de los delitos de acumulación, debe señalarse que éstos siguen la regla general establecida para los delitos de peligro abstracto[1602], es decir, que no es necesario un resultado de peligro o de lesión, sino solamente la imputación del comportamiento. Un ejemplo de delito de acumulación lo constituye el delito urbanístico tipificado en el artículo 311 del CP, en donde se sanciona el simple uso con fines urbanísticos de terrenos agrícolas sin requerir una puesta en peligro o una lesión al medio ambiente[1603]. La razón de la imputación se encontraría en la representación hipotética de muchas infracciones a las normas urbanísticas.

c.3) La tentativa en los delitos de resultado

En los delitos dolosos de resultado, la punición de la tentativa requiere poder atribuir al ciudadano la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento del deber negativo que se deriva de su libertad de organización[1604]. Sin esa infracción objetiva del deber, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa[1605]. En cuanto al tipo objetivo, la ten-

---

Bujáν Pérez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 412 y s. En contra de los delitos de acumulación Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 144 y ss., por tratarse de una insoportable instrumentalización del Derecho penal para fines socio-pedagógicos; Silva Sánchez, *La expansión*, p. 134 y ss.; Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 68, nota 62.

[1601] Vid., detenidamente, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 322 y ss.

[1602] Vid., en este sentido, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 309 y s. Por su parte, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 243 y s., considera que estos delitos son delitos de peligro potencial. Como un delito en el marco de bienes jurídicos institucionales, Alcácer Guirao, *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

[1603] Vid., la sentencia de la Corte Superior del Cono Norte de Lima Exp. Nº 2987-97 del 3 de abril de 1998 (Academia de la Magistratura, *Serie de jurisprudencia* 4, p. 385 y s.).

[1604] Vid., en este sentido, Vehling, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.

[1605] Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 304; Frisch, *Comportamiento típico*, p. 61.

tativa requiere de una imputación del comportamiento y la ausencia de la realización del riesgo prohibido en el resultado considerado por el tipo penal correspondiente[1606]. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será consumido por el castigo del delito consumado. No obstante, parece también posible que la tentativa haya generado sólo un resultado de peligro concreto en un delito de lesión, de manera que esta concreción del riesgo podrá tenerse en cuenta en la individualización de la pena por tentativa, pero no podrá hablarse propiamente de un delito de lesión consumado.

c.4) Delitos de emprendimiento

Una imputación del comportamiento resulta igualmente suficiente para los delitos de emprendimiento, en los que el tipo penal equipara la tentativa con la consumación[1607]. En este sentido, para afirmar la imputación objetiva no se requiere de una vinculación normativa con un resultado, sino de la sola infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. Un ejemplo de delito de emprendimiento en nuestra legislación penal constituye el artículo 241, inciso 2 del CP que sanciona por fraude en remates, licitaciones y concursos públicos al que intente alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio[1608]. El efectivo alejamiento del resto de postores del concurso no constituye un elemento del tipo, por lo que el delito se consumará con la simple realización de acciones dirigidas a ello (imputación del comportamiento)[1609].

[1606] En el mismo sentido, pero con referencia a la llamada teoría del comportamiento típico, equivalente a la imputación del comportamiento, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 60 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 10; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 496. Ya en 1984, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1984, p. 368 y s., expresaba esta misma idea con la creación de un riesgo típicamente relevante.

[1607] Vid., sobre las particularidades de los delitos de emprendimiento, BURKHARDT, *JZ* 1971, p. 353; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 125 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 5; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 67; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 697 y s., como una clase de los delitos de tentativa.

[1608] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 124.

[1609] Hay que precisar que en la doctrina penal se califica a estos supuestos como delitos de emprendimiento impropios debido a que la acción típica requiere solamente una acción dirigida a un resultado, pero no la obtención del mismo. Vid., sobre los delitos de emprendimiento impropios, BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 132 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 7; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 700.

B. La imputación del resultado

En los delitos de resultado, el tipo objetivo requiere, además de la imputación del comportamiento, la producción del resultado típicamente establecido. Sin embargo, no basta que a la conducta penalmente relevante le suceda el resultado típico para poder hablar de un delito de resultado consumado, sino que resulta necesaria la existencia de una vinculación objetiva que explique que el resultado es consecuencia de la conducta típica[1610]. Por mucho tiempo, se entendió que esta vinculación objetiva estaba constituida por una relación de causalidad, por lo que la tipicidad se afirmaba simplemente con acreditar un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado típico. Esta idea se encuentra en la actualidad ampliamente superada.

El hecho de que la causalidad no sea un tema indiscutido en las propias ciencias naturales, hace que no pueda ser trasladada tal cual al ámbito jurídico-penal. En este sentido, la determinación de la causalidad no es un trabajo de científicos naturales al que recurren los juristas, sino que es un trabajo jurídico que se sostiene ciertamente en ciertos resultados de las ciencias naturales. Por otra parte, queda claro que la causalidad no es un criterio de vinculación objetiva con el resultado que esté presente en todas las formas de aparición de los delitos de resultado. En el caso de omisiones vinculadas a un resultado (por ejemplo, la muerte del niño recién nacido por omisión de la madre de darle alimento), no es posible hallar una relación de causalidad natural. La causalidad hipotética o jurídica alegada por algunos autores para vincular la omisión con el resultado no es propiamente una relación de causalidad. Lo mismo sucede en el caso de los delitos cuyo resultado es un peligro concreto, pues no es posible establecer un vínculo causal entre la conducta peligrosa y el resultado de peligro. En tanto el peligro es un concepto normativo y no una realidad empírica, no puede ser explicado en los términos naturalistas de la causalidad. Así las cosas, la relación de causalidad solamente podría ser un criterio de vinculación objetiva en el caso de los delitos activos de lesión, e incluso en dicho caso debe quedar claro que su determinación no es un trabajo descriptivo-experimental, sino comprensivo-valorativo.

[1610] Vid., en este sentido, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 541.

En la doctrina penal actual existe un amplio consenso al señalar que el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado, con base en criterios de valoración, como la consumación del comportamiento previamente imputado al autor[1611]. Se trata de lo que se ha venido a llamar como la imputación objetiva del resultado[1612]. En consecuencia, no hay que simplemente verificar una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado para poder considerar que el delito de resultado está consumado, sino el resultado debe ser considerado normativamente la realización del riesgo penalmente prohibido creado por el comportamiento del autor[1613]. Debe tenerse presente que en los delitos de resultado la imputación del comportamiento, como ya se vio, produce ya una defraudación de la norma y autoriza, por tanto, la imposición de una pena (en grado de tentativa). La consumación se presenta así como un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento[1614], por lo que el resultado no puede ser simplemente una consecuencia causal, sino una proyección de lo que hace prohibido el riesgo creado por la conducta del autor.

En lo que sigue, vamos a precisar primeramente cómo se establece el vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado típicamente relevante que permite tener por plenamente realizado el delito de resultado. De lo que se trata es de demostrar que no es posible sustentar esta vinculación objetiva únicamente en una relación de causalidad, sino que es necesario encontrar un criterio normativo que permita imputar objetivamente el resultado al comportamiento penalmente prohibido. Posteriormente se abordarán los supuestos problemáticos en los que un resultado puede ser explicado por diversos riesgos, ofreciéndose criterios para su solución. Finalmente, se hará una indicación de las figuras delictivas cuya realización típica requieren necesariamente de la imputación objetiva del resultado y las particularidades que adquiere en cada una de ellas.

[1611] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 174.

[1612] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 173 y s.

[1613] En este sentido, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 556 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 97 y s. En nuestros tribunales ya se empieza a aceptar esta idea [vid., ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.]

[1614] Vid., en este sentido, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 519. Similarmente, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 543 y ss., habla de un aumento del injusto por la producción del resultado.

a. *El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado*

La desmitificación del mundo moderno significó abandonar la comprensión de los sucesos acaecidos como aspectos que escapan al control de los hombres[1615]. El descubrimiento de las relaciones de causalidad trajo como consecuencia reconocerle al hombre una capacidad de manejar los sucesos y, por lo tanto, de poder responder objetivamente por los hechos causalmente producidos. Bajo esta lógica, los resultados lesivos dejaron de ser una especie de maldiciones de los dioses o un capricho del destino para convertirse en el resultado de una actuación causal controlable por el autor. En efecto, el conocimiento de las leyes causales que gobiernan el mundo natural permitió que se le pueda imputar objetivamente la producción de un resultado lesivo a quien manejó los factores causales de ese resultado. Al margen de lo objetivamente imputable solamente quedaría aquello que no es causalmente esperable de la actuación del sujeto. En una sociedad que no se rige ya por el destino, sino por la planificación, sólo podrá imputarse al comportamiento del autor un resultado con el que se le pueda vincular causalmente[1616].

Pese a las dudas que sobre la causalidad ha generado la física cuántica y la teoría de la relatividad de Einstein, queda claro que estos cuestionamientos no afectan el campo de actuación del mundo cotidiano, sino, más bien, el subatómico o de situaciones especiales en dimensiones cósmicas[1617]. Por ello, en las interrelaciones sociales la causalidad se mantiene sin mayor cuestionamiento como el dato explicativo de la producción de un resultado. La aceptación de la causalidad como el vínculo objetivo entre una conducta y un resultado, ha hecho que se erija igualmente como el vínculo objetivo penalmente relevante entre la conducta prohibida y el resultado lesivo. Pero, como ya se indicó, este parecer no se puede sostener respecto de todos los delitos de resultado (en concreto, la omisión impropia y los delitos de peligro concreto). La relación de causalidad solamente podría tenerse en cuenta en los delitos activos de lesión.

[1615] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 368.

[1616] Vid., este desarrollo argumental, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 180 y ss. Vid., igualmente, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 111.

[1617] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 3.

Sobre la base de lo anterior, la doctrina penal mayoritaria exige, cuando menos para los delitos activos de resultado, una relación de causalidad entre la conducta y el resultado[1618]. No obstante, reconoce que la imputación del resultado no se puede sustentar únicamente en la relación de causalidad, sino que la primera se construye sobre la segunda. A esta comprensión de la imputación penal CERLETTI le ha endilgado certeras críticas de carácter lógico, en el sentido de que la causalidad no es una categoría previa a la labor normativa, sino que resulta seleccionada por el penalista en atención a sus propios fines[1619]. No es que la imputación penal tenga que trabajar sobre una realidad causal neutra previamente dada, sino que la imputación penal decide, con base en la semántica social, vincularse a ciertas relaciones de causalidad.

Si la imputación jurídico-penal de un resultado a un comportamiento se remite a un juicio de causalidad, deberá precisarse además el criterio a utilizar para llevar a cabo la determinación de la relación de causalidad. Por lo general, se ha exigido niveles de certeza para poder vincular causalmente un resultado lesivo a la conducta del autor. Esta exigencia de certeza en la determinación de la causalidad tiene lugar tanto en la formulación general de la ley causal, como en la verificación de la relación de causalidad en el caso concreto.

En el caso de la formulación de la ley causal, la doctrina penal sostuvo que solamente podía afirmarse una relación de causalidad penalmente relevante si existía una ley causal indiscutida que establecía que la acción realizada era la causa del resultado producido[1620]. En consecuencia, si la ley causal utilizada para vincular la conducta con el resultado lesivo era discutible en la ciencia natural correspondiente, el axioma del *in dubio pro reo* obligaba a absolver de la imputación del resultado al autor de la conducta. Sin embargo, no hay que olvidarse que la limitación del conocimiento humano trae como consecuencia que no se conozca plenamente los factores causales de los sucesos producidos[1621], lo que significa que

---

[1618] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 41. La vinculación causal es exigida por FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 556., como condición necesaria. Igualmente, CORCOY BISADOLO, en *LH-Peña Cabrera*, p. 182 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 487.

[1619] Vid., con mayores referencias, CERLETTI, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 259 y ss.

[1620] Vid., KAUFMANN, Armin, *JZ* 1971, p. 572.

[1621] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 4, destaca que hasta ahora no se ha podido aclarar qué es lo que opera en la causalidad y cómo sucede.

las leyes causales propuestas por los científicos no son infalibles, ni tienen que gozar de un absoluto consenso en la ciencia natural correspondiente. Por ello, el juez penal puede realizar perfectamente un juicio de causalidad con una ley causal que no goce de absoluto consenso en la ciencia natural correspondiente, estándole prohibido únicamente apoyarse en leyes causales extravagantes o poco plausibles. El *in dubio pro reo* sólo se aplica cuando el juzgador no tiene la certeza de la relación de causalidad en el caso concreto.

En el plano de la determinación del concreto nexo causal se discute igualmente si la falta de convicción sobre la vinculación causal entre la acción y el resultado debe llevar a la absolución de la imputación penal o no. Un sector anclado en una visión causalista señala que solamente podría imputarse un resultado lesivo a una conducta si es que se ha determinado plenamente la relación de causalidad en el caso concreto. El problema de este planteamiento es que limitaría sustancialmente la imputación en aquellos casos en los que no es posible reproducir completamente las circunstancias de la acción o no puede experimentarse para verificar la relación de causalidad tal como sucede, por ejemplo, en los casos en los que se busca determinar la capacidad de ciertas sustancias para producir la muerte de personas[1622]. La imposibilidad de utilizar personas vivas para experimentar cómo reaccionarían frente a ciertas sustancias nocivas impide una determinación absolutamente cierta de la causalidad entre el consumo de las sustancias y la muerte acaecida de los consumidores. En estos casos, la determinación del vínculo objetivo entre acción y resultado solamente podrá tener lugar con base en leyes de probabilidad, por lo que habrá que precisar si en estos delitos es posible fundamentar la vinculación entre conducta y resultado con leyes de tales características[1623]. En nuestra opinión, la necesidad de resguardar penalmente la integridad de las personas en sectores tan dinámicos como la comercialización de productos o sustancias farmacéuticas obliga a tener que sustentar una impu-

---

[1622] Vid., sobre los problemas de la causalidad en la responsabilidad por el producto, Bock, *Produktkriminalität*, p. 59 y ss.; Schumann, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 202 y s.; Puppe, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 215 y ss.; Kuhlen, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 239 y ss.; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, pp. 87 y ss., 124 y ss.; Tiedemann, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 110 y ss.; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 57 y ss.

[1623] Reyes Alvarado, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 896, entiende que la comprensión de la causalidad ligada a la noción de certeza ha cambiado por una explicación del resultado en términos de probabilidades.

tación penal con base en leyes de probabilidad. Como puede verse, la determinación de la concreta vinculación objetiva entre el comportamiento y el resultado requiere estar configurado normativamente también en los delitos activos de lesión.

De lo expuesto, es posible concluir que la vinculación objetiva entre el comportamiento penalmente prohibido y el resultado típico en ningún caso puede ser la simple constatación de una relación de causalidad, sino que siempre resulta necesaria una decisión valorativa, incluso cuando la imputación penal recurre a juicios de causalidad. Además de ello, queda claro que la imputación del resultado típico exige la determinación de un criterio objetivo de vinculación que no se quede en una simple relación de causalidad. En la doctrina penal se han ensayado diversas propuestas de determinación de este vínculo objetivo entre el comportamiento penalmente relevante y el resultado típico. En lo que sigue, nos ocuparemos de exponer las propuestas que han gozado de mayor aceptación, lo que nos permitirá tomar luego una determinada postura al respecto.

a.1) La teoría de la evitabilidad

La teoría de la evitabilidad tiene su origen en las llamadas consideraciones hipotéticas[1624]. En concreto, sucedía que la constatación de la relación de causalidad a través del método de la supresión mental presentaba resultados singulares en el caso de la llamada causalidad hipotética, pues la supresión mental de la conducta del autor no evitaba la aparición del resultado debido al comportamiento hipotético de otra persona[1625]. De esta manera, se concluía que una conducta, a pesar de ser causal del resultado, su no realización no habría evitado la aparición del resultado. En la actual discusión doctrinal, en donde la causalidad ha cedido su posición de privilegio a la relación de imputación, las consideraciones hipotéticas siguen considerándose relevantes para decidir la imputación objetiva del resultado. No obstante, el problema ha adquirido unos contornos distintos, pues la pregunta se centra ahora en el llamado comportamiento alternativo conforme a Derecho, es decir, en el hecho de si un comportamiento conforme a Derecho del autor hubiese podido evitar la producción del resultado[1626].

[1624] Vid., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 100.

[1625] Sobre esto, vid., SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 37 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 12 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch* AT, p. 281 y ss.

[1626] Vid., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 101.

La teoría de la evitabilidad sostiene que habrá que excluir la imputación objetiva del resultado, si un comportamiento alternativo arreglado a Derecho no habría evitado el resultado. Por ejemplo, si un conductor que no respeta la distancia de seguridad choca por detrás a otro auto, ocasionando lesiones a su ocupante, el resultado no le sería imputable si es que la observancia de la distancia de seguridad tampoco habría impedido la colisión con el desenlace mortal.

Dentro de la teoría de la evitabilidad se agrupan distintos puntos de vista que, pese a sus diferencias, coinciden en atribuir efectos exoneradores al hecho de que el resultado lesivo resulte inevitable porque igualmente habría tenido lugar con un comportamiento arreglado a Derecho del autor[1627]. Una de las primeras formulaciones en este sentido fue la llamada teoría de la probabilidad rayana en la certeza esbozada por el *Reichgericht* alemán en su famosa sentencia sobre el caso de los pelos de cabra (RGSt, 63, p. 211 y ss.). Se trató aquí de la imputación al empleador de las enfermedades respiratorias padecidas por los trabajadores que manipularon pelos de cabra para la fabricación de pinceles sin un proceso previo de desinfección, en donde se sostuvo que el cumplimiento del procedimiento de desinfección previsto no habría eliminado los bacilos que provocaron las dolencias respiratorias. Según el planteamiento desarrollado por el *Reichgericht* "*la causalidad del comportamiento del autor solamente podría excluirse si existe la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado lesivo habría aparecido también si el comportamiento culpable no le hubiese precedido*"[1628]. Esta formulación de la teoría de la evitabilidad, limitada en un principio a los delitos culposos, fue criticada por llevar a cabo una inversión infundada de la carga de la prueba, pues obligaba al inculpado a tener que demostrar que con seguridad el resultado lesivo también habría tenido lugar sin su actuación[1629].

Las críticas achacadas a la formulación original de la teoría de la evitabilidad provocaron que la jurisprudencia alemana empezara a exigir cada vez menos nivel de probabilidad para negar el vínculo de antijuridi-

---

[1627] Vid., en este sentido, Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 72.

[1628] RGSt, 63, p. 124. Vid., referencias a este criterio jurisprudencial, Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB* § 15, n.m. 178.

[1629] Vid., así, Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, pp. 74, 96; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 80.

cidad[1630], aunque debe señalarse que este cambio ha traído consigo mayores problemas aún. El relajamiento de los requisitos para negar el nexo de contrariedad del deber, unido a cierta indeterminación del comportamiento alternativo, ha llevado a que los tribunales tengan la posibilidad de manipular el principio de evitabilidad para sacarse de encima dificultades probatorias[1631]. La teoría de la evitabilidad en su actual configuración se ha convertido así en un método que facilita la argumentación de la decisión deseada por parte de los tribunales, en la medida que no señala la razón por la cual se niega la vinculación con el resultado si un comportamiento alternativo adecuado a Derecho no hubiese evitado la producción del resultado[1632].

a.2) La teoría del incremento del riesgo

En la línea de rechazar el amplio margen exoneratorio de la teoría de la evitabilidad se mueve la teoría del incremento del riesgo. Esta teoría, desarrollada inicialmente por ROXIN[1633] y que goza actualmente de amplio reconocimiento en la doctrina penal[1634], surgió a partir de un caso resuelto por los tribunales alemanes conocido como el caso del camión o del ciclista. Se trató de un atropello que se produjo por el adelantamiento estrecho de un camión a un ciclista, quien se encontraba en estado de ebriedad. La discusión se centró en el hecho hipotético de que si el camión hubiese adelantado al ciclista respetando la distancia reglamentaria, probablemente el ciclista igualmente habría caído en las ruedas del camión por su estado de ebriedad. Ante este caso, la tesis central de la teoría del incremento del riesgo fue que el resultado debía imputarse como realización del riesgo típico si la conducta generó un riesgo desaprobado, aunque no sea seguro que su ausencia no hubiese evitado el resultado[1635]. En este sentido, la imputación del resultado solamente podría excluirse en caso que un comportamiento alternativo adecuado a Derecho hubiese producido con seguridad el mis-

[1630] Vid., sobre esta evolución, ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 97; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB* § 15, n.m. 177 y s.

[1631] Vid., PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 119 y ss.

[1632] Vid., sobre esto, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 35.

[1633] Vid., ROXIN, *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss. (espec. p. 431 y s.); EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 72 y ss.

[1634] Vid., la propia referencia de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 74, nota 105.

[1635] En el caso de los delitos omisivos se ha formulado la teoría del incremento del riesgo como la omisión de emprender una acción con probabilidades de salvamento (vid., la referencia, SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 46 y s.).

mo resultado[1636]. No obstante, si la conducta alternativa hubiese evitado el resultado sólo con un cierto grado de probabilidad, entonces la imputación del mismo tendría aún que mantenerse.

Pese a los argumentos esgrimidos en favor de la teoría del incremento del riesgo[1637], un sector importante de la doctrina le ha dirigido certeras críticas[1638], las cuales en mayor o en menor medida pueden sintetizarse en el reproche de llevar a cabo una configuración excesivamente incriminadora de la imputación del resultado[1639]. La teoría del incremento del riesgo, al centrarse únicamente en la probabilidad generada por la conducta del autor y renunciar a una verificación de la relación de imputación con el resultado, no sólo daría lugar a una infracción al principio del *in dubio pro reo* en la determinación de la vinculación de la conducta con el resultado[1640], sino que convertiría también el resultado en una condición objetiva de punibilidad y, de esta manera, los delitos de lesión en delitos de peligro[1641]. Las ventajas de la teoría del incremento del riesgo frente a la discrecionalidad de la teoría de la evitabilidad se perderían finalmente por un excesivo aligeramiento de los requisitos de imputación del resultado.

a.3) La teoría del fin de protección de la norma

La teoría del fin de protección de la norma fue desarrollada en el Derecho penal por el Prof. español Enrique GIMBERNAT precisamente para solucionar la problemática de las conductas alternativas conforme a Derecho[1642]. La idea central de esta teoría es que la norma penal no pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente de algunos de ellos[1643]. La relación de imputación del resultado no se deter-

---

[1636] Vid, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 64, 72; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 334.

[1637] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 74 y ss.; PUPPE, *FS-Roxin*, p. 302 y s.

[1638] Vid., con mayor detalle, SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 46 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 587 y ss.; ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 129 y ss.; KORIATH, *Grundlagen*, p. 490 y ss.; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 192 y ss.

[1639] Vid., así, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 594 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 62 y ss.

[1640] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 195 y s.

[1641] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 99.

[1642] GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.; EL MISMO, *Delitos cualificados*, p. 140 y ss.

[1643] Críticamente frente a la teoría del fin de protección de la norma por difusa, inadecuada e incluso innecesaria, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 95 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 225.

mina, por tanto, con base en el hecho de si un comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiese podido evitar o no la producción del resultado, sino con base en el ámbito de protección de la norma[1644]. Si el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca impedir, entonces deberá afirmarse la relación de imputación, aunque cualquier otro comportamiento alternativo tampoco hubiese podido evitar su producción. Por ejemplo: El dependiente de una farmacia que vende un medicamento restringido sin pedir receta médica, responderá por esta venta ilegal aun cuando el comprador hubiese tenido una receta médica falsa en el bolsillo que habría llevado al dependiente igualmente a venderle el medicamento si es que le hubiese sido requerida al comprador. Por el contrario, si el resultado no forma parte de los resultados que la norma busca evitar, entonces su evitación en el caso concreto será no más que un reflejo de la protección y, por tanto, una casual capacidad de evitar el resultado lesivo que no puede fundamentar la relación de imputación objetiva. Por ejemplo: si el propietario de un restaurante hubiese cumplido con su deber de iluminación en la entrada, habría iluminado también la acera pública y habría evitado que el transeúnte se lesionara el pie al caer en un hueco.

a.4) Toma de posición

De los criterios normativos esbozados para establecer la relación de imputación entre el comportamiento prohibido y el resultado producido, nos inclinamos por la teoría del fin de protección de la norma. Debe quedar claro que esta teoría no ofrece un criterio que sustituya la relación de causalidad en los delitos activos de lesión, sino que se apoya en ella. Lo que hace este criterio normativo es establecer qué resultado causalmente vinculado al comportamiento prohibido puede imputársele objetivamente en función del criterio del fin de prohibición de la norma. En este sentido, no todo resultado producido causalmente por la conducta prohibida le resulta objetivamente imputable al autor de dicho comportamiento, sino solamente los que se corresponden con aquella clase de resultado que la norma que prohíbe el riesgo quiere evitar.

[1644] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 184 y s.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Omisión e imputación objetiva*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), p. 106 y s. Por el contrario, mantiene la necesidad de consideraciones hipotéticas, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 561 y s., nota 89.

b. *Las explicaciones alternativas del resultado*

Los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando el resultado puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. En estos casos, ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida. Se trata de las llamadas explicaciones alternativas del resultado, en donde el resultado acaecido puede ser reconducido a diversos riesgos. La discusión normativa se centra en establecer concretamente a qué conducta creadora de un riesgo prohibido debe atribuirse objetivamente el resultado producido. Para responder a esta cuestión conviene que diferenciemos nuestra exposición en función de las formas de aparición de los casos de explicaciones alternativas del resultado, esto es, como concurrencia de riesgos o como riesgos derivados.

b.1) *La concurrencia de riesgos*

La concurrencia de riesgos tiene lugar cuando el resultado puede explicarse con base en varios riesgos aparecidos en el mismo momento. Esta concurrencia de riesgos puede manifestarse de dos maneras: como riesgos concurrentes producidos por una misma conducta o como riesgos concurrentes producidos por varias conductas (incluida la de la propia víctima)[1645].

b.1.1) *Riesgos concurrentes de una sola conducta:* La aberratio ictus

El caso de riesgos concurrentes provenientes de una sola conducta presenta como supuesto problemático la llamada *aberratio ictus* o error en el golpe. Se trata de los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra determinado objeto, pero no consigue lesionarlo, realizándose el efecto lesivo en otro objeto[1646]. Se ha intentado solucionar doctrinalmente estos supuestos como un problema de objeto del dolo, pero se desconoce que primeramente resulta necesario decidir si puede imputarse objetivamente a la conducta del autor los resultados del fallo en el golpe[1647]. Si el riesgo concurrente que lesiona al otro objeto resulta im-

---

[1645] En el caso de un solo riesgo creado por varias personas, estaremos ante un caso de intervención delictiva.

[1646] Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, p. 347.

[1647] En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 67, destaca que el tema de la *aberratio ictus*, tratado tradicionalmente como supuesto de error, se trata actualmente en el marco de la imputación objetiva.

previsible, no podrá afirmarse una relación de imputación objetiva, pues el resultado no habría podido evitarse planificadamente[1648]. Si, por el contrario, se afirma la relación de imputación objetiva por existir una previsibilidad objetiva, habrá que precisar recién si cabe una imputación subjetiva a título de dolo o culpa. La *aberratio ictus* se presenta cuando el resultado realizado puede imputarse subjetivamente a título de culpa, existiendo en este caso una tentativa del delito doloso de lesión en concurso con un delito culposo consumado. En otras palabras: en la *aberratio ictus* se produce una imputación del comportamiento sin realización del resultado en el caso del objeto proyectado y una realización del riesgo en el resultado de lesión del otro objeto.

Conviene que, para dejar claro el panorama general, nos ocupemos brevemente del caso en el que la lesión del objeto no proyectado puede imputarse también a título de dolo. En estos casos pueden presentarse dos supuestos distintos que resulta pertinente diferenciar para clarificar los efectos concursales. Por un lado, puede presentarse un caso de dolo alternativo, en donde el autor realiza un solo riesgo que puede realizarse en un objeto o en otro[1649]. Como puede verse, no se trata, en sentido estricto, de un supuesto de concurrencia de riesgos, sino de la creación de un solo riesgo que puede realizarse en la lesión de un objeto o de otro. En estos casos, no habrá propiamente un concurso de delito, sino un solo delito consumado[1650]. La situación es distinta en el caso de un dolo cumulativo, es decir, en el caso que la conducta genere varios riesgos (p.e. lanzar una granada a dos centinelas de un puesto de vigilancia). En estos casos, sí existe un concurso de delitos en caso ambos riesgos o uno solo de ellos se realice en un resultado lesivo.

b.1.2) Riesgos concurrentes de varias conductas

El supuesto de riesgos concurrentes de varias conductas tiene lugar cuando el resultado puede explicarse por diversos riesgos creados por varias personas (incluida la propia víctima). Para determinar la imputación del resultado en caso de riesgos concurrentes deben diferenciarse los supuestos de riesgos separables y los supuestos de riesgos inseparables.

[1648] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, p. 375.
[1649] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 33.
[1650] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, p. 376 y s.

Una concurrencia de riesgos separables tiene lugar cuando, además del riesgo prohibido creado por el autor, se presenta un riesgo general de la vida, un comportamiento arriesgado de la víctima o el comportamiento de un tercero cuya incidencia en el resultado puede diferenciarse claramente[1651]. Si el riesgo concurrente con el del autor es el que se realiza en el resultado, entonces deberá decaer la imputación del resultado al comportamiento del autor. En caso que el riesgo concurrente provenga de un tercero, una imputación del resultado podrá tener lugar frente al tercero, pero se tratará de un proceso de imputación distinto al inicialmente considerado. Por ejemplo: Una persona apuñala a otra, quien herido toma un taxi con rumbo a urgencias del hospital más cercano, muriendo en un accidente de tránsito como consecuencia del acto imprudente de un motociclista que se cruzó en el trayecto del taxi. El riesgo creado por el apuñalamiento y el riesgo creado por el conductor temerario concurren en el caso concreto, realizándose en el resultado solamente el riesgo del accidente de tránsito.

En los supuestos de concurrencia inseparable, el riesgo resulta configurado por la confluencia de ámbitos de responsabilidad distintos. Los problemas de explicación del resultado se presentan en la medida que no resulta posible separar el aporte de cada interviniente, de manera que pueda precisarse cuál aporte ha sido eficiente y cuál no[1652]. Por ejemplo: Dos empresas vierten residuos tóxicos por encima de lo permitido, dando lugar a una fuerte contaminación del río que produce la muerte de dos bañistas (artículo 305, segundo párrafo, inciso 2 del CP). Una absolución completa de los intervinientes con base en el *in dubio pro reo* se mostraría, sin embargo, como injusta, pues el resultado lesivo se ha producido por una conducta contraria a deber de ambos intervinientes. Por esta razón, la solución más salomónica sería imputarle el resultado a cada interviniente[1653], aunque admitiendo una necesaria disminución del injusto[1654]. Si bien el injusto pertenece a ambos, no es posible una imputación completa de dicho injusto a ambos a la vez.

Un supuesto especial constituye los supuestos conocidos como riesgos sobrecondicionados, en los que los intervinientes realizan cada uno una

---

[1651] Vid., Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 105.
[1652] Vid., sobre esto, Jakobs, en *Estudios*, p. 282 y s.
[1653] En el mismo sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 83.
[1654] Vid., en este sentido, Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 130.

aportación suficiente para producir el resultado[1655]. Por ejemplo: dos sujetos de forma separada y sin ninguna coordinación ponen en una bebida una dosis suficiente de veneno para matar a la misma víctima. Para poder decidir la imputación del resultado en estos casos debe precisarse si se ha presentado ya una infracción perfecta de la norma por parte de alguno de los intervinientes. Por ejemplo, si un veneno produce sus efectos más rápido que el otro. En caso que no exista aún una infracción de la norma, es decir, en caso de riesgos simultáneos, cabrá afirmar una responsabilidad penal de todos los intervinientes, pues cada uno debe partir de la idea de un comportamiento adecuado del resto[1656]. En caso que exista ya una infracción de la norma perfecta, el aporte posterior será solamente una modificación de las circunstancias que no podrá fundamentar una imputación del resultado[1657].

b.2) Los riesgos derivados

Los supuestos de riesgos derivados comprenden los casos en los que el comportamiento del autor genera una situación que permite u ocasiona posteriormente una lesión por el comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención de la propia naturaleza[1658]. Para decidir si el segundo daño puede imputarse objetivamente al autor del primer riesgo o daño, habrá que determinar si el segundo daño puede incluirse en el fin de protección de la norma que prohíbe el primer riesgo. Para responder a esta cuestión resulta conveniente diferenciar los daños derivados en los siguientes grupos.

b.2.1) Creación de una situación de indefensión

En estos casos, el comportamiento del autor coloca a la víctima en una situación de indefensión frente a otros riesgos que van, por ejemplo, desde los casos de infección en las heridas provocadas hasta la realización de un incendio en el hospital en la que la víctima está internada. Para determinar si procede aquí una imputación de los daños derivados de la situación de indefensión, es necesario seguir dos pasos. En primer lugar, deben ex-

---

[1655] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 281 y s.

[1656] Vid., JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 424 y s. Igualmente el parecer de PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 52 y s., aunque en el ámbito del resultado típico.

[1657] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 83a; EL MISMO, en *Estudios*, p. 285.

[1658] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 186.

cluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida a los que una persona razonable se expone[1659], pues lo contrario significaría permitir la entrada de supuestos de *versare in re illicita*[1660] (por ejemplo, el paralítico que muere en un incendio). Una vez calificado el resultado como ajeno a los riesgos generales de la vida, deberá precisarse si existe una relación planificable entre el comportamiento del autor y la lesión derivada de la situación de indefensión[1661]. El autor no puede ser competente por los daños inusuales derivados de la situación de indefensión de la víctima, sino solamente por aquellos que puedan esperarse de la situación en la que ha puesto a la víctima y que, por lo tanto, resultan abarcados por el fin de protección de la norma (por ejemplo, golpear a la víctima hasta hacerle perder la consciencia, dejándola en una vivienda en estado ruinoso que se derrumba y le produce la muerte).

b.2.2) Riesgos derivados para terceros

La creación de un riesgo prohibido para un bien jurídico puede originar además riesgos derivados que pueden afectar a terceras personas. En la doctrina penal se manejan fundamentalmente dos supuestos: los daños por conmoción y los accidentes por alcance. En los primeros, se discute si cabe imputar objetivamente al que realiza ilícitamente un daño a una persona el daño por conmoción que produce a los parientes y allegados al conocer la realización del primer daño. La doctrina dominante rechaza en estos casos la imputación, pues las normas que prohíben el primer riesgo no tienen como fin proteger a personas distintas al afectado ante el peligro de una conmoción anímica por la noticia del primer daño[1662].

Los accidentes por alcance, por su parte, se presentan cuando un accidente de tránsito ocasiona otros accidentes de los conductores que vienen detrás, los cuales pueden afectar no sólo a la misma víctima, sino también a terceros intervinientes en el tráfico. En caso sea la misma víctima la afectada, el caso tendría que resolverse con las reglas de la creación de una situación de indefensión, pues el primer accidente expone a la víctima a ser

---

[1659] Vid., así, sobre la determinación de los riesgos de la vida cotidianos con base en un sujeto razonable, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 408 y ss.

[1660] Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *SK* preliminares al § 1, n.m. 75; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

[1661] Vid., similarmente, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

[1662] Vid., así, ROXIN, *FS-Gallas*, p. 256 y s.

nuevamente afectada por otro interviniente en el tráfico. Si el afectado por los accidentes posteriores es un tercero, entonces tendrá que discutirse si el resultado de este riesgo derivado puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente. La doctrina penal sostiene, al igual que los casos de conmoción, que el accidente posterior no puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente, pues el fin de protección de la norma no alcanza a los accidentes posteriores. La responsabilidad penal por el segundo daño debe recaer sobre el conductor que provoca el segundo accidente, pues si hubiese manejado reglamentariamente habría podido frenar a tiempo[1663]. FRISCH disiente, sin embargo, de este parecer, pues entiende que en el tráfico rodado resulta normal que un accidente traiga consigo otros accidentes por alcance[1664]. En nuestra opinión, sólo los accidentes que no se deben a una imprudencia del segundo conductor podrían imputarse objetivamente al primer conductor, pues los riesgos que se generan por una actuación antirreglamentaria del segundo conductor no están abarcados por el fin de la norma que prohíbe los riesgos del primer accidente.

b.2.3) Riesgos derivados de cursos salvadores

Un supuesto especialmente problemático de riesgos derivados se presenta en la imputación de los daños que se derivan, para la víctima o un tercero, del emprendimiento o no de cursos salvadores riesgosos. La determinación de los criterios de imputación requiere diferenciar los casos en los que el daño recae sobre la propia víctima y los casos en los que es un tercero salvador el que resulta perjudicado[1665].

En los supuestos en los que es la víctima la que padece un daño derivado de la omisión o del emprendimiento defectuoso de cursos salvadores, cabe hacer las siguientes consideraciones. Si el daño se produce por la omisión de la víctima o de un tercero obligado a realizar ciertas medidas esenciales para neutralizar el resultado inicial, no podrá imputarse al autor del primer riesgo una lesión más grave[1666]. Por ejemplo, si la víctima no atiende de la herida en un centro hospitalario. Por el contrario, si quien emprende

---

[1663] Vid., ROXIN, *FS-Gallas*, p. 257 y s.

[1664] Vid., FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 435.

[1665] Recurre también a una diferenciación, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 106.

[1666] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 187 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 111. Utilizan el criterio del error leve, sobre todo para el caso de errores médicos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 346 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 169.

el curso salvador comete errores incidentales en su actividad salvadora que se corresponden con los riesgos usuales, la relación de imputación objetiva del resultado respecto del daño derivado no quedará excluida[1667]. Por ejemplo, una complicación anestésica durante la intervención quirúrgica a la que se somete el herido. El primer actuante responderá igualmente por el daño derivado. La situación cambia si es que los riesgos generados por el curso salvador son imputables al comportamiento defectuoso del salvador y que pudieron ser excluidos sin mayores complicaciones (por ejemplo, el médico que no suministra una antitetánica a un herido con un verduguillo oxidado).

El emprendimiento de cursos salvadores puede que no afecte a la víctima, sino a aquél que emprende la acción de salvamento. Si procede una imputación objetiva de estos daños al autor de la situación requerida de salvación, es una cuestión discutida en la doctrina penal. Un sector de la doctrina entiende que si el salvador actúa libremente y, por tanto, de forma plenamente responsable por las consecuencias de su acto de salvamento, la relación de imputación no alcanza a los daños producidos por su actuación[1668]. Por ello, resulta de especial importancia determinar las condiciones de un comportamiento libre y responsable[1669], de forma tal que sólo podrá admitirse la imputación si el salvador afectado no se encuentra en situación de valorar el riesgo o la acción adecuada a los hechos (por ejemplo, por embriaguez)[1670]. Si la imputación objetiva del daño producido al salvador en esta situación puede imputarse también subjetivamente, dependerá del grado de conocimiento atribuible al autor en el caso concreto.

En relación con los salvadores que son plenamente conscientes del riesgo que asumen con su emprendimiento, se discute si en todos los casos se excluye la imputación objetiva de los daños padecidos a los creadores de la situación de salvamento. Un sector de la doctrina penal sostiene que no es posible una imputación objetiva de los daños que recaen sobre el salvador, pues el primer actuante solamente ha dado pie a una

---

[1667] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 188 y s.

[1668] Vid., así, ROXIN, *FS-Gallas*, p. 246 y ss.; PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 247 y s.

[1669] Sobre la discusión de los criterios de determinación de un comportamiento libre y responsable, SOWADA, *JZ* 1994, p. 663.

[1670] Vid., CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168.

autopuesta en peligro voluntaria del salvador[1671]. En el caso de los daños producidos a los salvadores voluntarios, se rechaza la imputación de los daños al causante de la situación necesitada de salvación, señalando que el salvador voluntario emprende una "satisfacción personal" que no puede trasladársele al causante de la situación de riesgo[1672]. Cargarle los riesgos por el salvamento al autor de la situación necesitada de salvación llevaría a un "cálculo indigno" sobre la conveniencia para el autor de solicitar ayuda[1673]. Sin embargo, la conclusión precedente no parece adecuada en el caso de aquellos salvadores que se encuentran legalmente obligados a intervenir como es el caso de los bomberos o policías. Un sector de la doctrina sostiene, por eso, que quienes emprenden el salvamento por una obligación legal no tienen la posibilidad de escoger libremente si se ponen en peligro o no con la acción salvadora, por lo que los daños que padezcan deben serle objetivamente imputados a los que crearon la situación requerida de salvamento[1674].

Las ideas expuestas en el párrafo precedente no tienen plena aceptación en la discusión doctrinal. Por un lado, se dice que el planteamiento que excluye la imputación de los daños padecidos por el salvador voluntario desconoce que la acción de salvamento constituye también la materialización de un deber de solidaridad, por lo que el salvamento emprendido voluntariamente no podrá ser entendido siempre como una actuación arbitraria completamente irracional. En consecuencia, una imputación del resultado sólo podrá excluirse en los casos en los que la conducta voluntaria de salvamento se muestre como irrazonable o claramente desproporcionada[1675]. Un sector de la doctrina penal sostiene incluso que la diferencia entre los salvadores voluntarios (moralmente obligados) y los jurídicamente obligados no tiene ningún sentido, pues la fuerza de motivación es la misma en ambos casos[1676]. Por otro lado, se cuestiona que los daños padecidos por los salvadores jurídicamente obligados tengan siempre que imputarse

[1671] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 94; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 721 y s.
[1672] Vid., SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 722.
[1673] Vid., ROXIN, *FS-Gallas*, p. 246 y s.
[1674] Así, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 501 y s.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 344 y ss.
[1675] En este sentido, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 345; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 513 y s.; PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 227; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168. Críticamente por la poca certeza sobre lo razonable de la acción salvadora, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 94.
[1676] Vid., en este sentido, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168.

objetivamente a quien actuó en primer lugar. Se dice que los legalmente obligados a intervenir han asumido voluntariamente dicha posición y en muchos casos reciben incluso una contraprestación por ello[1677], por lo que no es absolutamente excluible una cierta puesta en peligro voluntaria por parte del salvador.

Por nuestra parte, consideramos que la solución de la responsabilidad penal por los daños en cursos salvadores depende de si la conducta salvadora puede imputarse a la libre organización del salvador. No obstante, esta libertad de organización no debe determinarse en sentido psicológico, sino normativo, lo cual significa que debe precisarse el ámbito de competencia del salvador. En caso de existir un deber de salvamento, la libre organización (autorresponsabilidad) alcanza solamente a aquello que va más allá de lo jurídicamente exigible[1678]. Por el contrario, si se trata de salvadores voluntarios, la arbitrariedad del salvador se manifestará únicamente en caso se produzca un daño excesivo o se utilice medios desproporcionados para el salvamento[1679]. En este sentido, sólo el daño producido por la acción salvadora voluntaria dentro de lo razonable podrá imputarse objetivamente al creador de la situación original de peligro, pues esta acción se enmarca dentro del deber de solidaridad general que existe entre las personas.

b.2.4) Transformación por otros del riesgo inicial

Como ya lo vimos, en la llamada prohibición de regreso una persona realiza una aportación que favorece la conducta delictiva de un tercero, pero que no da lugar a una imputación del comportamiento debido a que no infringe su rol general de ciudadano al mantenerse en una conducta neutral o estereotipada. Por el contrario, en los supuestos de transformación del riesgo inicial una persona realiza una conducta contraria a deber que luego es utilizada por otro para realizar otro resultado penalmente prohibido. Por ejemplo, los directivos de una empresa contaminan el medio ambiente vertiendo residuos tóxicos al río y un trabajador utiliza estos residuos tóxicos para envenenar a otra persona. La cuestión discutida será si cabe en estos casos imputar también al primer actuante el resultado realizado por el segundo actuante.

[1677] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 106.
[1678] Sobre estos aspectos, con profundidad, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 515 y ss.
[1679] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 269; Sowoda, *JZ* 1994, p. 666.

Para solucionar la imputación del resultado en estos supuestos puede recurrirse, al igual que en la prohibición de regreso, al principio de autorresponsabilidad[1680]. Una persona solamente podrá responder por las consecuencias derivadas de su hecho. En el caso de los partícipes, hay que recordar que el hecho principal es también su hecho y, por tanto, deben responder también por las consecuencias del mismo[1681]. En este sentido, si la conducta del segundo actuante no constituye un hecho del primer autor, sino que el efecto lesivo de la conducta del primer autor es simplemente utilizado unilateralmente por el segundo para la realización de otro delito, el riesgo transformado no puede ser imputado al primer autor.

Solamente si el fin de protección de la norma infringida por el autor incluye la evitación de una posterior transformación del riesgo por parte de un tercero, podrá imputarse al primer autor el resultado de la conducta del tercero. En estos casos la prohibición penal tomaría la forma típica de un delito cualificado por el resultado, en el que se agravaría la pena en caso de darse, de manera evitable por el primer autor, el resultado de la transformación del primer riesgo[1682].

b.2.5) Daños tardíos

Los daños tardíos son aquéllos que tienen lugar como realización de una situación de riesgo generada por un daño permanente producido con mucha anterioridad[1683]. La opinión más extendida frente a estos supuestos señala que si la primera lesión se encuentra ya curada, no hay responsabilidad por las lesiones posteriores[1684]. No obstante, como lo resalta acertadamente JAKOBS, esta argumentación resulta cuando menos mal formulada, pues los casos analizados están definidos como daños residuales perma-

---

[1680] Vid., CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 171.

[1681] Lo considera, más bien, una excepción del principio de responsabilidad, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 171.

[1682] Vid., estos supuestos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 36.

[1683] Utiliza una tripartición de los supuestos de resultados no inmediatos, SILVA SÁNCHEZ, *GA* 1990, p. 208 y s.: Supuestos en los que una primera lesión produce un daño permanente sobre el que luego se basa el resultado posteriormente acaecido, supuestos en los que el primer suceso condiciona la entrada del segundo suceso, y supuestos en los que la lesión (de muerte) aparece después de mucho tiempo. Daños tardíos solamente son el primer y el tercer grupo de casos.

[1684] Vid., RUDOLPHI, *SK* preliminares al § 1, n.m. 77; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 720; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 162.

nentes[1685]. En este sentido, lo que debe hacerse es determinar, más bien, si el daño tardío encuentra explicación preferente en otros ámbitos de competencia.

Si se trata de riesgos generales de la vida que afectan a las personas disminuidas o es la propia víctima la que ha omitido incumbencias de autoprotección al no compensar su nueva situación de deficiencia o enfermedad, el resultado obtendrá explicación en estas circunstancias y no en el causante del daño permanente[1686]. Si, por el contrario, el daño permanente muestra un riesgo suficientemente fuerte de aparición de consecuencias lesivas posteriores frente a los cuales no puede adoptarse medidas de autoprotección, la imputación del resultado al causante del daño permanente se encontrará justificada[1687]. El espacio de tiempo que existe entre el daño permanente y el daño tardío no tiene por qué levantar la imputación objetiva en estos casos[1688].

Pese a lo acabado de decir, hay que reconocer que existen ciertas dificultades prácticas para la imputación objetiva de los daños tardíos. Por mencionar las más relevantes: La dificultad probatoria del vínculo entre el daño permanente y el daño tardío, los plazos de prescripción de los delitos y, todavía más importante, el carácter de cosa juzgada de un primer pronunciamiento judicial[1689]. En consecuencia, puede ser que en muchos casos la imputación del daño tardío sea estructuralmente posible, pero no puede llevarse a cabo porque se trata de casos judicialmente cerrados. El impedimento de la imputación se deberá más a cuestiones procesales que a materiales[1690].

[1685] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81. En el mismo sentido, también, FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 524.

[1686] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; ROXIN, *FS-Gallas*, p. 255; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 527 y ss.

[1687] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 525 y ss. Admiten excepciones a esto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 44, en caso que la enfermedad haya llegado a un estado controlado; SCHÜNEMANN, en *Aids und Strafrecht*, Szwarc (ed.), p. 18 y ss., en caso de enfermedades que se desarrollan de manera lenta y continua.

[1688] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 44. En el mismo sentido, pero reconociendo una disminución del injusto, SILVA SÁNCHEZ, *GA* 1990, p. 213; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 104.

[1689] Vid., en este sentido, ROXIN, *FS-Gallas*, p. 253 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 81; FRISCH, *Comportamiento típico*, p. 529 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *GA* 1990, p. 217 y s.; PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 262.

[1690] Vid., en este sentido, PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 262.

c. *Figuras típicas que requieren la imputación del resultado*

A diferencia de los delitos de mera conducta y los delitos de peligro abstracto, en los llamados delitos de resultado una imputación del resultado aparece como necesaria para poder imponer la pena por delito consumado[1691]. Dentro de los delitos de resultado se agrupan los delitos de peligro concreto, los delitos de lesión y los delitos cualificados por el resultado, siendo lo común en todos estos delitos la exigencia típica de un resultado[1692]. Sin embargo, las propias particularidades de cada uno de estos delitos hacen que el requisito de la realización del resultado se exprese de manera distinta.

c.1) *Los delitos de peligro concreto*

Los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Como lo señala JAKOBS, "*el peligro concreto es un resultado, ya que es algo más que la realización de una acción en determinadas circunstancias subjetivas, esto es, la producción de una situación de peligro para determinado objeto de ataque existente en la realidad*"[1693]. En este sentido, para la configuración de los delitos de peligro concreto no basta sólo con una conducta peligrosa, sino que es necesario que se genere un peligro concreto para un objeto de ataque[1694]. Si tiene lugar únicamente una imputación del comportamiento, pero no un resultado de peligro concreto, esta conducta sólo podrá sancionarse en grado de tentativa[1695]. La imputación objetiva en

---

[1691] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 54.

[1692] Hay que precisar, siguiendo a WOLF, E., *Las categorías*, p. 70 y s., que no debe entenderse resultado como una simple modificación en el mundo exterior, sino como un resultado jurídico, esto es, una modificación de la situación jurídica.

[1693] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79; EL MISMO, en *Estudios*, p. 195. En el mismo sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 114; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 142; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 145; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 53; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 130 y s. Por el contrario, KORIATH, *GA* 2001, p. 60, no considera los delitos de peligro concreto como delitos de resultado.

[1694] Por ello, señala ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 11, n.m. 114, que entre los delitos de peligro concreto y los delitos de lesión no existe una diferencia respecto de las estructuras de imputación.

[1695] Vid., MEINECKE, *Gesetzgebungssystemtik*, p. 73 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 421. En la misma línea, admite BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 98 y ss., de *lege ferenda* respecto del Derecho penal alemán, la posibilidad de aplicar las normas del desistimiento también a los delitos de peligro concreto. Opuesta al castigo de la tentativa en los delitos de peligro (referidos a bienes supraindividuales), CORCOY

estos delitos requiere la imputación del comportamiento y la realización del riesgo en el resultado.

La imputación del comportamiento en los delitos de peligro concreto se determina conforme a las reglas generales del riesgo prohibido que ya hemos tenido oportunidad de exponer. La particularidad de los delitos de peligro concreto se encuentra, más bien, en el segundo aspecto de la imputación objetiva, esto es, el resultado de peligro concreto. Un sector de la doctrina penal cuestiona la necesidad de este segundo nivel de imputación[1696] y, con ello, la consideración de estos delitos como delitos de resultado. No obstante, si se sigue esta interpretación de los delitos de peligro concreto, entonces no tendría ningún sentido diferenciarlos de los delitos de peligro abstracto. En la medida que consideramos que existe una diferencia estructural entre ambos grupos de delitos, un resultado de peligro concreto es indispensable en la configuración de la imputación objetiva de los delitos de peligro concreto[1697].

Debido a que en los delitos de peligro concreto no existe un resultado de lesión, en estos delitos no podrá exigirse propiamente una relación de causalidad[1698]. Por esta razón, entre la peligrosidad de la conducta y el resultado de peligro concreto sólo podrá establecerse una relación de imputación de carácter normativo. La jurisprudencia alemana recurrió, en un primer momento, al criterio de la probabilidad de producción de un daño[1699], centrándose la discusión en los criterios para establecer tal probabilidad: una exacta descripción científica, una experiencia general de la vida en el caso concreto[1700], el criterio del mejor observador posible[1701] o solamente la perspectiva del autor[1702]. El criterio de la probabilidad se mostró, sin embargo, insuficiente, pues descuidaba la determinación *ex post* en el caso concreto de un resultado de peligro generado por la con-

---

Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 271 y ss, aunque está dispuesta a aceptar determinados casos similares al desistimiento en estos delitos (p. 277 y ss.).

[1696] Vid., Brehm, *Zur Dogmatik*, p. 15 y ss.; Koriath, *GA* 2001, p. 64.

[1697] En el mismo sentido, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 35 y s.

[1698] Por el contrario, Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 104, afirmaba un nexo causal entre la acción y el peligro.

[1699] Vid., sobre esto de manera detallada, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 40 y ss.

[1700] Criterio desarrollado en la jurisprudencia alemana mencionado por Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79.

[1701] Vid., Schröder, *ZStW* 81 (1969), p. 8 y s.

[1702] Vid., Cramer, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 306 y ss., n.m. 5; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 162 y ss.

ducta peligrosa. Por esta razón, la doctrina penal parte en la actualidad de la idea de que un delito de peligro concreto requiere la entrada del objeto positivamente valorado en el ámbito de peligro del autor (probabilidad), pero además que el daño efectivo no haya tenido lugar únicamente por casualidad[1703]. Las diferencias de la doctrina surgen en cuanto a la fórmula que expresa el criterio de determinación de esa casualidad: la imposibilidad de explicación científica[1704], lo que no puede esperarse[1705], la ausencia de mecanismos normales de salvamento[1706], la ausencia de la posibilidad seria de salvamento[1707], la ausencia de dominio del curso de peligro[1708] o la imposibilidad de impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta[1709]. Si bien las diferencias de detalle no afectan la similar orientación de los criterios señalados, nos inclinamos por asumir la última propuesta mencionada, ya que se ajusta más a nuestra comprensión de la imputación del resultado basada en el criterio de la planificación.

c.2) Los delitos de lesión

En los delitos de lesión debe tener lugar también un resultado, el cual está constituido por un perjuicio efectivo sobre el objeto de ataque de la acción[1710]. Este resultado debe poder imputarse al comportamiento del autor, en la medida que la lesión de un objeto valorado positivamente habría podido evitarse si no se hubiese llevado a cabo la conducta penalmente prohibida[1711]. Para poder sancionar por un delito consumado de lesión es necesario no solamente una imputación del comportamiento, sino que a este comportamiento, a su vez, se le pueda imputar objetivamente el resultado de lesión contemplado en el tipo penal correspondiente. Hay que tener presente que no basta con una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, sino que el resultado lesivo debe estar vinculado normativa-

---

[1703] Vid., ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 44; SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 57; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 37; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1200.

[1704] Vid., HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 155, 187 y ss. Críticamente sobre el planteamiento de Horn, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 192 y ss.; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268 y s.

[1705] Vid., SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 793 y ss.; EL MISMO, *GS-Meurer*, p. 57.

[1706] Vid., DEMUTH, *Der normative Begriff*, p. 200 y ss.; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 473 y ss.

[1707] Vid., WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 223 y ss.

[1708] Vid., OSTENDORF, *JuS* 1982, p. 430; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 122.

[1709] Vid., KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 201 y ss., 210 y ss., 277.

[1710] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 122; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 264.

[1711] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 78.

mente por el fin de protección de la norma con la conducta que crea el riesgo prohibido. En este sentido, solamente los resultados lesivos que forman parte de la clase de resultados que la norma que prohíbe el riesgo quiere impedir, podrán imputarse objetivamente a la conducta que ha creado el riesgo prohibido por la norma.

c.3) Los delitos cualificados por el resultado

Una modalidad muy controvertida de delitos de resultado son los llamados delitos cualificados por el resultado. Estos delitos se estructuran sobre la base de un delito básico normalmente doloso al cual se le impone un marco penal especial para el caso que su realización traiga consigo un resultado adicional más grave subjetivamente atribuible al autor[1712]. La doctrina penal alemana dominante considera que el resultado cualificante del delito debe ser una lesión[1713]. Sin embargo, no apreciamos una razón contundente para excluir los supuestos de cualificación por un resultado de peligro concreto, pues una situación de peligro adicional puede perfectamente aumentar también el injusto del hecho[1714]. En este sentido, puede hablarse de un delito cualificado por el resultado tanto para los casos en los que la consecuencia cualificadora sea una lesión, como cuando se trate de un peligro[1715]. Ejemplo del primer segundo supuesto sería el delito de contaminación ambiental agravado del artículo 305, segundo párrafo del Código penal ("*se producen lesiones graves o muerte*"), mientras que del segundo supuesto sería el delito de secuestro agravado del artículo 152 inciso 1 del CP ("*pone en peligro la vida o salud del agraviado*").

[1712] Vid., en este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 261.

[1713] Vid., así, SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 8; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 261, nota 28; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 30; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 118; DIEZ RIPOLLÉS, *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.

[1714] En el mismo sentido, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 22 y s.

[1715] Vid., igualmente RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 94. Esto no significa, sin embargo, que sigamos la calificación del delito cualificado por el resultado como delito de peligro concreto (GÖSSEL, *FS-Lange*, p. 234 y s.) o como delito de peligro abstracto (KÜPPER, *Der „unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 41 y s.). FERSCHL, *Das Problem*, p. 41, ha puesto de relieve recientemente que los delitos cualificados son delitos de lesión, pues lo importante no está en el peligro del delito básico, sino en la cualificación del resultado, interpretación que va por la línea correcta, aunque debemos acotar que si el resultado cualificante es una puesta en peligro, entonces estaremos antes un delito de peligro concreto.

Si se pone atención en el origen histórico de los delitos cualificados por el resultado, surge inmediatamente la impresión de estar ante una forma de responsabilidad objetiva[1716]. Esta carga histórica explica por qué aún hoy existe un sector doctrinal todavía crítico frente a estos delitos, a los que se les reprocha tener un carácter inconstitucional por afectar el principio de culpabilidad y el principio de igualdad[1717]. Estas críticas, justificadas ciertamente en algunos supuestos específicos[1718], no deben llevar, sin embargo, a un rechazo general de los delitos cualificados por el resultado. Si en estos delitos se exige una imputación subjetiva mínima respecto del resultado cualificado, el reproche de una responsabilidad objetiva quedará plenamente descartado. Para cumplir con el requisito de una imputación subjetiva bastará, por lo tanto, con exigir cuando menos una producción culposa del resultado cualificado[1719].

Solucionado el aspecto subjetivo de los delitos cualificados por el resultado, los problemas de legitimación se trasladan a la cuestión de si puede justificarse el establecimiento de una penalidad distinta a la derivada del concurso entre el delito básico y el correspondiente al resultado cualificado[1720]. Por nuestra parte, consideramos que la necesidad de restablecer la vigencia de expectativas sociales esenciales puede justificar que en determinados casos graves (por ejemplo, en los que está en juego la vida de personas) se recurra a una pena por encima del delito básico y que no podría procurarse con las reglas ordinarias del concurso de delitos[1721]. En estos supuestos, el autor comete un delito doloso al que normalmente están unidas consecuencias desfavorables para otras personas[1722], lo que hace que

---

[1716] Vid., en este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 261; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 121

[1717] Vid., así las críticas de LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, pp. 130 y s., 164 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *ADPCP* 1983, p. 112 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 81. En la doctrina nacional, PAREDES VARGAS, en *XVI Congreso Latinoamericano*, p. 385.

[1718] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 110.

[1719] Vid., KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240.

[1720] SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 255, señala que en estos casos bastaría con incluir una cláusula en las normas del concurso ideal que permita ponderar la incidencia de la escala penal más leve (desplazada), sobre la más grave. Críticamente sobre los intentos de fundamentación de una pena mayor a la del concurso, HIRSCH, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 139. En la doctrina nacional, PAREDES VARGAS, en *XVI Congreso Latinoamericano*, p. 384, defiende el parecer de que los delitos cualificados por el resultado deberían ser excluidos del Código Penal y aplicar las reglas del concurso.

[1721] Similarmente, HIRSCH, *GA* 1972, p. 69; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 109.

[1722] Vid., esta idea, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 243; HARDWIG, *GA* 1965, p. 99 y s.; HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 43.

el injusto en los delitos cualificados por el resultado sea considerablemente mayor al concurso de los tipos penales individuales que el tipo penal combina[1723]. Sin embargo, habrá que determinar, en cada caso, si el cambio en las reglas de determinación de la pena en el concurso de delitos (principio de exasperación y de acumulación) mantiene aún la necesidad de ciertos delitos cualificados por el resultado.

La imputación objetiva en los delitos cualificados por el resultado asume ciertas particularidades. Para evitar una responsabilidad por la simple producción causal del resultado cualificado, la jurisprudencia alemana exigió en estos delitos una "relación directa" entre el delito básico y el resultado cualificante[1724], aunque también en algunos casos la negó[1725]. Este requisito pone de manifiesto, aunque con una denominación no muy feliz, que no basta una simple vinculación causal para imputar el resultado cualificante, sino que debe existir además una relación directa entre el delito básico y el resultado cualificante[1726]. Esta formulación se muestra, sin embargo, tan general[1727] que apenas ofrece criterios claros para determinar cómo se constituye el mencionado vínculo objetivo. ¿Es imputable objetivamente al intento de violación sexual la muerte que la propia víctima se causa al tirarse de un quinto piso para evitar la consumación de la agresión (artículo 177 del CP)?

Con la finalidad de precisar el criterio de vinculación objetiva se han ensayado en la doctrina penal otras fórmulas de descripción. En el plano de la causalidad se ha recurrido, por un lado, a la idea de un "nexo adecuado"[1728] y, por otro, al llamado "principio de continuidad", según el cual sólo podrá afirmarse el vínculo específico entre el delito básico y el resultado más grave si el delito básico consumado es parte necesaria de la explicación causal del resultado más grave[1729]. Otros autores consideran más adecuado restringir la simple vinculación causal en el ámbito del tipo

---

[1723] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108.

[1724] Vid., sobre esta interpretación de la jurisprudencia alemana, MAIWALD, *JuS* 1984, p. 443 y s.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 112; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 34; FERSCHL, *Das Problem*, pp. 49, 84.

[1725] Vid., así las referencias en ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 113.

[1726] Vid., así, MAIWALD, *JuS* 1984, p. 443.

[1727] En todo caso parece indicar solamente que la imputación se negaría en caso de intervención de la propia víctima o de un tercero (vid., HIRSCH, *JR* 1983, p. 78).

[1728] KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 244; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 172.

[1729] Vid., PUPPE, *La imputación del resultado*, p. 154 y ss.

penal, para lo cual han ofrecido distintas formulaciones: "nexo típico"[1730], "nexo de consecuencia específico del tipo"[1731], "las consecuencias típicas del delito básico"[1732] o "los resultados pronosticables con base en el tipo sin atender a circunstancias anormales"[1733]. Por nuestra parte, creemos que lo más conveniente es buscar los criterios objetivos de restricción en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva[1734]. En este sentido, el vínculo entre el delito básico y el resultado cualificante debe establecerse con base en el fin de protección de la norma, lo que obligaría a determinar si el resultado producido se engloba en los resultados que el tipo penal cualificado por el resultado busca evitar planificadamente[1735]. Por ejemplo: La muerte que se causa a si mismo el secuestrado para inmolarse no puede imputarse objetivamente a sus captores como resultado que cualifique el delito de secuestro.

3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber

Los criterios de la imputación objetiva presentan ciertos rasgos particulares en los delitos de infracción de un deber. Como primera cuestión cabe señalar que en los delitos de infracción de un deber los elementos de la imputación objetiva son ciertamente los mismos: se requiere de una imputación del comportamiento y, en el caso de delitos de resultado, de una realización del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos elementos de la imputación objetiva no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado.

[1730] Vid., KÜPPER, *Der „unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 80.

[1731] Vid., en este sentido, HIRSCH, *FS-Oehler*, p. 132.

[1732] Vid., GÖSSEL, *FS- Lange*, p. 235.

[1733] Vid., GEILEN, *FS-Welzel*, p. 681 y s.

[1734] Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *SK* § 18, n.m. 3; PAEFFGEN, *NK* § 18, n.m. 54 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 114; SCHÜNEMANN, *JA* 1980, p. 396; WOLTER, *JuS* 1981, p. 174 y ss.; MAIWALD, *JuS* 1984, p. 440 y ss.; FERSCHL, *Das Problem*, p. 88 y ss.

[1735] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 114 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB* § 18, n.m. 4; SCHÜNEMANN, *JA* 1980, p. 396; MAIWALD, *JuS* 1984, p. 440 y ss.; FERSCHL, *Das Problem*, p. 110 y ss.

A. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber está constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional. En este primer nivel de la imputación objetiva debe responderse fundamentalmente a tres cuestiones: quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y los límites de la competencia institucional. Hay que advertir que las consideraciones generales que a continuación se van a realizar requieren de una labor de complementación en atención a las particularidades de cada institución en cada caso específico.

En cuanto a la primera cuestión general planteada, hay que decir que autor de un delito de infracción del deber no puede serlo cualquiera, sino solamente el obligado institucionalmente[1736]. Por ejemplo, el juez en el delito de prevaricato del artículo 418 del CP. Para determinar la calidad de obligado institucional se recurre, por lo general, a un proceso formal de atribución con ciertos procedimientos preestablecidos. La sola asunción fáctica de cierta posición no permite afirmar el surgimiento de una vinculación institucional. Únicamente en los casos en los que la institución está configurada sólo socialmente y no responda, por tanto, a una acuñación previa hecha por otra rama jurídica[1737], podría admitirse la entrada excepcional de criterios fácticos para determinar la titularidad del deber especial. Pero la regla general es que solamente aquéllos que están formalmente vinculados a una institución social específica son titulares de los deberes especiales que surgen de esa relación institucional.

Como se verá con mayor detalle en la lección referida a la intervención delictiva, los *extranei* a la vinculación institucional específica no podrían responder ni siquiera como partícipes del delito de infracción de un deber, pues el delito se construye sobre la base de una competencia institucional que no admite una graduación cuantitativa. Por otra parte, no hay manera que la infracción de competencias por organización, por muy grave que sea, configure una competencia institucional secundaria[1738]. En este senti-

---

[1736] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 363.

[1737] Vid., García Cavero, *La responsabilidad*, p. 156.

[1738] Por el contrario, admiten la posibilidad de sancionar como partícipes a los no obligados institucionalmente, Roxin, *LK* § 26, n.m. 101; Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 215 y ss.; Reaño Peschiera, *Formas de intervención*, p. 40.

do, sólo el institucionalmente obligado puede responder penalmente como autor de un delito de infracción de un deber.

Determinada la titularidad de un rol especial, debe precisarse el contenido de los deberes institucionales correspondientes mediante las normas formales o excepcionalmente informales que configuran la institución social en cuestión. El sujeto institucionalmente vinculado está inmediatamente sometido a los deberes especiales derivados de la institución específica[1739], de manera que, parta determinar su infracción, no interesa el *quantum* organizativo en el hecho infractor, sino simplemente que no haya cumplido con el deber especial impuesto[1740]. Por esta razón, a los obligados institucionales les corresponde un deber de salvamento frente a un ataque a la institución protegida penalmente, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención[1741]. En este orden de ideas, puede decirse que la imputación del comportamiento tiene lugar solamente con la posibilidad de cumplimiento del deber especial que se ha incumplido. Si bien la vinculación institucional puede ser en algunos casos más intensa que en otros (la vinculación padre-hijo es más intensa que la del médico-paciente), la infracción del deber se configura con independencia del dominio organizativo del institucionalmente obligado.

Como tercera cuestión, resulta pertinente precisar si la competencia institucional resulta absoluta o si los contextos de actuación establecen ciertas limitaciones. Si bien resulta viable, para responder a esta cuestión, recurrir a los institutos delimitadores de la competencia desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse que éstos sufren ciertos recortes[1742], pues la posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a

---

[1739] Por ello, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 144 y s., sostiene que se trata de un sistema de responsabilidad por la infracción de la propia norma y, por tanto, no existe un hecho en el que quepa la participación. Con la consecuencia de esta afirmación estamos de acuerdo, pero no compartimos la idea de que este sistema de responsabilidad renuncie a la idea de hecho, pues siempre es necesario un hecho, aunque propio, que infringe el deber. A lo que se renuncia, en todo caso, es a un hecho que lesiona directamente un bien jurídico, pero a esto se ha renunciado desde hace mucho con la tipificación de los delitos de omisión.

[1740] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 70; EL MISMO, en *Estudios*, p. 363; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 39.

[1741] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

[1742] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 175.

la competencia por el riesgo de los delitos de dominio[1743]. En primer lugar, debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas[1744]: Los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una falta de competencia. No obstante, las instituciones sociales conocen también ciertos casos de desvinculación temporal, pues una competencia activada en todo momento implicaría la reducción de las posibilidades de desarrollo personal[1745]. En este sentido, resulta posible que los padres dejen a su hijo con una niñera, que los funcionarios no cumplan su función fuera del horario de trabajo o que el administrador nombre delegados para la realización de algunos negocios de la empresa[1746]. Hay que señalar, sin embargo, que estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional[1747].

Como cuestión final de este apartado resulta conveniente destacar que muchos delitos de infracción de un deber están configurados estructuralmente como delitos de mera conducta (por la pura infracción del deber), por lo que, en estos casos, la imputación objetiva tendrá lugar únicamente con base en la imputación del comportamiento, sin necesidad de un resultado objetivamente imputable al comportamiento de incumplimiento del deber. Así, por ejemplo, en el delito de rehusamiento de información financiera a instituciones de control, la imputación objetiva se fundamenta solamente con la infracción del deber especial de contribuir con las labores de supervisión. La producción de un resultado jurídicamente desvalorado no resulta relevante para la imputación objetiva del delito.

[1743] Vid., Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 173 y ss.

[1744] Vid. Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 174; El Mismo, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

[1745] En relación con los funcionarios públicos, Pawlik, *InDret* 1/2008, p. 19, destaca que no cualquier funcionario público en toda circunstancia está penalmente obligado en forma incondicional a cumplir con su deber.

[1746] Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

[1747] Vid., en este sentido, Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 175 y s.

B. La realización del resultado

En el caso de delitos de infracción de un deber que requieren adicionalmente un resultado, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá verificarse además una imputación del resultado al comportamiento del institucionalmente obligado. Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta como la realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión. Por esta razón, una vinculación puramente causal entre la conducta constitutiva de la infracción del deber especial y el resultado no configura la tipicidad objetiva del delito. Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un suceso contrario al orden impuesto por una institución social existe solamente una relación normativa: La falta de vigencia real de la institución social se explica en el incumplimiento del deber especial del obligado institucional. Por ejemplo, en el delito de detención ilegal del artículo 419 del CP se castiga tanto al juez que sin motivo legal orden la detención de una persona como al que no otorga la libertad que debió decretar a un detenido. El resultado lesivo (la privación de la libertad) constituye un acto abusivo del Estado sobre los particulares que se explica en el incumplimiento del deber especial impuesto al juez de utilizar la fuerza coactiva del Estado en los casos justificados y necesarios.

LECCIÓN 13
EL TIPO SUBJETIVO

I. Introducción

En la historia del Derecho penal pueden encontrarse momentos en los que no fue necesaria una faceta subjetiva en la imputación del hecho, bastando simplemente la realización objetiva de un daño[1748]. Hoy en día, sin embargo, resulta una cuestión irrebatible la exigencia del dolo o la culpa del autor para imputarle un hecho delictivo[1749]. Cualquier forma de responsabilidad objetiva es considerada por la doctrina penal contemporánea incompatible con un Derecho penal de la culpabilidad[1750]. En la misma línea, el actual Código Penal Peruano se opone de manera categórica en el artículo VII del Título Preliminar a la utilización de criterios de responsabilidad objetiva no sólo en la imputación directa de un hecho al autor, sino en cualquier otra forma de hacerle responsable[1751]. Como puede verse, la necesidad de un lado subjetivo en la imputación penal constituye en la actualidad un rasgo esencial del ordenamiento jurídico-penal.

[1748] Aunque KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 217 y ss., advierte, siguiendo a Mezger, que no se puede juzgar la imputación penal del pasado con las categorías dogmáticas del presente, puesto que incluso en épocas pasadas pudo existir un principio de culpabilidad, aunque entendido de forma distinta a la actual. Como pone de relieve JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 635, la responsabilidad por el resultado requiere también una atribución. Una referencia histórica de la responsabilidad objetiva ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss.

[1749] En este sentido, CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 58 y s.

[1750] Vid., así, respecto de los delitos cualificados por el resultado, HARDWIG, *GA* 1965, p. 99 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 108 y ss. (espec. n.m. 121); FERSCHL, *Das Problem*, p. 50 y ss.

[1751] Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 111. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte Superior de Lima, Exp. 607-98 de 16 de julio 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 61 y s.], Exp. Nº 4031-98 de 17 de noviembre de 1998 (PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, p. 93 y s.).

La exigencia de una imputación penal subjetivizada podría, sin embargo, ser poco funcional en la actual configuración de la sociedad, en donde existe una innegable necesidad de garantizar estándares de conductas generales para permitir el contacto pasajero y anónimo de las personas. Esta necesidad de estandarización se opondría a la subjetividad de la imputación, en la medida que dejaría de lado las particularidades propias de la culpabilidad dirigida a la persona individual[1752]. JAKOBS considera que el precio a pagar por una estandarización en la imputación resultaría muy alto, pues permitiría al autor alegar que si bien ha fracasado en el ejercicio de un rol determinado, este fracaso no tiene que hacerse extensivo a otros ámbitos de su actuación[1753]. Por esta razón, para cubrir la necesidad de estandarización en la sociedad moderna este autor aconseja recurrir a equivalentes funcionales como deberes civiles compensatorios o autorizaciones administrativas para la realización de ciertas actividades. Criterios estandarizados en la imputación penal sólo podrán utilizarse en ciertos elementos particulares del tipo subjetivo y en la culpabilidad[1754].

En nuestra opinión, el planteamiento del problema antes mencionado no tiene que reducirse a una decisión de "o una estandarización, o una subjetivización" de la imputación penal. No cabe duda que una completa estandarización de la imputación no podría tener lugar, en tanto pasaría por alto la individualidad de la persona. Pero la negativa a una completa estandarización de la imputación tampoco significa afirmar la plena subjetivización de los criterios de atribución de responsabilidad penal. En primer lugar, una completa subjetivización de la imputación se encuentra excluida de nuestro sistema penal[1755] como lo muestran, por ejemplo, los supuestos de minoría de edad en los que se rechaza la imputación penal, aun cuando el menor pueda comprender perfectamente el sentido social de su hecho. Por otra parte, la subjetivización de la imputación traería como consecuencia intolerable que los indiferentes serían acreedores de una imputación penal menos rigurosa debido a su menor conocimiento. En este sentido, no

[1752] Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 637.
[1753] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5; EL MISMO, *ADPCP* 1989, p. 637 y s.
[1754] Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 639.
[1755] Vid., con argumentos concluyentes, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 327.

puede hablarse de una imputación estandarizada o subjetivizada, sino de una imputación más o menos estandarizada y subjetivizada[1756].

Para determinar la configuración de la tipicidad subjetiva debe aceptarse primeramente que en la sociedad actual la imputación jurídico-penal requiere una estandarización con base en roles[1757]. Al ciudadano se le atribuye un rol general, así como también ciertos roles especiales en virtud de determinadas instituciones sociales específicas. En lo que atañe a lo subjetivo, los roles atribuidos llevan consigo competencias de conocimiento, es decir, que el ciudadano debe conocer la peligrosidad de su actuación en el desempeño del rol[1758]. Una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de dichos aspectos únicamente por el hecho de tener la titularidad del rol[1759]. Este proceder, sin embargo, resultaría incompatible con el criterio de la evitabilidad que informa las estructuras de imputación en el Derecho penal contemporáneo (vid. lección 10), pues permitiría atribuir responsabilidad aun cuando el autor no se encuentre en posición de evitar individualmente el resultado. Para impedir esta estandarización disfuncional aparece en escena precisamente la subjetivización o personalización de la imputación[1760]. La personalización de la imputación obliga a establecer además si las competencias de conocimiento impuestas por el rol pueden exigírsele a la persona del autor y, por tanto, si éste ha estado en situación de evitar la infracción[1761]. Si sus circunstancias personales permiten atribuirle los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar una tipicidad subjetiva[1762]. En otras palabras: La tipicidad subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes.

[1756] Sobre los criterios de la lógica borrosa y su relevancia en el sistema penal, Silva Sánchez, en *El sistema integral del Derecho penal*, Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), p. 17 y s.

[1757] Vid., la referencia, Donini, *RTDPE*, 1-2 (1999), p. 5.

[1758] Vid., en esta línea, Jakobs, en *Estudios*, p. 128 y s.; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 55; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 133 y ss.

[1759] Similarmente, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 16.

[1760] Jakobs, *RPDJP* 1 (2000), p. 143, habla de "*personalización más especial*".

[1761] Esta exigencia se corresponde con la llamada evitabilidad individual de Jakobs, *ADPCP* 1989, p. 640, en el sentido de capacidad de rendimiento basada en la disposición a cumplir la norma. Actualmente Jakobs, en *Estudios*, p. 121, prefiere hablar de una evitabilidad objetiva.

[1762] Con ello se cumple la mayor contextualización que exige Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 273.

II. Las formas de tipo subjetivo

En las exposiciones generales del delito resulta usual distinguir dos formas de tipo subjetivo: El dolo y la culpa. Si bien tanto el dolo como la culpa dan lugar a la imputación subjetiva necesaria para fundamentar el injusto penal, resulta indispensable diferenciar ambas formas de imputación subjetiva en el análisis dogmático. Esta diferenciación no tiene una importancia solamente teórica, sino que es eminentemente práctica. La conducta dolosa tiene, por regla general, una pena mayor que la conducta culposa, e incluso en determinados tipos penales, la conducta culposa significa ausencia de pena debido al sistema cerrado de incriminación de la culpa[1763]. En este sentido, constituye una tarea esencial de la dogmática penal dotar de contenido al dolo y a la culpa, de manera que podamos diferenciarlos a efectos de atribuir responsabilidad penal. No obstante, esta labor requiere hacer previamente una breve descripción de la evolución del tipo subjetivo en el Derecho penal, pues sólo así estaremos en condiciones de precisar el criterio más adecuado para diferenciar ambas formas de imputación subjetiva.

1. Origen y evolución de la imputación subjetiva

En un principio, cuando los ámbitos público y privado del Derecho no se encontraban diferenciados, la reacción ante un delito distinguía sólo intuitivamente los hechos culpables, de los sucesos casuales[1764]. Posteriormente, con la configuración autónoma del Derecho penal público, se castigó sólo las violaciones jurídicas cometidas voluntariamente, imponiéndose a las conductas imprudentes únicamente un deber de resarcimiento, pero no una respuesta penal[1765]. 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. Esta situación provocó que a partir de la crítica racionalista de la ilustración jurídico-penal se trabajara mucho, ciertamente desde muy diversas perspectivas, para encontrar una delimitación clara entre el dolo y la culpa, a efectos de atribuir responsabilidad penal. Se podría decir que la determina-

[1763] Vid., al respecto, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 261; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 280.
[1764] Vid., KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 133.
[1765] Vid., KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 134.

ción de este criterio de delimitación ha sido el denominador común desde entonces en la estructuración de la teoría del delito.

Desde las primeras formulaciones de la teoría del delito el dolo y la culpa han ocupado un espacio común. En la formulación causalista del delito, por ejemplo, ambos supuestos se agruparon en la categoría de la culpabilidad, como formas de culpabilidad[1766]. Tal ordenación en la estructura del delito era consecuencia de la comprensión causalista del delito, en donde la causalidad objetiva era descrita por la tipicidad[1767], mientras que la causalidad subjetiva configuraba la culpabilidad, sea en su forma de dolo, sea en su forma de culpa[1768]. Esta comprensión mostró, sin embargo, desde un primer momento, ciertos problemas respecto de la llamada culpa inconsciente, en la que el autor no se representaba el resultado y en la que, por tanto, no existía esa vinculación causal-psicológica entre la subjetividad del autor y el resultado. Por esta razón, la culpa abandonó tempranamente una configuración psicológica y asumió una configuración normativa a través de la llamada previsibilidad[1769], en el sentido de que no interesaba lo que el sujeto se representó, sino si éste pudo representarse o no la producción del resultado[1770].

La crítica a la comprensión puramente descriptivo-objetiva de la tipicidad con la demostración de elementos normativos y elementos subjetivos en el tipo[1771], llevó a cuestionar la rigidez de la formulación clásica. Primero de manera excepcional en tipos penales con un elemento subjetivo especial como el hurto y posteriormente como regla general a partir del finalismo, se consideró como sistemáticamente necesario incluir la vertiente subjetiva del hecho en la tipicidad[1772]. Una descripción puramente objetiva del delito en el plano de la tipicidad no permitía di-

---

[1766] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 12; Sacher, *La evolución*, p. 16.

[1767] Vid., con mayor detalle, Beling, *Lehre vom Verbrechen*, p. 178 y s.

[1768] Vid., Beling, *Lehre*, p. 179.

[1769] Vid., así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, Schünemann, *GS-Meurer*, p. 39. Sobre la temprana normativización de la culpa, vid., Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 401; Lesch, *Injusto y culpabilidad*, p. 11.

[1770] Vid., Mir Puig, *Introducción*, p. 153.

[1771] Vid., con mayores referencias, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 8 y ss.; Sacher, *La evolución*, p. 77; Peña Cabrera, *Tratado*, p. 328 y s.

[1772] Vid., Sacher, *La evolución*, p. 16. Sobre la teoría del injusto personal, cuya formulación original corresponde a Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62. En la actualidad la doctrina dominante sigue la estructuración del injusto personal, que incluye además de un desvalor de resultado, un desvalor de la acción.

ferenciar las conductas humanas de los puros sucesos naturales[1773]. El dolo y la culpa pasaron así a formar parte de la tipicidad. Este cambio sistemático impulsó todavía más el alejamiento de la configuración de la culpa respecto de la configuración de dolo, pues la culpa comenzó a desarrollar su propio injusto típico, con independencia de la configuración del dolo[1774]. Así, pues, mientras el delito doloso se mantuvo como la producción causal conocida y querida del resultado, la culpa fue asumiendo un carácter marcadamente normativo con la idea de la infracción de un deber objetivo de cuidado vinculado con el resultado a través de un nexo de infracción del deber.

El desarrollo que ha ido tomando la teoría de la imputación objetiva desde los años treinta en Alemania y que se ha impuesto en la discusión jurídico-penal desde los años ochenta, ha permitido un nuevo acercamiento entre el tipo doloso y el tipo culposo. Si se observa bien, la teoría de la imputación objetiva, desarrollada inicialmente para los delitos dolosos, no es muy distinta de la teoría de la infracción del deber de cuidado de los delitos culposos, pudiéndose ver entre ambos una identidad estructural. Hoy en día no puede negarse el acercamiento en las estructuras objetivas de la imputación dolosa y culposa. El elemento de la previsibilidad de la culpa ha devenido en una teoría de la infracción del deber de cuidado muy cercana a la teoría de la imputación objetiva. Esta idea es puesta de manifiesto por ROXIN en su manual de Derecho penal, en donde señala que las estructuras de los tipos penales de los delitos dolosos y los delitos culposos se han finalmente equiparado, de manera tal que en el plano objetivo no cabe hacer propiamente ninguna distinción[1775]. Por consiguiente, la distinción dogmática entre el dolo y la culpa, se centra en la actualidad solamente en la parte subjetiva del hecho.

2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa

Podría decirse, en términos simplificantes, que los elementos de la parte subjetiva del hecho se corresponden con lo que en teología moral se conoce como las potencias del alma, es decir, con el conocimiento y la

[1773] WELZEL, *Estudios*, p. 121 y ss.

[1774] Así el parecer de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 4. Los antecedentes a la inobservancia del cuidado debido propia de los delitos culpusos como elemento del tipo en EXNER, *Das Wesen*, p. 83 y s. ENGISCH, *Untersuchugen*, p. 344.

[1775] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 10.

voluntad. A partir de esta premisa, la determinación de cuándo nos encontramos ante un delito doloso y cuándo ante uno culposo dependerá precisamente de qué elementos subjetivos abarcan cada uno de ellos. Para hacer este trabajo de delimitación es muy importante establecer primeramente qué abarca el dolo y qué abarca la culpa, pues solamente de esta manera es posible determinar su alcance y proceder a hacer una correcta delimitación de ambas clases de tipo subjetivo.

Dentro del dolo se conocen tradicionalmente tres formas de dolo: El dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. El primero se presenta cuando el autor tiene conocimiento del hecho y la voluntad de producir el resultado (A dispara en la cabeza a B para darle muerte). En la segunda forma de dolo, el autor tiene igualmente conocimiento del hecho, pero no quiere producir el resultado, aunque lo asume como necesario(A quiere matar al diplomático B, para lo cual coloca una bomba en su auto, sabiendo que con ello va a matar también al chofer, a quien no quiere matar). El dolo eventual carece de elemento volitivo[1776], constando únicamente del elemento cognitivo. La distinción con el dolo directo de segundo grado, se encuentra en el menor grado de conocimiento sobre la lesividad de la conducta, pues en el dolo eventual solamente existe un conocimiento sobre la probabilidad de que la conducta devenga en un resultado lesivo (por ejemplo: A, que vive en el piso dieciocho de un edificio de una zona transitada, lanza por la ventana de su departamento un mueble de regulares dimensiones, el cual cae sobre un transeúnte que circulaba por la calle). Pese a las diferencias apuntadas, estas tres formas de dolo deben contener los elementos exigibles para que el dolo pueda cumplir su función en la imputación subjetiva[1777].

Dentro de la culpa, por su parte, se pueden distinguir la culpa inconsciente y la culpa consciente. En esta última, el autor se representa la posible lesividad de su comportamiento (el autor es consciente que por la excesiva velocidad del auto que maneja puede atropellar a un peatón), mientras que en la primera esta representación no tiene ni siquiera lugar (un conductor distraido por la radio no se percata que está pasando un semáforo en

[1776] Vid., sobre esto con mayor detalle, Frisch, *Vorsatz*, pp. 4 y ss., 473 y ss.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 21 y ss.

[1777] Así, Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 38.

rojo y atropella a un transeúnte)[1778]. En ambas formas de culpa existe un comportamiento contrario al deber de cuidado, pero subjetivamente sólo la culpa consciente cuenta con el conocimiento actual de que la conducta puede producir un resultado lesivo[1779].

A partir de las formas de dolo y la culpa antes descritas resulta posible exponer las formulaciones que se han hecho para establecer el criterio que permitiría diferenciar ambas clases de tipo subjetivo. Al respecto existen fundamentalmente dos líneas de interpretación en la discusión doctrinal actual, las cuales intentaremos exponer sintéticamente.

A. La teoría de la voluntad

En primer lugar se encuentran los defensores de la teoría de la voluntad, para quienes la diferencia subjetiva entre dolo y culpa estaría en la existencia de voluntad respecto del resultado en el dolo y la ausencia de dicho elemento en la culpa[1780]. Dolo sería entonces conocimiento del hecho más voluntad respecto del resultado, mientras que culpa sería conocimiento del hecho sin voluntad de producir el resultado.

A la teoría de la voluntad se le ha cuestionado llegar, si se es riguroso, a resultados inadmisibles. El dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado no podrían fundamentarse plenamente, pues mientras en el primero no hay voluntad respecto del resultado, en el segundo caso el resultado se tiene solamente como consecuencia necesaria de la actuación. La doctrina penal ha intentado compensar esta ausencia del elemento volitivo en el dolo eventual con otros elementos de carácter emocional, con los que se busca justificar el castigo a título de dolo de actos realizados sin una voluntad sobre el resultado. De esta manera, se han formulado las teorías del acuerdo, la ratificación, la resignación, la aprobación y el consentimiento[1781]. Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les

---

[1778] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 59 y ss., destacando que la diferenciación no tiene gran relevancia práctica, aunque acepta que la culpa consciente debe merecer, en principio, mayor penalidad.

[1779] Por eso, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 223, discute la punibilidad de la culpa inconsciente, en la que no resulta posible la vinculación subjetiva con la lesión del bien jurídico.

[1780] Vid., sobre la teoría de la voluntad, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 60 y ss.

[1781] Vid., DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 22; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 62; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder StGB*, § 15, n.m. 80 y ss.

ha criticado su intento de reemplazar el elemento de la voluntad por sucedáneos emocionales y dejar de lado finalmente su punto de partida: El dolo como conocimiento y voluntad[1782].

Si se sigue estrictamente el punto de partida de la teoría de la voluntad, el único planteamiento que resulta coherente es el defendido por Bustos Ramírez, quien señala que los casos de dolo eventual son estructuralmente casos de culpa, pero con un elemento subjetivo añadido de decisión contra el bien jurídico[1783]. Este elemento subjetivo adicional permitiría castigar estos supuestos con la pena del dolo (atenuada) por razones político-criminales, aunque queda claro que estructuralmente estamos ante una conducta de carácter culposo. En otras palabras: Se trata de castigar por razones político-criminales como dolo una conducta que en el plano dogmático se presenta como culpa.

B. La teoría del conocimiento

Los problemas generados por los defensores de la teoría de la voluntad dieron pie a que otros autores defiendan la teoría de la representación o posibilidad, la cual ubica la diferencia entre el dolo y la culpa en el elemento cognitivo[1784]. La representación o conocimiento de la posibilidad de aparición del resultado determinaría la imputación a título de dolo. A este parecer se le critica, al contrario que la teoría de la voluntad, extender demasiado el ámbito del dolo, en la medida que saca del ámbito de la culpa la figura de la culpa consciente, pasando ésta a formar parte del ámbito de las conductas dolosas[1785]. Así como la teoría de la voluntad pone el listón del dolo demasiado alto, la teoría de la representación lo coloca, por el contrario, demasiado bajo.

Para evitar la excesiva ampliación de las conductas dolosas se ha propuesto exigir un requisito adicional, como lo hace la llamada teoría de la probabilidad, la cual requiere, para el dolo, no sólo que el autor se represente el posible resultado lesivo, sino que se represente un grado relevante de probabilidad de su producción[1786]. En este sentido, la diferencia entre

---

[1782] Vid., Díaz Pita, *El dolo eventual*, p. 25 y s.; Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 65.
[1783] Vid., Bustos Ramírez, *RJCat* 1984, p. 321 y ss.
[1784] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 38 y ss.
[1785] Así la tan citada afirmación de Schröder, *FS-Sauer*, p. 245: "*Toda culpa es culpa inconsciente*".
[1786] Vid., sobre la teoría de la probabilidad, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 42 y s.; Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 66 y ss.

ambas formas de responsabilidad subjetiva seguirá encontrándose únicamente en el elemento cognitivo, siendo, por tanto, el criterio de distinción un aspecto puramente cuantitativo[1787]. La cuestión será precisar el nivel de conocimiento de la probabilidad de aparición del resultado que se requiere para que la conducta sea dolosa o, en su defecto, culposa.

Lo problemático en la teoría de la probabilidad se encuentra en cómo determinar el nivel de probabilidad que el autor debe conocer para la configuración de una responsabilidad dolosa. ¿Conocimiento de una probabilidad de más de un cincuenta por ciento sería un delito doloso y menos de cincuenta por ciento sería un delito culposo? [1788] Pero, además, habría que precisar cómo se determina el conocimiento probable de aparición del resultado. A la dificultad de encontrar un criterio de probabilidad objetivo que delimite el dolo y la culpa hay que sumar las injustas consecuencias que se producirían de seguir un criterio subjetivo de determinación de la probabilidad. Si el conocimiento de la probabilidad se configurase subjetivamente, se favorecería de manera injustificada a los descuidados frente a los escrupulosos. Es decir, que los que se representaron la probabilidad del resultado responderán por dolo eventual, mientras que los indiferentes tendrán una responsabilidad únicamente por culpa. La solución a estos inconvenientes solamente se puede alcanzar con un proceso de normativización del tipo subjetivo.

3. La normativización del tipo subjetivo

A. La evitabilidad individual

Para poder dar contenido dogmático al dolo y a la culpa de manera que puedan diferenciarse adecuadamente, es necesario poner la mirada previamente en el criterio normativo que informa la imputación subjetiva. Este criterio es la evitabilidad individual. La razón por la que se erige la evitabilidad individual como criterio informador de la atribución subjetiva del hecho, se debe a que en la sociedad actual el mundo se encuentra desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En la medida

[1787] Por el contrario, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 279, considera que la diferencia entre dolo e imprudencia es cualitativa. En contra de una distinción cualitativa, MOLINA FERNÁNDEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 734 y ss.

[1788] En este sentido la crítica de MIR PUIG, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir.), p. 25.

que las consecuencias de los sucesos resultan en gran medida calculables, las personas tienen cierta capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Esta capacidad de evitación individual del resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa[1789], permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona. Por el contrario, lo que es subjetivamente imprevisible resulta inevitable para el autor, por lo que no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado por ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

Para explicarlo con algunos ejemplos: El autor que decide matar al amante de su mujer y, por tal motivo, espera a éste con el automóvil a la salida del trabajo para atropellarlo, estará en condiciones de evitar el resultado mortal no acelerando el automóvil contra su enemigo sentimental al verlo salir del trabajo. Del mismo modo, el avezado conductor que conduce a excesiva velocidad dentro de la zona urbana, podrá evitar la producción del posible atropellamiento, si, en cumplimiento del deber de cuidado exigible, reduce la velocidad a los límites permitidos. Por el contrario, no podrá evitar el resultado aquél que atropella en plena carretera a una persona que intempestivamente se mete en el trayecto del automóvil a escasos metros, de manera tal que le resulta imposible una maniobra evasiva o una frenada de emergencia. En la medida que al conductor no le resulta previsible la aparición de tal persona en la carretera, la muerte producida no podría atribuírsele subjetivamente. En consecuencia, sólo la conducta dolosa o culposa puede sustentar una responsabilidad penal con base en el criterio de la evitabilidad individual, quedando lo subjetivamente imprevisible al margen de lo punible.

B. La teoría de la probabilidad

Si tanto en el dolo como en la culpa se presenta la evitabilidad individual que fundamenta la imputación subjetiva, la pregunta lógica será dónde se encuentra la diferencia entre estas dos formas de imputación subjetiva. Lo primero que hay que señalar es que en una imputación subjetiva basada en la evitabilidad individual el elemento volitivo no constituye un requisito necesario. Este elemento, importante aún en la doctrina dominante para delimitar el dolo eventual de la llamada culpa consciente, no forma parte

[1789] Así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 154: "*Tanto el comportamiento doloso como el imprudente son comportamientos evitables*".

en propiedad de la tipicidad subjetiva del hecho basada en la evitabilidad individual[1790]. El deber de evitar la producción de un resultado lesivo se activa únicamente con el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la producción del resultado desvalorado, con independencia de la voluntad del autor de producir dicho resultado[1791]. Esta afirmación, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el Derecho penal requiera imputar al autor una "voluntad particular" para decidir determinadas cuestiones generales de la imputación como la tentativa o el delito continuado, o fundamentar hechos concretos que requieren un especial ánimo del autor para adquirir relevancia penal. Pero para la configuración de la estructura básica del dolo no se requiere de dicho elemento volitivo.

En atención a las consideraciones hechas, el criterio de distinción entre el dolo y la culpa solamente podrá encontrarse en el elemento cognitivo. Tanto el dolo como la culpa implican conocimiento, pero en grados distintos que provocan niveles diferenciados de evitabilidad[1792]. En este orden de ideas, la diferencia se encuentra únicamente en un plano cuantitativo, referido concretamente al grado de conocimiento de la potencialidad lesiva de la conducta defraudatoria de la norma. Si el nivel de conocimiento atribuido al autor sobre la probabilidad de infringir la norma obligaría a un ciudadano fiel al Derecho a desistir de su actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso, se tratará de un delito doloso. Por el contrario, si el nivel de conocimiento sobre la probabilidad de la lesión resulta insuficiente para activar el deber de interrupción de la conducta realizada, pero impone el deber de incorporar ciertos mecanismos de aseguramiento (deber de informarse, por ejemplo), estaremos ante un delito culposo[1793].

[1790] Destacan actualmente la irrelevancia del elemento volitivo en el dolo HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 434 y ss.; FRISCH, *Vorsatz*, p. 255 y ss.; KINDHÄUSER, *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.; HERZBERG, *JuS* 1986, p. 249 y ss.; SCHUMANN, *JZ* 1989, p. 427; PUPPE, *ZStW* 103 (1991), p. 14 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC* 65, p. 271 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 275 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 248.

[1791] Vid., GARCÍA CAVERO, en *Cuestiones actuales*, p. 28.

[1792] Sobre la cercanía a la evitabilidad en el dolo y la culpa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 170. Por el contrario, FRISCH, *Vorsatz*, p. 46 y ss., recurre a la mayor peligrosidad frente a los bienes jurídicos en los delitos dolosos.

[1793] Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, *ZStW* 96 (1984), p. 25 y ss., 34. Para determinar el concreto deber de actuar en función del conocimiento, KINDHÄUSER, *InDret* 4/2008, pp. 9, 24, recurre al mecanismo del silogismo práctico, en cuya premisa se contiene un objetivo determinado, en la menor los conocimiento sobre las posibilidades de cumplir con el objetivo y en la conclusión la acción que debe emprender el agente para cumplir con el objetivo.

III. El dolo

1. La configuración penal del dolo

En una comprensión de la norma penal como norma de conducta dirigida a una persona para evitar la lesión de un bien jurídico, la infracción de la norma más grave desde el punto de vista subjetivo sería la intención de lesionar el bien jurídico[1794]. La imposición de la sanción penal encontrará su fundamento en el hecho de que el sujeto ha conocido y querido realizar todos los elementos pertenecientes al tipo penal que describe la conducta lesiva del bien jurídico[1795]. A esta forma subjetiva de infringir la norma se le conoce como dolo, cuyo contenido estaría constituido por una especial relación subjetiva entre el autor (conocimiento y voluntad) y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. A ello se le agregaría un conocimiento del hecho como penalmente prohibido (conocimiento de la antijuricidad del hecho), ya que, para atribuir responsabilidad penal, no basta que el autor sepa y quiera realizar una determinada conducta lesiva, sino que debe saber que se trata de una conducta antijurídica.

La configuración del dolo adquiere unos contornos normativos muy distintos si se centra en la norma de sanción, es decir, en la función que el Derecho penal cumple con la imposición de la sanción penal. Desde esta perspectiva, la necesidad de reestabilización resulta mayor en los casos en los que el cumplimiento del deber de evitación de la defraudación de una norma resulta más patente, lo que permite concluir que la actuación subjetiva más grave es aquella en la que existe pleno conocimiento de la infracción de la norma[1796]. En este orden de ideas, el dolo estará conformado por la imputación del conocimiento necesario para que el autor reconozca suficientemente que su actuación producirá consecuencias que cuestionan la vigencia de expectativas sociales elementales, de manera que, si quiere mantenerse fiel al Derecho, tendría que desistir de emprender dicha ac-

---

[1794] Vid., Antolisei/Conti, *Istituzioni*, p, 189.

[1795] Vid., en nuestro país, Rojas Vargas, *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 354. Sobre el carácter aún dominante de esta comprensión del dolo en el Derecho penal alemán, vid., Frisch, *Vorsatz*, p. 24; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 4; Schmidhäuser, *Vorsatzbegriff*, p. 5, nota 3.

[1796] En este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 8, señala que el dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias. En la misma línea, anteriormente, Schmidhäuser, *Vorsatzbegriff*, p. 11 y ss.

tuación o interrumpir el suceso riesgoso. Como se verá a continuación, esta reformulación del dolo no constituye sólo un cambio de palabras, sino que trae consigo un conjunto de modificaciones sustanciales respecto de su contenido tradicional.

A. La falta de necesidad del elemento volitivo

Con buen criterio el legislador penal no ha establecido, a diferencia del legislador penal de 1924, una definición de dolo que establezca cuáles son sus elementos constitutivos[1797]. Y decimos que con muy buen criterio porque el contenido del dolo no puede fosilizarse con una determinada definición estática en una realidad cambiante, sino que debe determinarse atendiendo al carácter dinámico de las estructuras sociales y, por tanto, al cambio de los criterios de imputación de responsabilidad penal. En este sentido, la respuesta a la pregunta referida al contenido del dolo requiere de un análisis de los criterios de imputación que configuran el Derecho penal de la sociedad actual.

En un Derecho penal que se encarga de proteger bienes jurídicos frente a ataques dirigidos a lesionarlos, resulta lógico entender que la acción más grave desde el punto de vista subjetivo es aquélla que contiene una voluntad específica de lesionar el bien jurídico. El dolo no podrá estar constituido solamente por el conocimiento, sino que requerirá de un elemento volitivo referido al resultado lesivo. Por el contrario, en un Derecho penal que se encarga de evitar la creación de riesgos prohibidos, resulta lógico que el elemento volitivo deje de ser decisivo y el centro del reproche se encuentre en el conocimiento de la generación de los riesgos prohibidos. No cabe duda que la actual configuración social se corresponde con esta segunda visión del Derecho penal.

Con base en lo anterior, puede decirse que la imputación dolosa constituye la acción subjetivamente más grave, en la medida que el autor conoce de forma clara el carácter defraudador de su comportamiento, siendo el elemento volitivo, en todo caso, un signo de mayor infidelidad al Derecho, pero no un elemento constitutivo de la evitabilidad exigida respecto de su comportamiento. En este sentido, el elemento volitivo no resultará necesa-

[1797] No obstante, ROSALES ARTICA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6, diciembre de 2009, p. 82, hace alusión a un concepto negativo de dolo que se desprende de la regulación del error en el Código Penal.

rio para fundamentar la evitabilidad individual del delito doloso, aunque su presencia pueda sustentar en el caso concreto un mayor reproche subjetivo al autor (como dolo directo de primer grado). Puede incluso que en determinados tipos penales se requiera del elemento volitivo como elemento necesario para fundamentar la relevancia penal del comportamiento por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva para el castigo penal. Pero lo que debe quedar claro es que la forma básica del dolo no requiere un elemento volitivo respecto de las consecuencias de la acción emprendida[1798]. El dolo es solamente conocimiento suficiente de la aparición del riesgo que genera un deber de evitación, expresado como deber de no emprender o interrumpir la acción riesgosa[1799].

La jurisprudencia en nuestro país se ha mantenido en la idea clásica de que resulta necesaria, para la imputación dolosa, la demostración del elemento volitivo[1800], muy a diferencia de la jurisprudencia penal española, la que, por el contrario, muestra una orientación cada vez más clara a la renuncia del elemento volitivo, tal como lo expone BACIGALUPO ZAPATER[1801]. La situación parece, sin embargo, que está tomando otro cariz en nuestro país a raíz de los fallos emitidos en el proceso penal por el famoso caso de la Discoteca Utopía. En efecto, la sentencia de segunda instancia emitida por la Tercera Sala Penal de reos en cárcel de la Corte Superior de Lima partió conceptualmente del dolo eventual como la seria consideración de la probabilidad del resultado daño y la actuación a pesar de dicha probabilidad (Sentencia del 21 de noviembre de 2006 en el Exp. N° 43-05), lo que se acerca a una teoría de la probabilidad. Si bien la Corte Suprema declaró la nulidad de esta sentencia, no entró a discutir el concepto de dolo utilizado, sino la inobservancia de otros elementos probatorios, especial-

[1798] Vid., así, KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 50; BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 70, 78. De otro parecer, ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120.

[1799] Por lo tanto, el dolo resulta igual en la acción y la omisión. Por eso, no se entiende, como lo destaca BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 71, que desde hace mucho en la comisión por omisión el dolo se configure únicamente con el elemento cognitivo

[1800] Vid., por mencionar algunas decisiones a nivel supremo y superior, la sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 3019-98 Puno del 18 de septiembre de 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 115 y s.], la sentencia de la Corte Suprema R-N. N° 517-2004 del 3 de junio de 2004 (CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia Penal*, 1, p. 149), la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 4390-98 de 11 de diciembre de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 41] o la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 601-99 de 16 de agosto de 1999 [*Diálogo con la jurisprudencia* 41 (2002), p. 165 y s.]

[1801] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 73 y ss.

mente de carácter indiciario, para determinar el grado de conocimiento del imputado (R.N. N° 2167-2008 Lima del 10 de diciembre de 2010). Queda claro que la distinción entre dolo y culpa en la jurisprudencia nacional tiene un antes y un después del caso Utopía.

B. La determinación del conocimiento en el dolo

Precisado que el dolo es el conocimiento sobre la defraudación de la norma, en un nivel tal que debe llevar a un ciudadano fiel al Derecho a no emprender la acción riesgosa o interrumpir el suceso riesgoso, 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»[1802]. La opinión general tiende a exigir para el conocimiento de los elementos descriptivos una percepción sensorial del autor y para los normativos una referencia a normas o valores que le permitan al autor hacer un juicio de valor[1803]. En la medida que el conocimiento en los primeros se adquiere a través de una percepción sensorial, no será necesario ningún criterio normativo de determinación, sino simplemente una constatación del juez de ciertos datos objetivos que evidencian en el autor el conocimiento sensorial de los aspectos típicamente relevantes del hecho.

La doctrina penal ha reconocido, sin embargo, que muchos de los catalogados elementos descriptivos, como por ejemplo "arma" en el robo agravado o incluso "persona" en el homicidio, pueden presentar dificultades de determinación en ciertas zonas limítrofes[1804], por lo que cabría decir que también estos elementos del tipo presentan un cierto contorno valorativo[1805]. El mismo fenómeno de relativización de la diferencia puede

---

[1802] O similares: como elementos normativos en sentido amplio y elementos normativos en sentido estricto como lo hace ENGISCH, *FS-Mezger*, p. 140; hechos naturales y hechos institucionales como lo hace DARNSTÄDT, *JuS* 1978, p. 441 y ss.; elementos unidimensionales y pluridimensionales como lo hace, KUNERT, *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss.

[1803] En este sentido, por ejemplo, RUDOLPHI, *SK* § 16, n.m. 21; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder *StGB*, § 15, n.m. 17 y ss.

[1804] Vid., en este sentido, SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 100 y s.; KINDHÄUSER, en *El error*, p. 144.

[1805] Así, RADBRUCH, *FS-Frank*, I, p. 167; WOLF, E., *Las categorías*, p. 107 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtbewusstsein*, p. 176; ENGISCH, *FS-Mezger*, p. 142 y ss; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 37; KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 419; PUPPE, en *El error*, p. 95; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un) kenntnis*, p. 76 y ss.; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder *StGB*, § 15, n.m. 20, 39; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 17.

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[1806] (por ejemplo, el elemento típico "documento" en el delito de falsificación documental necesita de un soporte material). 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. El conocimiento necesario para la atribución del dolo se presenta, de esta manera, como un proceso de conocimiento por percepción sensorial y de valoración[1807]. No hay elementos descriptivos y normativos, sino una percepción sensorial y una valoración que permiten al autor conocer que lleva a cabo un hecho delictivo.

Además de la relativización de la diferencia entre elementos descriptivos y normativos, hay que destacar que el proceso descrito de determinación del conocimiento de estos elementos del tipo penal resulta tan evidente, como inapropiado. No cabe duda que desde una perspectiva interna el autor debe conocer la realización de los aspectos descriptivos y normativos del hecho recogidos en el tipo penal. Pero este proceder desconoce que la determinación de la responsabilidad penal no se hace desde la perspectiva interna del autor, sino desde fuera[1808]. En esta línea, resulta usual precisar que la determinación de lo interno debe hacerse con base en ciertos datos objetivos que evidencian las disposiciones internas del autor. Así lo hizo, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español para demostrar el *animus necandi* en el delito de homicidio, recurriendo a datos externos antecedentes (amenaza de muerte), concomitantes (en qué parte del cuerpo se asestó la puñalada) o posteriores (el ocultamiento del cuerpo). Pero tampoco se trata de deducir de los datos externos la interioridad de la persona. Esta comprensión disfraza la realidad del procedimiento de determinación del conocimiento del que el autor dispone, pues no se verifica ningún conocimiento psicológico, sino que el conocimiento necesario

---

[1806] Vid., en este sentido, Schlüchter, *Irrtum*, p. 75 y s.; Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 37; Puppe, en *El error*, p. 105 y s.

[1807] En este sentido, Radbruch, *FS-Frank*, I, p. 167; Mezger, *Tratado*, II, p. 145; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168; Platzgummer, *Die Bewußtseinsform*, p. 41; Warda, *Jura* 1979, p. 801; Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 37; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 11, n.m. 1116.

[1808] Así, Cancho Espinal, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 15, septiembre de 2010, p. 86, habla de subjetividad objetivada.

para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal[1809]. A la línea de pensamiento que busca destacar esta realidad de las cosas se le conoce actualmente como el normativismo jurídico-penal.

La comprensión normativa del dolo parte de la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni se verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito[1810] y pasa a convertirse en una imputación de conocimiento con base en criterios normativos[1811]. Estos criterios normativos no dependen de indicadores externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente penal[1812]. En este sentido, 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. De esta manera, para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular. 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 penal no estará personalizada.

Como lo acabamos de señalar, el conocimiento que fundamenta el dolo no depende de la tradicional diferencia entre «elementos descriptivos y elementos normativos», sino que dicho conocimiento se alcanza a través de «una percepción sensorial y de un proceso de valoración» del hecho típico. En este sentido, la fundamentación del dolo requiere poder imputar al autor el conocimiento del hecho, alcanzado por percepción sensorial y por valoración, que sea suficiente para activar un deber de evitar realizar el hecho. Entre ambos aspectos del conocimiento no existe una diferen-

[1809] Vid., CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 75.

[1810] Vid., en este sentido, en general, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 55L; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 272, 357. Por el contrario, FRISCH, *Vorsatz*, p. 346 y ss., se centra en el *conocimiento del autor* de los aspectos relevantes de la conducta típica (la creación del peligro desaprobado).

[1811] Vid., en este sentido, HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht*, p. 201; CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 75.

[1812] Vid., igualmente, CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 77.

cia cualitativa[1813], de manera que el criterio para decidir su imputación al autor sigue siendo las competencias de conocimiento exigidas por el rol y las circunstancias personales del autor[1814]. La diferencia se encuentra únicamente en los criterios utilizados para precisar las competencias de conocimiento exigidas al autor. Mientras que la imputación de conocimiento por percepción sensorial cuenta con criterios de determinación más generalizados, en la imputación por valoración existe una mayor posibilidad de sectorializar las exigencias de conocimiento. Desarrollemos estas afirmaciones de manera más detenida.

a. El conocimiento de lo sensorialmente percibido

El conocimiento por percepción sensorial que se requiere para imputar el dolo al autor se determina normativamente[1815]. Al juez no le es posible verificar el conocimiento que el autor ha percibido a través de sus sentidos, por lo que sólo queda recurrir a un criterio normativo para hacerlo. Este criterio normativo tiene como punto de partida las competencias de conocimiento derivadas de los roles atribuidos a la persona. En el caso del rol general de ciudadano, la determinación de lo que el autor conoció sensorialmente tiene como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción. No obstante, esto no basta para fundamentar la imputación de conocimiento de los aspectos fácticos, sino que es necesario precisar además que el autor en sus concretas condiciones personales debía conocer esos aspectos. Las averiguaciones procesales deben orientarse precisamente a la determinación de este contexto específico[1816], el cual podría incluso reducir la exigencia normativa respecto del ciudadano con capacidades normales de percepción (por ejemplo, si se trata de un miope)[1817], siempre que la situación de menor capacidad de percepción no se atribuya al sujeto como propia culpa o como infracción de un deber de no emprender ciertas acciones

---

[1813] Vid., en este sentido, KUNERT, *Die normativen Merkmale*, pp. 38 y s., 91; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 13; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 26.

[1814] Sobre la configuración del lado subjetivo del hecho con base en roles, vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 128 y ss.

[1815] En este sentido, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, I § 20, n.m. 56; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 37; KUHLEN, *Unterscheidung*, pp. 228, 419.

[1816] Vid., en este sentido, HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht*, p. 202.

[1817] Sobre las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 425 y ss.

en determinadas circunstancias[1818]. Por otra parte, la determinación de las competencias de conocimiento puede también elevar el grado de conocimiento respecto de un ciudadano con capacidades normales, en la medida que el autor haya incorporado potencialidades especiales en su relación con los demás. Este aumento de la imputación del conocimiento por percepción sensorial tiene lugar, por lo general, en el caso de roles especiales, en donde muchas veces la idoneidad para asumir tales roles depende de ciertas facultades específicas de percepción (policía, médico, etc.). Como puede verse, la imputación de conocimiento por percepción sensorial que fundamenta el dolo se realiza mediante criterios normativos jurídicamente establecidos.

b. El conocimiento alcanzado por valoraciones

Para determinar en el autor el *conocimiento por valoración* se han desarrollado en la doctrina penal, a propósito de los elementos normativos del tipo, criterios muy diversos. La propuesta más simplificadora fue la formulada por la teoría de los conceptos complejos[1819]. Conforme a esta teoría, el autor sólo debe conocer la base fáctica sobre la que se elabora el concepto incorporado como elemento normativo del tipo (por ejemplo, el soporte material en el caso del elemento típico "documento" del delito de falsificación de documento), no siendo necesario que tenga una representación completa del concepto jurídico utilizado. Pese al aligeramiento probatorio que propone la teoría de los conceptos complejos, en la actualidad se rechaza unánimemente que el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización del tipo baste para el dolo[1820]. El autor debe conocer también el sentido que posee la realidad percibida.

A partir de lo anteriormente señalado, la doctrina penal ha tenido claro que los elementos normativos del tipo precisan que el autor com-

---

[1818] Sobre cómo lo normativo puede condicionar el conocimiento fáctico, vid. MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 33.

[1819] Sobre la llamada teoría de los conceptos complejos, vid., VON HIPPEL, en *Vergleichende Darstellung*, AT, T. III, p. 373 y ss.; EL MISMO, *Lehrbuch*, p. 138. Una generalización del criterio de los elementos complejos para la determinación del conocimiento de todos los elementos de tipo penal muestra, de alguna manera, la propuesta de HERBERGER, en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), p. 153 y s.

[1820] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 49.

prenda el sentido de las circunstancias fáticas percibidas[1821]. Para mantenernos en el ejemplo antes utilizado: El autor debe saber que el soporte físico percibido sirve para probar la declaración de voluntad que contiene. En sintonía con esta idea, se han ofrecido diversos planteamientos en la discusión doctrinal. Por ejemplo, cabe destacar la propuesta de DARNSTÄDT, quien con base en una clasificación distinta a la tradicional (hechos naturales y hechos institucionales), 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[1822]. Acentúa también el aspecto comprensivo el planteamiento ofrecido por KUNERT, al exigir para el dolo la comprensión de las circunstancias del hecho con base en la diferencia de elementos unidimensionales (referidos al ámbito estrictamente natural) y los elementos pluridimensionales (referidos al ámbito social o cultural), existiendo entre ambas clases de elementos no más que un diferente grado de comprensión[1823]. Pero la doctrina penal fue siempre consciente que llevar la exigencia de conocimiento a la aprehensión del sentido podía traer consigo que se termine exigiendo al autor un nivel de conocimiento técnico-jurídico, por lo que desde muy pronto se tuvo claro sobre la necesidad de hacer una valoración paralela en la esfera del profano.

La valoración en la esfera del profano es un procedimiento ofrecido al juez para determinar cuándo la persona del autor conoce el sentido de un elemento normativo del tipo. El juez debe renunciar a exigir en el autor un conocimiento de carácter legal, para centrarse en sus pensamientos y en el entorno en el que se encuentra[1824]. Pese al acuerdo mayoritario de la doctrina de acudir a una valoración en la esfera del profano, hay que señalar que no hay parámetros claros para realizar esta valoración, de manera tal que resulta siempre posible hacer reducciones injustificadas a la fórmula

---

[1821] Vid., así, HARDWIG, *GA* 1956, p. 369 y s., en tanto entendía que con la determinación del dolo se trata propiamente de una aprehensión de sentido.

[1822] DARNSTÄDT, *JuS* 1978, p. 442 y ss.

[1823] KUNERT, *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss.

[1824] La paternidad de la fórmula de la valoración paralela se le atribuye a MEZGER, *Tratado*, II, p. 155 y s. No obstante la doctrina penal se remonta incluso a la llamada "subsunción conforme al profano" de BINDING, *Normen*, III, p. 148. Por su parte WELZEL, *JZ* 1954, p. 279, 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 consciencia del autor".

cuando se entiende que exige demasiado en determinados contextos[1825]. Como lo ha puesto de manifiesto BUSCH, la teoría de la valoración paralela en la esfera del profano estuvo dirigida más a evitar que el juez utilice su propia perspectiva (la jurídica) que a ofrecer un criterio seguro para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo[1826].

Con la finalidad de ofrecer un criterio de determinación del conocimiento más preciso, SCHLÜCHTER acude a la idea de la reducción teleológica. Esta autora se apoya en los conceptos de connotación y denotación manejados en la semántica general para sostener que el conocimiento penalmente relevante de los elementos normativos consiste en el conocimiento de las partes del hecho a los que hace referencia el tipo penal correspondiente interpretado teleológicamente, esto es, que el conocimiento del autor respecto del hecho al que se refiere el tipo penal debe ser suficiente para darse cuenta del componente significativo referido al bien jurídico protegido[1827]. Para afirmar el dolo bastará, por lo tanto, con que el autor comprenda el significado lesivo de la conducta realizada. Al planteamiento de la reducción teleológica se le ha cuestionado, sin embargo, tener referentes muy imprecisos[1828], sin contar con el hecho de que la propia determinación de cuál es el bien jurídico penalmente protegido es ya un tema sumamente discutible[1829]. Por consiguiente, este planteamiento no ofrece realmente una solución al problema de indeterminación que se le achacó a la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano.

Las propuestas actuales procuran determinar el objeto de conocimiento de los elementos normativos del tipo al margen del tenor legal, sea a través de una comprensión paralela profana, sea a través de una reducción teleológica. Por esta razón, dirigen el dolo, más bien, a la apre-

---

[1825] Vid., en este sentido, FRISCH, en *El error*, pp. 52, 75; KINDHÄUSER, en *El error*, p. 155; SCHWEGLER, *Der Subsumtionsirrtum*, p. 127

[1826] Vid., BUSCH, *FS-Mezger*, p. 168. Actualmente han intentado dar contornos específicos a este criterio, BACKES, O., *Die sogenannte Parallelwertung*, p. 91 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Die Parallelwertung*, p. 36 y ss. Críticamente frente a estas nuevas formulaciones de la valoración el esfera del profano, KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 455 y ss, 464 y ss.

[1827] En este sentido, SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 6 y ss. Comparte la propuesta de Schlüchter, MAIWALD, *Unrechtskenntnis*, p. 20, nota 57 a. Críticamente frente a la reducción teleológica, PUPPE, en *El error*, p. 91 y ss.; FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, p. 422 y ss.

[1828] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 101.

[1829] Vid., con mayores referencias, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición*, p. 423.

hensión del sentido del tipo penal, esto es, a aquellos aspectos del hecho a los que el tipo penal hace referencia. En esta dirección discurre, por ejemplo, la propuesta de Frisch con la idea de la concreción específica para el autor del fundamento de la prohibición[1830]. De similar orientación es la propuesta de Puppe, en tanto busca concretar el sentido del tipo penal en el hecho y exigir para el dolo del autor únicamente este conocimiento[1831]. Más laxa se presenta la interpretación de Kindhäuser, quien no exige en el dolo el conocimiento del sentido de la norma penal, sino simplemente los presupuestos empíricos del juicio de veracidad sobre la oración normativa del tipo[1832]. Pese al mayor nivel de concreción alcanzado por las formulaciones precedentemente reseñadas, éstas no han terminado de dar el salto a una construcción normativa en la imputación del dolo, en la medida que intentan colocarse todavía en el mundo de las representaciones del autor. Como ya lo hemos indicado, el Derecho penal no puede, ni debe, entrar directamente en la interioridad de la persona, sino realizar con sus propios criterios normativos una imputación de esa disposición interior.

En el caso de los procesos valorativos, el ordenamiento jurídico se ve obligado a realizar una mayor especificación de los criterios que definen las competencias de conocimiento que le corresponden al titular del rol correspondiente, ya que la objetividad de las valoraciones resulta menos plausible que las capacidades de percepción de un sujeto. En este sentido, la determinación de lo que un sujeto debía conocer depende, en cuestiones de valoración, de muchas referencias normativas establecidas por el ordenamiento jurídico. Debe reconocerse, sin embargo, que no se trata de incluir en la imputación subjetiva todas las competencias de conocimiento atribuidas al sujeto, sino solamente aquéllas 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 exigírsele al autor en su situación personal. Como puede verse, el criterio normativo que utilizamos realiza un giro frente a la determinación usual del dolo, en tanto establece desde el Derecho Penal el conocimiento por valoración de los elementos del tipo penal correspondiente. En este sentido, el juez no baja en su valoración a

[1830] Frisch, en *El error*, pp. 72 y ss., 77 y s.
[1831] Puppe, en *El error*, p. 95 y ss.
[1832] Kindhäuser, en *El error*, p. 144 y ss.

la esfera del profano, sino que sube, más bien, al sujeto individual al nivel de ciudadano y determina en este lugar el conocimiento de los elementos típicos considerando sus circunstancias personales. Veamos la capacidad de resolución de este criterio con un ejemplo concreto.

Pensemos en una persona mayor de edad, aparentemente sin ningún problema mental, con educación primaria, secundaria y superior, que ha vivido siempre en la capital en un nivel medio, con un grupo de amigos de su círculo profesional, que trabaja desde hace diez años como director de una empresa aceitera y que para obtener mayores beneficios económicos decide refinar aceite industrial desnaturalizado con anilina y venderlo como aceite para el consumo humano[1833]. Sin entrar en un análisis detallado de la imputación objetiva, supongamos que efectivamente esta conducta encuadra en el tipo objetivo del delito de tráfico de productos nocivos del artículo 288 del CP. En cuanto a la imputación subjetiva, que es la que aquí nos interesa, cabe decir primeramente que el juez no verifica lo que el sujeto tenía en mente al comercializar el aceite industrial, en donde lo único que encontraría sería en todo caso una mezcla de sentimientos que difícilmente un jurista podría ordenar con fines de imputación. Tampoco se pone en lugar del sujeto al momento de cometer el hecho y hace desde ahí una valoración paralela para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación[1834]. Todo lo contrario, lo que hace el juez penal es considerar al sujeto en su posición de administrador de una empresa del ramo aceitero y determinar si las competencias de conocimiento derivadas de tal posición pueden exigírsele en sus concretas circunstancias personales[1835]. Que el sujeto sabía que estaba comercializando un producto capaz de comprometer la salud de los consumidores, resulta fácilmente imputable, pues al administrador de una empresa aceitera con muchos años en el ramo puede exigírsele jurídicamente que cuando menos sepa que el aceite desnaturalizado con anilina constituye un producto nocivo[1836]. Sus circunstancias personales no le

[1833] Se trata de una pequeña variación del famoso caso del aceite de colza sucedido en España en el año de 1981 y que produjo 330 muertes y 15,000 afectados. Sobre la trama central del caso, vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón, (coord.), p. 263 y ss.

[1834] Es así como proceden en suma la valoración paralela en la esfera del profano y el método de reducción teleológica.

[1835] En el mismo sentido, la argumentación con otro ejemplo de HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht*, p. 194.

[1836] Vid., sobre este aspecto en la sentencia del caso del aceita de colza, con puntuales comentarios, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 100 y s.; RAGUÉS I VALLÈS,

han impedido acceder al conocimiento que su rol le exige. La posibilidad de que el refinado del aceite industrial elimine la anilina tóxica no permite excluir en el caso concreto el conocimiento de la nocividad del aceite por parte del autor, pues los empresarios de este sector deben saber también que los procesos actuales de refinado no aseguran la eliminación completa de la anilina[1837]. La posición social del autor permite, por lo tanto, imputarle el conocimiento del carácter nocivo del aceite, no pudiendo la consideración de sus circunstancias personales negar tal posibilidad de conocimiento.

El hecho de que pongamos especial énfasis en que el conocimiento que sustenta el dolo no se constata ni se verifica, sino que se imputa, tiene como consecuencia asumir la posibilidad de que, en algunos casos, se pueda imputar conocimiento a pesar de que psicológicamente el sujeto no tenga dicho conocimiento. Y aunque esta situación pudiese suscitar a primera vista un rechazo espontáneo, un análisis más detenido permite aceptar esta posibilidad como correcta. En efecto, en la doctrina penal se ha planteado el problema de la llamada ceguera fáctica, es decir, los casos en los que el autor, por absoluta indiferencia, desconoce la relevancia de su comportamiento[1838], así como la ceguera jurídica que tiene lugar en cuanto al conocimiento del hecho realizado como penalmente prohibido[1839]. Si nos mantuviésemos en una comprensión psicologicista del dolo, habría que tratar estos casos como simples comportamientos culposos[1840]. Sin embargo, con una solución de este tipo se premiaría a los indiferentes a los que muy poco les importa la relevancia lesiva de su comportamiento. Por esta razón, la indiferencia no puede admitirse como un caso que levante la imputación del conocimiento al autor por la posición que ocupa cuando ni siquiera pone en riesgo sus propios intereses. Como puede verse, se presen-

---

en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 270 y s., aunque este mismo autor (*El dolo*, p. 358), prefiere hablar de reglas sociales de imputación de conocimientos en lugar de competencias de conocimiento. Una atribución del conocimiento con base en roles se puede apreciar en el voto singular de Rodríguez Medrano en el expediente Nº 1640-97 Callao de 19 de marzo de 1998, respecto de los agentes de aduanas (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 87).

[1837] Sobre la imputación del correcto conocimiento situacional, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 443 y ss.

[1838] Sobre la ceguera fáctica o ante los hechos, vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5a.

[1839] En la doctrina penal, vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5 y ss.; Bacigalupo Zapater, *LH-Cobo del Rosal*, p. 50 y ss.

[1840] Vid., críticamente, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 5b.

taría una tercera forma de dolo frente al dolo directo (de primer o segundo grado) y eventual, a la que la doctrina penal ha calificado de dolo indirecto o dolo por indiferencia.

C. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el *dolus malus*)

a. Su inclusión en el dolo

La reformulación normativa del dolo en los términos antes indicados, conlleva la inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho, ya que la limitación del dolo al conocimiento de los elementos del tipo penal resulta insuficiente para fundamentar el conocimiento del cuestionamiento del orden jurídico-penal[1841]. El dolo requiere que se impute al autor el conocimiento no sólo de los aspectos que configuran el tipo legal, sino también de su carácter prohibido[1842]. Esta cuestión constituye un tema que, además de polémico, resulta poco conciliable con interpretación que se hace a la regulación positiva del error, en donde se hace una bipartición del error y, por tanto, del conocimiento. No obstante, existen razones nada despreciables que llevan a que el conocimiento del carácter prohibido del hecho se encuentre abarcado por el dolo y que se haga necesaria, por lo tanto, una reintepretación de la regulación positiva.

Constituye un error muy usual afirmar que la discusión sobre el conocimiento del carácter prohibido del hecho se reduce a una cuestión de ubicación sistemática debido a que esta polémica se originó cuando el dolo natural dejó de ser considerado una forma de culpabilidad y pasó a formar parte de la tipicidad[1843]. 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 el conocimiento del carácter antijurídico del hecho resulta necesario para configurar el dolo en el injusto penal. Los defensores de la llamada teoría del dolo responden afirmativamente a esta cuestión.

[1841] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 172. En el mismo sentido, aunque con puntos de partida distintos, SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 20 y s.

[1842] Vid., FAKHOURI GÓMEZ, *InDret* 4/2009, p. 20.

[1843] En este sentido, KORIATH, *Jura* 1996, p. 114; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 28.

Los primeros representantes de la teoría del dolo[1844] señalaron que el conocimiento del carácter prohibido del hecho es constitutivo del dolo, por lo que no puede hablarse de dolo si falta tal conocimiento. Esta apreciación se hizo sobre todo para el caso del error no atribuible al autor, en clara oposición a la línea jurisprudencial del *Reichgericht* alemán que negó relevancia al desconocimiento del carácter antijurídico del hecho[1845]. 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 culpabilidad[1846], constituida por el conocimiento de las circunstancias del hecho y las valoraciones del autor[1847]. En la actualidad, existen algunos autores que defienden todavía esta línea de interpretación en tanto incluyen el dolo o dolosidad como elemento de la culpabilidad[1848]. 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

---

[1844] 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 Feuerbarch, en donde resultaba de central importancia que el autor potencial conociese la punibilidad del hecho proyectado (una exposición de la interpretación de Feuerbach, vid. en KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 37 y ss.). 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, *FS-Roxin*, p. 441 y ss. 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, *Normen*, II, 2, p. 917). Vid., una exposición del pensamiento de Binding en KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 41 y ss.; KORIATH, *Jura* 1996, p. 115.

[1845] En este sentido, FRISCH, en *El error*, p. 18.

[1846] En la discusión de los años cincuenta mantienen una teoría del dolo: KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171; MEZGER, *Tratado*, II, p.100; LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 189; SCHRÖDER, *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.; SAUER, *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss. Defendió también el concepto de *dolus malus*, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 31, aunque después [EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.], 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.

[1847] 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 antijuricidad, 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. Vid., sobre esto, la exposición de GEERDS, *Jura* 1990, p. 429.

[1848] Vid., así, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 7/36; LANGER, *GA* 1976, p. 193.

de la antijuricidad del hecho para el dolo y sólo una conciencia de la antijuricidad formal como elemento de la culpabilidad[1849].

A la teoría del dolo se le 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[1850], quien remitió el dolo natural a la tipicidad y dejó el conocimiento de la antijuricidad del hecho en la culpabilidad[1851]. 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[1852]. Este planteamiento ha sido catalogado como la teoría estricta de la culpabilidad[1853], lo cual evidencia que existen 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 sólo al Derecho penal esencial, ya que en el ámbito no esencial resulta más adecuado seguir los postulados de la teoría del dolo[1854]. Por el otro, y quizá éste sea el punto de discusión más relevante en

---

[1849] En este sentido, OTTO, *ZStW* 87 (1975), p. 590 y ss.; GEERDS, *Jura* 1990, p. 427 y ss. Anteriormente de modo similar, HARDWIG, *GA* 1956, p. 373 y ss.

[1850] No obstante, se reconoce que la primera manifestación de esta teoría se encuentra en MAYER, M.E., *Derecho Penal*, PG, p. 234, 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.

[1851] Vid., con mayor detalle, WELZEL, en *Abhandlungen*, pp. 243, 255. Anteriormente, también en el mismo sentido, GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, (trad. Fotán Balestra/Friker), Buenos Aires, 2006, p. 163 y ss.

[1852] En este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 77. Defienden la teoría de la culpabilidad a partir de los años cincuenta, LANGE, *SJZ* 48, p. 309 y s. (que luego en *JZ* 1956, p. 519 y ss., lo limita al Derecho criminal); WELZEL, *JZ* 1953, p. 267; HARTUNG, *JR* 1950, p. 545 y s.; VON WEBER, *FS-Mezger*, p. 183 y ss. (espec. p. 190). Importante en esta época es el criterio de distinción desarrollado por BUSCH, *FS-Mezger*, p. 165 y ss., 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 la culpabilidad recurriendo al criterio de Busch SAX, *JZ* 1976, p. 429 y ss.; KAUFMANN, Armin, *ZStW* 70 (1958), p. 67; KUNERT, *Die normativen Merkmale*, p. 83 y s.; HORN, *Verbotsirrtum*, p. 16.

[1853] Mantienen una teoría estricta de la culpabilidad también, KAUFMANN, Armin, *JZ* 1955, p. 37 y ss.; HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), pp. 239, 257 y ss.; PAEFFGEN, en *El error*, p. 185 y ss. Actualmente HRUSCHKA, *FS-Roxin*, p. 455, sostiene que la teoría limitada de la culpabilidad es realmente la teoría estricta y consecuente de la culpabilidad.

[1854] En este sentido, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 298 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.

la dogmática penal actual, se intenta atenuar las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el tratamiento dogmático del error sobre los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, el error respecto de la existencia de una agresión ilegítima), 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.[1855]. 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[1856].

En la doctrina nacional, domina el parecer que sostiene que el artículo 14 del CP asume, en términos generales, la teoria de la culpabilidad, ya que parte de una participación del error y, por tanto, del conocimiento[1857]. Si bien no se puede negar este punto de partida del Derecho positivo, lo cierto es que no existe un condicionamiento absoluto a seguir la teoría estricta de la culpabilidad, sino que resulta posible no sólo establecer excepciones a esta regla, sino también una propuesta de interpretación que, aun cuando no coincida en estricto con la teoría estricta de la culpabilidad, mantenga la partición del conocimiento y, por lo tanto, del error. Veamos esto de manera más detenida.

La regulación general de la partición del error no debe seguirse en ciertos supuestos típicos especiales. En primer lugar, en los delitos que recurren a los llamados elementos de valoración global del hecho puede verse claramente la necesidad de que el conocimiento de los elementos recogidos en el tipo abarque también la antijuricidad del hecho (por ejemplo, en el delito

---

[1855] Vid., sobre esta discusión, Geerds, *Jura* 1990, p. 425 y s.; Frisch, en *El error*, p. 42 y ss.; Grünwald, en *El error* p. 167 y ss.; Paeffgen, en *El error*, p. 184 y ss.

[1856] Actualmente defienden la teoría de la culpabilidad Neumann, *NK* § 17, n.m. 1 y ss.; Zaczyk, *JuS* 1990, p. 891; Frisch, en *El error*, p. 69 y ss.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 8; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 18 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 452 y ss.; Hruschka, *FS-Roxin*, p. 451 y ss.

[1857] Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal comentado*, p. 167 y s.; Ávalos Rodríguez, *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 465 y s.

de secuestro el tipo penal exige que la privación se haga sin derecho, motivo ni facultad justificada). En estos delitos, el dolo y el conocimiento de la antijuricidad del hecho no se pueden separar[1858], pues el sentido delictivo del hecho solamente puede conocerse si el autor puede contextualizar normativamente su actuación. La imputación del conocimiento de los elementos del tipo lleva consigo simultáneamente el conocimiento de la antijuricidad del hecho. En la medida que la valoración global resulta efectivamente necesaria para comprender la conducta penalmente sancionada, puede decirse que el conocimiento contextualizado de los elementos típicos del hecho trae consigo necesariamente el conocimiento de su carácter ilícito.

En los delitos de peligro abstracto, la posibilidad de separar el dolo y el conocimiento del carácter antijurídico del hecho se muestra igualmente discutible, pues en muchos casos el conocimiento de la relevancia típica de este delito se adquiere con el conocimiento de su antijuricidad[1859]. Se trata de aquellos delitos que se prohíben no por sí mismos, sino por sus posibles consecuencias. El punto de discusión reside en la cuestión de si el solo conocimiento del apartamiento del estándar basta para sustentar el dolo del autor[1860]. Desde un punto de vista psicológico, no cabe duda que no podría sustentarse el dolo con el solo apartamiento del estándar, sino que resultará necesario el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Por ello, no debe sorprender la propuesta de Arthur KAUFMANN de no exigir en estos delitos el conocimiento del injusto[1861]. En nuestra propuesta normativa, por el contrario, resulta necesario poder imputar al autor el conocimiento no sólo de la conducta peligrosa en abstracto, sino también el conocimiento de su carácter antijurídico, pues la relevancia lesiva del hecho se alcanza en estos casos con la prohibición penal.

Las conclusiones a las que hemos llegado en el caso de delitos con elementos de valoración global del hecho o en los delitos de peligro abstracto no deberían entenderse como una excepción a la regla, sino como la manifestación más patente de la realidad general del dolo. En efecto, el dolo debe abarcar, por regla general, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho porque, de otra forma, no sería posible poder imputarle subjetivamente al autor el conocimiento de que ha creado un riesgo prohibido o

---

[1858] Igualmente, JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 16 y s.
[1859] Vid., FAKHOURI GÓMEZ, *InDret* 4/2009, p. 21.
[1860] Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 196.
[1861] Vid., en este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 190.

ha incumplido un deber positivo institucionalmente configurado[1862]. Sin el conocimiento del contexto normativo no podría el autor saber que está creando un riesgo prohibido y mucho menos infringiendo la norma[1863]. El dolo constituye la imputación de conocimiento a una persona no sólo de los elementos típicos que califican un hecho como prohibido, sino también del sentido global del hecho típico como defraudación de expectativas normativas esenciales. Ambos niveles de conocimiento son necesarios para la relevancia típica del comportamiento del autor, de manera que el conocimiento de la antijuricidad del hecho no debería separse del dolo del autor.

A lo anterior podría objetarse que el Derecho positivo no permite adaptar la evidente conclusión dogmática antes referida al tenor de la ley, lo que obligaría, por razones puramente de *lege lata*, a seguir remitiendo el conocimiento del carácter antijurídico del hecho a la categoría de la culpabilidad. Lo anterior no es, sin embargo, una conclusión forzosa, pues lo único que impone el artículo 14 del CP es una partición del error y, por lo tanto, del conocimiento, de lo que se desprenden consecuencias jurídicas distintas. Por lo tanto, el trabajo dogmático realmente útil es determinar qué aspectos del conocimiento son necesarios en la configuración del injusto y cuáles se deben (o pueden) dejar para el análisis de la culpabilidad. En mi opinión, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho debe tenerse en consideración en la determinación del injusto penal, quedando en el ámbito de la culpabilidad únicamente el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal. El error de prohibición del segundo párrafo del artículo 14 del CP sería un error no por una incorrecta evaluación de la antijuridicidad del hecho, sino por el desconocimiento del ordenamiento jurídico-penal.

b. La determinación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho

El conocimiento del carácter antijurídico del hecho fue entendido originalmente como un conocimiento psicológico que el autor debía tener al momento del hecho, en la medida que era parte del dolo del autor (el llamado *dolus malus*). El primer aspecto que se discutió en esta caracterización

---

[1862] Así, Frisch, *Comportamiento típico*, p. 622, dice: "(...) *el autor debe haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas* (...). *A ello debe agregarse la percepción de aquellos datos imprescindibles para calificar la conducta como creación de riesgo desaprobada*".

[1863] De manera categóricamente clara, Jakobs, *InDret* 4/2009, p. 14 y s.

del conocimiento, fue que el autor tuviese que tener dicho conocimiento psicológico actualizado al momento de realizar la conducta. Para evitar este requerimiento excesivo, un sector de la doctrina penal propuso entender que no era necesaria la actualización del conocimiento al momento del hecho, para lo cual recurrió a fórmulas como la co-conciencia, la conciencia de pensamiento objetivo o la teoría de la configuración[1864]. Otro sector de la doctrina fue mucho más claro al requerir solamente la potencialidad del conocimiento del injusto[1865]. El avance de esta última propuesta de interpretación está en que también cabía afirmar el conocimiento del injusto respecto de quien no conocía (psicológicamente) este carácter de su acción, pero pudo conocerlo[1866].

Pese a que el criterio de la potencialidad del conocimiento inicia la senda de una comprensión normativa del conocimiento del carácter antijurídico del hecho, esta posición no ha sido lo suficientemente radical como para liberarse de una comprensión psicológica[1867]. Solamente el término de "conocimiento potencial" da testimonio de ello y justifica el reproche de Arthur KAUFMANN en el sentido de considerar a este planteamiento una ficción[1868]. Desde nuestro punto de vista, no se trata de un conocimiento potencial, sino, más bien, de una imputación actual de conocimiento, aun cuando se base en potencialidades de la persona. Por lo tanto, no debe hablarse de una ficción, sino de una realidad: La realidad de la imputación. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho es un elemento de la culpabilidad que no se constata como realidad psicológica del autor, sino una imputación que se hace a partir de criterios jurídico-penales.

[1864] Vid., en este sentido, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform*, p. 83 y ss., aunque limitado al dolo, puede igualmente trasladarse al conocimiento de la antijuricidad del hecho; SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 317 y ss.; SCHEWE, *Das Bewußtsein*, p. 189 y ss. Actualmente utilizan el término de co-conciencia para admitir la conciencia del injusto DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 21; OTTO, *Jura* 1990, p. 647; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 795; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 64. Críticamente frente a estos criterios, KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 274 y ss.

[1865] Sobre el llamado conocimiento potencial del injusto, vid., con mayor detalle, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 296; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 29 y ss.; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 72, 116 y ss.; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 75 y ss.

[1866] Vid., así, HORN, *Verbotsirrtum*, p. 106. Como lo señalan RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 56; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 26, no se trata de determinar una reflexión consciente sobre lo injusto del comportamiento.

[1867] El propio HORN, *Verbotsirrtum*, p. 139 y s., exigía para fundamentar la culpabilidad una vinculación psicológica entre el autor y la norma.

[1868] Vid. KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 73. Sobre la falta de criterios objetivos de determinación de la potencialidad, vid., MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 38 y s.

El camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse, en nuestra opinión, en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación de este conocimiento requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor pueden serle exigidas en atención a sus circunstancias personales. Para llevar a cabo esta imputación es necesario individualizar el contexto normativo en el que se desenvuelve el autor[1869]. El proceso penal se encarga precisamente de llevar a cabo esta individualización, en donde el juez mediante la reproducción probatoria del hecho intenta determinar el contexto situacional del autor y dejar precisadas normativamente las competencias de conocimiento que le corresponden en tal situación[1870]. Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder al conocimiento de la relevancia jurídico-penal de su hecho, podrá imputársele tal conocimiento.

La normativización del conocimiento del carácter antijurídico del hecho no es un planteamiento novedoso, pues anteriormente se intentó hacerlo excepcionalmente en el caso de delitos emocionales y de ceguera ante el Derecho[1871]. Sin embargo, consideramos que la imputación del conocimiento no opera por vía de excepción como se propuso en esos casos, sino que constituye, más bien, la regla. Así las cosas, resulta de suma importancia establecer cuál es el criterio normativo que permitiría imputar al autor el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En nuestra opinión, este conocimiento se determina mediante una imputación que tiene lugar a partir de la consideración del sujeto como un ciudadano fiel al Derecho y las competencias de conocimiento exigibles en su situación personal. En este orden de ideas, el conocimiento del carácter prohibido del hecho podrá imputársele al autor si a éste, como ciudadano, puede exigírsele tal conocimiento y que, atendiendo a sus circunstancias personales, pudo alcanzar dicho conocimiento.

[1869] Similarmente, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 50 y s.

[1870] No se trata, por tanto, de la prueba de un conocimiento psicológico que resulta muy cuestionable frente al principio de presunción de inocencia, como lo ha puesto de manifiesto Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 44 y ss.

[1871] En este sentido la propuesta de Mezger, *FS-Kohlrausch*, p. 180 y ss. Frente a esta propuesta vid., críticamente, Welzel, *MDR* 1952, p. 586 y s. Por su parte, los partidarios de la teoría del dolo, reprochan a Welzel que equipare actualidad y potencialidad del conocimiento del injusto (así, Lang-Hinrichsen, *JR* 1952, p. 191).

Un aspecto especialmente discutido en la determinación del conocimiento de carácter antijurídico del hecho, es el caso de duda sobre dicho conocimiento. Por la complejidad de los nuevos ámbitos en los que se criminalizan determinadas conductas, cada vez es más usual que los sujetos no posean un conocimiento cierto del carácter delictivo de su conducta[1872]. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, la duda interna del autor constituye un estado psicológico inaccesible al sistema jurídico y que, por tanto, carece de toda relevancia dogmática. La imputación penal del conocimiento de un hecho se realiza en función de las competencias de conocimiento, las cuales solamente pueden desvirtuarse por hechos objetivos normativamente relevantes. En este sentido, la única duda que puede importar en el Derecho penal es la duda de los tribunales, la cual se resuelve, por cierto, conforme al principio del *in dubio pro reo*.

El conocimiento del carácter prohibido del hecho se determina conforme a criterios judiciales, no a partir de un estado interno del autor, por lo que puede decirse que desde el punto de vista normativo la duda del autor no existe[1873]. La doctrina penal hace de alguna forma lo mismo, en tanto soluciona los casos de duda sobre el carácter prohibido de un hecho mediante criterios normativos similares al dolo eventual[1874]. Si el autor debía conocer el carácter prohibido de su hecho en razón del ámbito en el que se desenvuelve y este conocimiento le resultaba accesible desde sus circunstancias personales, entonces una situación de duda interna no tendrá ninguna relevancia normativa[1875].

[1872] Vid., con mayores referencias, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 238; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; KAUFMANN, Armin, *ZStW* 70 (1958), p. 86; WARDA, *FS-Welzel*, p. 526; HORN, *Verbotsirrtum*, p. 34; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 30 y ss.; LÜDERSSEN, *wistra* 1983, p. 225; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 795 y s.; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; ROXIN, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, p. 85 y ss.; DIMAKIS, *Der Zweifel*, passim (espec. p. 25 y ss.); STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 100 y ss.

[1873] Similarmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 30.

[1874] Vid., en este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 238; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; WARDA, *FS-Welzel*, p. 526; HORN, *Verbotsirrtum*, p. 34; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 30 y ss.; LÜDERSSEN, *wistra* 1983, p. 225; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 795 y s.; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 25 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 649.

[1875] Sobre la posibilidad de una atenuación, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 654 y ss.

D. El objeto del dolo

En la doctrina penal actual no sólo se discute la cuestión de si el dolo se sustenta únicamente en el conocimiento, sino también sobre cuál es el objeto de ese conocimiento. Un sector de la doctrina afirma que el conocimiento del dolo tiene por objeto solamente la conducta típica riesgosa[1876], no siendo necesario abarcar el resultado producido e incluso el curso causal que lleva a la producción del resultado[1877]. Exigir un conocimiento de estos aspectos naturalísticos carecería de interés en una comprensión normativa de la imputación subjetiva[1878]. De esta manera, el conocimiento del dolo terminaría siendo prácticamente el mismo en los delitos de peligro (concreto) que en los delitos de lesión[1879]. Frente a este parecer, un sector importante de la doctrina penal muestra su disconformidad, pues entiende que el dolo no puede ser idéntico en los delitos de peligro (concreto) y en los delitos de lesión[1880].

Como puede verse, la discusión brevemente esbozada gira en torno a la comprensión del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero si, por el contrario, los elementos constituvos del delito se ordenan con base en la idea de la infracción de la norma, sea mediante la creación de un peligro concreto o la lesión de un objeto valorado positivamente, no se presentará una diferencia sustancial entre el dolo de peligro y el dolo de lesión. La diferencia se ubica solamente en el plano objetivo, pues subjetivamente en ambos tipos de delito la imputación del conocimiento abarca la concreta aptitud lesiva del comportamiento[1881]. Si en el delito de peligro concreto no se

---

[1876] Vid., Frisch, *Vorsatz*, p. 57 y ss.

[1877] Así, Jakobs, *Studien*, p. 90 y ss., señala que puede hablarse de dolo aun cuando el autor ni siquiera se plantea el curso causal, pero sabe que su acción en las condiciones dadas lleva al resultado.

[1878] Vid., Frisch, *Comportamiento típico*, p. 622.

[1879] En este sentido, Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 114 y ss.

[1880] Diferencian entre dolo de peligro y dolo de lesión, Rodríguez Montanés, *Delitos de peligro*, pp. 61 y ss., 103; La Misma, *El caso colza*, p. 203 y ss.; Maqueda Abreu, en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 193; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 114 y s.; Schünemann, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 72; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 360 y s. Una diferencia entre ambas formas de dolo, aunque renunciando al elemento volitivo, reconocen también Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 79; Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 509 y s.

[1881] Si bien Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 456, exige la aptitud lesiva concreta en los delitos de resultado, lo que debería abarcar los tipos de lesión y de peligro concreto, señala luego (p. 509) que en los delitos de peligro concreto falta el juicio de aptitud lesiva concreta. En nuestra opinión el juicio de aptitud lesiva concreta se presenta en ambos delitos de resultado. La única diferencia entre los delitos de peligro concreto y los delitos de resultado

produce el resultado de lesión, se debe a factores que no pueden impedirse de forma planeada, por lo que no cabe imputarlos subjetivamente al autor. Si el delito de lesión tiene, por lo general, una pena mayor que el delito de peligro abstrato se debe fundamentalmente a la producción objetiva de un resultado lesivo que incrementa el injusto por el resultado.

En los llamados delitos de peligro abstracto, el objeto del conocimiento que sustenta el dolo se simplifica aún más. JAKOBS ha señalado que la colisión entre la estandarización y subjetivización de la imputación puede dulcificarse en el caso de los delitos de peligro abstracto, en la medida que lo que importa en estos delitos es solamente el alejamiento de una conducta estándar con independencia de lo que el autor pudo prever[1882]. En este sentido, la imputación subjetiva en los delitos de peligro abstracto no ofrece mayores problemas respecto del conocimiento del hecho delictivo, pues solamente será necesario imputar al autor el conocimiento del apartamiento del estándar exigido por la norma penal. El objeto del conocimiento en un delito de peligro abstracto está constituido por el alejamiento de la conducta concreta con el estándar penalmente establecido.

Pero, como ya se indicó, el dolo no debe quedarse en el conocimiento de la relevancia perturbadora del hecho, sino que debe abarcar su carácter antijurídico. La cuestión será entonces precisar qué comprende este conocimiento necesario para la imputación del dolo[1883]. Una visión general de los escritos de la doctrina penal sobre el objeto del conocimiento del injusto nos muestra dos puntos extremos sobre los que gira esta discusión. En un extremo se encuentra la línea de interpretación que exige el mayor conocimiento posible de la antijuridicidad del hecho, el cual incluye la penalidad prevista para la conducta[1884]. En el otro extremo se presenta una visión general del conocimiento de la antijuridicidad del hecho que abarca

---

se encuentra en el hecho de que el resultado lesivo en los delitos de peligro concreto no se produce por causalidad, pues todos los elementos necesarios para su producción se presentan en el caso concreto.

[1882] Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 634.

[1883] Como lo ha señalado correctamente H. SCHÜNEMANN, *NJW* 1980, p. 738, resulta necesario no sólo responder al "cómo" se determina el conocimiento del injusto, sino también al "qué" de tal conocimiento.

[1884] Esta exigencia se explica en el modelo de conminación psicológica de Feuerbach, en la medida que para poder intimidar a una persona, ésta debe saber la cantidad de pena que le correspondería de cometer el delito. Críticamente ante el modelo de Feuerbach, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, p. 117. Un conocimiento de la cuantía de la pena hoy en día se encuentra absolutamente rechazado; vid., así, DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 17.

únicamente el conocimiento de una violación del orden moral o social[1885]. La doctrina penal se mueve en los distintos niveles intermedios que ofrecen los extremos mencionados, ocupando quizá el punto más central la opinión dominante que sostiene que el conocimiento del carácter prohibido del hecho debe abarcar el desvalor total del hecho, es decir, como un hecho contrario al ordenamiento jurídico[1886]. A partir de este punto pueden apreciarse diversas interpretaciones que se inclinan hacia uno u otro de los extremos antes indicados.

Un parecer doctrinal sostiene que no basta un conocimiento de la contrariedad del hecho respecto del ordenamiento jurídico, sino que es necesario además que se reconozca como jurídico-penalmente prohibido o, cuando menos, como sometido al poder coactivo del Estado[1887]. Otro sector de la doctrina da incluso un paso más en esta dirección y exige, además, un conocimiento de la punibilidad concreta del hecho[1888]. En el sentido opuesto discurre el parecer que requiere únicamente el conocimiento del injusto material, como dañosidad social de la acción[1889]. Como se observa, en la doctrina penal se defienden casi todas las posibilidades de extensión del conocimiento del injusto del hecho con base en argumentos muy diversos. Una toma de posición al respecto requiere tener presente la función de la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho en la teoría del delito.

[1885] Igualmente la teoría de los delitos naturales del Tribunal Supremo español; vid., con mayor detalle, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 80 y ss.

[1886] Vid., RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss. (espec. p. 62 y s.). Similarmente, BLEI, *JA* 1970, p. 525; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 12; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 453 y s.; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, p. 98 y ss.; CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales*, p. 77; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 462 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *LH-Torío López*, p. 356 y s., aunque admite un acercamiento a la interpretación del conocimiento del injusto como conocimiento de la antijuricidad penal.

[1887] Así el parecer, con alguno que otro matiz, de STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 62; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 20; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 891 y s. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 648, nota 3; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 126 y ss., en tanto requieren que se trate de un conocimiento de la ilicitud penal del hecho. En el Perú, se adhiere a este parecer CASTRO CORNEJO, *El error en el Derecho penal*, Lima, 2010, p. 73.

[1888] Así, también con matices, SCHROEDER, *LK* § 17, n.m. 7 y s.; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; GEERDS, *Jura* 1990, p. 430; KORIATH, *Jura* 1996, p. 113; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un) kenntnis*, p. 111 y s.; BACIGALUPO ZAPATER, *CPC* 3 (1977), p. 3 y ss.; EL MISMO, *Delito y punibilidad*, p. 192 y s.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 103. Críticamente, MAYER, M.E., *Normas jurídicas*, p. 67.

[1889] Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, pp. 119 y ss., 142 y ss.

Si el Derecho penal imputa un hecho a un sujeto por haber negado evitablemente la vigencia de la norma, esto supone que al sujeto le era exigible el conocimiento del carácter defraudatorio de su hecho. En este contexto no parece necesario exigir un conocimiento que abarque incluso la punibilidad concreta del hecho[1890], en la medida que muchas veces ésta depende de consideraciones que no varían el carácter defraudatorio del hecho. Pero, por otro lado, tampoco basta sólo con conocer que se realiza una alteración del orden social, sino que debe poder exigirse el conocimiento concreto de que se trata de una defraudación de expectativas normativas de conductas esenciales[1891]. En este contexto de ideas, el conocimiento del carácter prohibido del hecho solamente podrá afirmarse si normativamente puede exigírsele al sujeto saber, en sus circunstancias personales, que la concreta infracción de su rol produce una defraudación de cuestiones elementales de la organización social[1892].

2. Los elementos subjetivos especiales del tipo

En estrecha vinculación con el contenido general de la imputación dolosa, se encuentran los llamados elementos subjetivos especiales del tipo[1893]. Estos elementos son vistos, por lo general, como ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar el hecho delictivo. Pero si asumiésemos tal comprensión, caeríamos en una clara contradicción con lo que hasta ahora hemos venido afirmando respecto de la determinación del dolo. Por esta razón, debemos dejar precisado que también frente a estos elementos subjetivos especiales procede hacer una imputación, de manera que no se trata de verificar una intención subjetiva especial del autor, sino de construir estos elementos subjetivos normativamente desde la actuación concreta del autor.

Para poder decidir la imputación de los elementos subjetivos especiales, hay que partir de la idea de que una verificación de las intenciones

---

[1890] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 22.

[1891] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 24, que exige que el autor conozca la importancia de la norma afectada para el ordenamiento del cual proviene la norma.

[1892] Sobre la referencia a un conocimiento sobre la infracción de un deber jurídico individual y concreto, HORN, *Verbotsirrtum*, p. 18; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 18.

[1893] El reconocimiento de estos elementos en la doctrina penal actual es unánime. Vid., así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 10, n.m. 71; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 394 y s.

subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal. Un sector de la doctrina penal propone, por ello, una interpretación objetiva de los elementos subjetivos especiales[1894]. Si bien la propuesta mencionada permite solventar el problema de la imposibilidad de verificación de lo interno, hay que advertir que una solución tan radical puede llevar consigo el peligro de disolver las características propias de la imputación subjetiva. Por esta razón, consideramos que lo más conveniente consiste en dotar de sentido normativo también a los elementos subjetivos especiales, lo cual permitiría imputárselos penalmente al autor sin los problemas usuales de prueba de la subjetividad del autor.

El criterio de imputación de los elementos subjetivos especiales no debe resultar diferente del empleado para imputar el dolo. Quizá la única particularidad frente al dolo, sería que los elementos subjetivos del tipo se determinan exclusivamente en el contexto del hecho concreto, mientras que las competencias de conocimiento constituyen exigencias que pueden surgir con anterioridad a la realización del hecho. Así, por ejemplo, la finalidad de lucro en el asesinato o la actuación por piedad en el homicidio a petición no deben ser vistas como situaciones anímicas internas, sino como aspectos subjetivos del autor del delito que pueden serle imputados en función de las características del hecho concreto. Por ejemplo: Una promesa de dinero o una estrecha relación con la víctima que padece los dolores intensos por los que solicita se le de muerte.

3. El error de tipo

A. Concepto

El error de tipo consiste en la negación de la imputación subjetiva dolosa por la imputación al autor de una situación penalmente relevante de desconocimiento de la realización de una conducta penalmente relevante[1895]. Como ya lo señalamos anteriormente, para la imputación del injusto penal no basta la sola infracción objetiva de la norma, sino que se requiere además imputar al autor el conocimiento suficiente de tal defrau-

[1894] Vid., sobre esta tendencia a la objetivación en el Derecho penal económico, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 174.

[1895] Vid., igualmente, el error como una ausencia de imputación subjetiva, Kuhlen, *Unterscheidung*, pp. 101 y ss., 115 y ss.

dación. En los casos de error de tipo se presenta una infracción objetiva de la norma, pero se niega la imputación del conocimiento suficiente de tal defraudación.

El error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14 primer párrafo del CP. Según la redacción del texto legal, habrá un error que excluye el dolo si se desconoce un elemento del tipo penal o una circunstancia que agrave la pena. Frente a esta definición del error se ha objetado, no obstante, que una interpretación literal de la regulación positiva llevaría a resultados inconcebibles, pues muy pocos ciudadanos conocen realmente los tipos penales y, por tanto, los elementos del tipo penal[1896]. Por esta razón, -continúa así la argumentación- el artículo 14 primer párrafo debería interpretarse, más bien, como un error sobre las circunstancias del hecho reguladas por los tipos penales[1897]. Por nuestra parte, entendemos que, por el contrario, el tenor de la redacción legal es correcto, pues, como lo hemos ya resaltado, el lado subjetivo del delito no resulta de la verificación de una realidad psicológica o de una prueba indirecta, mediante datos objetivos periféricos, de la faceta interna del autor al momento de realizar el hecho, sino de una imputación que se hace con criterios normativos jurídico-penales a partir de las circunstancias personales del autor. En este sentido, lo que fundamenta el error de tipo es la imputación normativa de una situación de desconocimiento de los elementos del tipo o de una agravación.

Pero el error de tipo no se queda en el desconocimiento de los elementos del tipo básico o agravado, sino también en la interrelación y el sentido global de dichos elementos definitorios del delito correspondiente. En este sentido, el error sobre el carácter prohibido del hecho debe ser abarcadado por el error regulado en el primer párrafo del artículo 14 del CP. Para poder hacer esta reconducción resulta necesario aceptar que no es posible conocer cabalmente el sentido de cada uno de los elementos típicos del delito si no se conoce su prohibición penal[1898]. Y esto es posible en la medida en que la incorrecta comprensión del todo lleva necesariamente a la falta de comprensión de las partes, al menos en su posición dentro del

---

[1896] Vid., así, DOPSLAFF, *GA* 1987, p. 23.

[1897] En este sentido, WARDA, *Jura* 1979, p. 79; GEERDS, *Jura* 1990, p. 422. Sobre la diferencia entre circunstancia del hecho y elemento del tipo, SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 89 y ss.; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 18 y s., con mayores referencias bibliográficas.

[1898] Vid., JAKOBS, *InDret* 4/2009, p. 1 y ss.

todo[1899]. Ciertamente se utiliza con ello una vía indirecta de solución, pero ella resulta, a nuestro parecer, la solución más adecuada dogmáticamente. El error sobre el significado jurídico-penal del hecho constituye, en este sentido, un supuesto de error contemplado también en el artículo 14 primer párrafo del Código penal.

B. Las formas de error de tipo

a. El error sobre los elementos del tipo

Si la imputación de conocimiento del hecho típico (dolo) se puede dividir teóricamente en imputación de conocimiento por percepción sensorial e imputación de conocimiento por procesos de valoración, el error sobre los elementos del tipo podrá tener lugar por la imputación de defectos cognitivos o de defectos de valoración[1900]. Aun cuando los procesos cognitivos y las valoraciones realizados por una persona no se presenten en la realidad por separado[1901], resulta ciertamente posible poner el punto de distinción de la imputación de conocimiento en la percepción sensorial o en la valoración de lo percibido. En este sentido, cabe hacer esta diferenciación dentro del error de tipo y ajustar el criterio normativo de determinación a tales defectos.

a.1) El error por defectos cognitivos

El error por defectos cognitivos se configura con base en la atribución de defectos de percepción sensorial, capaces de producir una representación falsa o incompleta de las circunstancias fácticas del suceso. La representación incorrecta de la realidad lleva al autor a considerar su hecho como supuestamente irrelevante. Un ejemplo de esta forma de error sería

---

[1899] Así, por ejemplo, reconoce Puppe, en *El error*, p. 137, que desde un punto de vista lógico, todos los predicados de valor que fundamentan la punibilidad también evalúan globalmente el hecho.

[1900] Una clasificación similar fue propuesta por Köhler, A., *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 292 y s., quien diferenció el error en la percepción sensorial de sucesos del mundo circundante, el error en la subsunción de una percepción de hechos en los conceptos de la vida diaria y el error sobre la significación jurídica de los sucesos. Distinta es, por el contrario, la clasificación que ofrece, Gössel, *Bedeutung des Irrtums*, p. 11 y ss., quien recurre a los niveles de formación del contenido de la conciencia: la percepción sensorial, las representaciones y las comprensiones.

[1901] En este mismo sentido, Gössel, *Bedeutung des Irrtums*, p. 21, reconoce que los procesos de formación del contenido del injusto se presentan entrelazados.

el hurto que comete una persona que, por no haber percibido bien, cree ponerse su abrigo, cuando en realidad ha cogido uno que no le pertenece. Se trata de la atribución de un error de percepción al autor sobre las circunstancias fácticas del hecho que excluye la imputación subjetiva a título de dolo.

a.2) El error por defectos en las valoraciones

En el error por defectos de valoración no se atribuye al autor una incorrecta percepción sensorial de los aspectos empíricos o fácticos del suceso, sino un desconocimiento por una incorrecta valoración de estos aspectos típicamente relevantes. Se parte de que el sujeto percibe correctamente las circunstancias fácticas que rodean su actuación, pero yerra sobre la significación social o jurídica de tales circunstancias. El error por defectos de valoración puede, a su vez, dividirse en las siguientes clases de error:

a.2.1) Error en la valoración de sustratos materiales

Estos supuestos de error engloban los casos en los que se atribuye al autor la correcta percepción sensorial de un hecho u objeto concreto, pero también la incorrecta asignación de un significado que no se corresponde con el recogido por el tipo penal[1902]. El reconocimiento de la posibilidad de un error por defecto de valoración de sustratos materiales confirma nuestra anterior afirmación sobre la poca viabilidad dogmática de la diferencia tradicional entre elementos descriptivos y normativos del tipo[1903]. Conceptos tan diversos como acreedor, bien ajeno, exhibición obscena, documento público, pueden dar pie también a una situación de error en la valoración sobre la pertenencia de ciertos sustratos materiales a tales conceptos. Por ejemplo: Una persona que ha crecido en un ambiente familiar

---

[1902] Si bien puede resultar correcto en un plano psicológico que, en tanto los pensamientos van a una velocidad mayor que el lenguaje, el autor al realizar su hecho no tiene un conocimiento idiomático de las cosas (*Sprachdenken*), sino simplemente un conocimiento objetivo (*Sachdenken*), desde el punto de vista normativo la imputación de desconocimiento se realiza a partir de conceptos y, por tanto, mediante un *Sprachdenken*. No coincidimos, en este sentido, con las conclusiones para el Derecho penal de esta diferenciación que hacen SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 326; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/65; OTTO, *Jura* 1990, p. 647.

[1903] Una apreciación nada nueva: en este sentido, RADBRUCH, *FS-Frank*, I, p. 167; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 167; WOLF, E., *Las categorías*, p. 115; ENGISCH, *FS-Mezger*, p. 127; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 76 y ss.; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s.

bastante liberal en cuanto a la moral sexual, puede considerar que tomar el sol desnudo en una plaza pública no constituya una exhibición obscena. Ya que las normas jurídicas están redactadas con cierto grado de abstracción, siempre es posible alegar un error sobre la pertenencia de los hechos materiales al significado que poseen los conceptos utilizados para describir la conducta prohibida.

La doctrina suele calificar a los supuestos de error antes mencionados como errores de subsunción, señalando que son irrelevantes y que dejan intacto, por tanto, el dolo del autor[1904]. Esta afirmación debe, sin embargo, matizarse por dos razones. En primer lugar, puede ser que la indeterminación del concepto legal lleve a una situación de falta de certeza de un ciudadano respetuoso del ordenamiento jurídico. La mala técnica legislativa, así como la falta de claridad conceptual del legislador no tiene por qué recaer sobre el particular, a quien no se le puede exigir un nivel de comprensión propio de un intérprete prolijo del texto legal. Pero, en segundo lugar, y aun cuando los conceptos utilizados por el tipo penal no sean indeterminados, siempre es posible que las circunstancias personales del autor le impidan tal conocimiento, pues el proceso de valoración puede haber sido determinado incorrectamente por otra persona confiable. Por ejemplo, la conductora de un programa de la farándula difunde un video en el que se muestra a un personaje público drogándose en la casa de un particular, bajo la creencia errónea de que no se trata de un aspecto de su intimidad personal por la opinión de un abogado especialista que señala que, cuando existe droga de por medio, el hecho se convierte en un asunto público.

a.2.2) Error en la valoración de circunstancias

El error sobre la valoración del hecho no se reduce a la correspondencia de un sustrato material con la significación conforme al tipo penal, sino que el tipo penal puede contener otros aspectos del hecho delictivo como un estado o una relación, en los que también cabe admitir norma-

---

[1904] Vid., así, Warda, *JR* 1950, p. 548; Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/63; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 12, n.m. 85; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n.m. 50; Schlüchter, *Irrtum*, p. 70; Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 19 y s.; Geerds, *Jura* 1990, p. 423; Neumann, *JuS* 1993, p. 797; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 315; Schwegler, *Der Subsumtionsirrtum*, p. 125; Ávalos Rodríguez, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 471. Por el contrario, Binding, *Normen*, III, p. 134 y ss.; Kaufmann, Arthur, *Unrechtbewusstsein*, pp. 82, 120, 172; Müller, H., *Der Irrtum*, p. 31 y ss., llaman error de subsunción en general a los errores sobre elementos (normativos) del tipo.

tivamente una situación de error. Dentro de estos supuestos puede citarse, por ejemplo, el caso del error respecto de la ajenidad de la cosa en los delitos patrimoniales (relación de pertenencia de un objeto a un sujeto) o el caso de error sobre la situación de insolvencia en el delito financiero de ocultamiento de información (situación patrimonial de una institución bancaria). Estos supuestos de error no recaen sobre un sustrato material en sí, sino que dependen de un determinado orden de los objetos y su relación con los sujetos participantes o la comunidad, lo cual se determina mediante un proceso de valoración[1905].

b. El error sobre el carácter prohibido del hecho

El error de tipo incluye también el error respecto de la valoración global del hecho como un acto con sentido comunicativo capaz de defraudar expectativas normativas penalmente garantizadas. En estos casos, se atribuye al sujeto el conocimiento por percepción sensorial y valoración individual de los elementos del tipo, pero no la valoración global de su hecho como prohibido[1906]. Para la afirmación de este supuesto de error importa muy poco si la exigencia de una valoración global se encuentra o no recogida por el tipo penal como un elemento de valoración global[1907], pues ello puede deberse a que se trate de un delito de infracción de un deber o simplemente a un estilo particular de redacción de los tipos penales. Al autor se le imputa el desconocimiento del carácter prohibido de su hecho porque sus circunstancias concretas no permiten exigirle tal conocimiento. Este error se configura como un error sobre la significación jurídico-penal del hecho, esto es, como una incorrecta apreciación del hecho concretamente realizado en atención al ordenamiento jurídico-penal. Sólo queda al margen de este supuesto de error aquella

---

[1905] Sobre el efecto excluyente del dolo en estos supuestos de error no hay discusión, como lo reconoce el propio WELZEL, *MDR* 1952, p. 585 y s.; EL MISMO, *NJW* 1953, p. 487.

[1906] La interpretación de KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171, es incluso más radical en lo que llama el Derecho penal criminal (esencial), en tanto entiende que el conocimiento de los elementos del tipo penal (especialmente los normativos) encierra ya el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En el mismo sentido, MEZGER, *Lehrbuch*, p. 180 y s.; LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 303 y ss. En contra de este parecer, ENGISCH, *FS-Mezger*, p. 161 y s.; ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 123 y ss.; SCHRÖDER, *MDR* 1950, p. 648.

[1907] La discusión sobre estos elementos se encuentra en la teoría de los elementos del deber jurídico desarrollado por WELZEL, *JZ* 1952, p. 19 y s.; EL MISMO, *JZ* 1952, p. 133 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1952, p. 208 y s. Posteriormente ROXIN, *La teoría del tipo penal*, passim (espec. p. 209 y ss.).

falsa apreciación que se debe a un desconocimiento del Derecho, del que nos ocuparemos en la lección referida a la culpabilidad como el error de prohibición en sentido estricto.

La ubicación del error sobre el carácter prohibido del hecho como un error de tipo constituye quizá el aspecto más discutible de nuestra propuesta, en tanto este supuesto de error, llamado también error de prohibición directo, es tratado por la doctrina dominante como un error que excluye la culpabilidad, pero no el dolo[1908]. Hay que precisar, sin embargo, que la ordenación dogmática dominante no se presenta libre de problemas, pues la búsqueda de un criterio de delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición no ha encontrado hasta ahora un consenso definitivo en la doctrina penal, en donde se defienden diversos criterios de diferenciación o una combinación de los mismos[1909]. Nuestra línea de interpretación del error se corresponde, por el contrario, con la de aquellos que diferencian entre el error que excluye el dolo y el que no lo excluye[1910]. No obstante, un conocimiento siquiera superficial de esta última propuesta de interpretación muestra que no nos identificamos con el desarrollo usual de esta bipartición del error en la doctrina penal, sino que nos remontamos a una teoría de la imputación que tiene unas raíces mucho más antiguas.

Pese a que en la lección sobre la culpabilidad haremos una exposición más detallada, en este lugar basta con adelantar que en nuestra comprensión del error solamente podrá aceptarse un error sobre el carácter ilícito

---

[1908] La doctrina dominante considera a estos casos un error de prohibición que excluiría la culpabilidad, a diferencia de los errores de tipo que se refieren solamente a elementos del tipo penal (vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 453, nota 3). No obstante, autores como GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, p. 26 señalaron que en el fondo estas formas de error (de tipo y de prohibición) no se diferenciaban, pues tipo y prohibición son conceptos recíprocos y un error sobre uno puede ser abarcado por el otro. En este sentido, puede comprenderse la afirmación de WEIZ, *Die Arten des Irrtums*, p. 16, cuando dice: "*ciertamente el error de tipo es también un error sobre la prohibición del hecho; un error de prohibición por desconocimiento de los elementos del tipo penal*"; así como también la opinión de BINDING, *Normen*, II, 1, p. 161; III, pp. 302, 309, al señalar que la antijuricidad es el más indispensable elemento del tipo penal de toda acción prohibida.

[1909] Vid., en este sentido la exposición de las conclusiones del trabajo de TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 349 y ss., donde hace mención con indicación bibliográfica de los distintos criterios de delimitación entre el error de tipo y el de prohibición (objeto de la valoración-valoración del objeto, sentido-valor, defecto de conocimiento-defecto de sentimiento de valoración, valoración individual-valoración global), así como los defensores de una teoría de combinación de estos criterios.

[1910] En este sentido se encuentra la propuesta de KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 259 y ss.

del hecho que excluya la culpabilidad, cuando al autor le falta la posibilidad de acceso cognitivo al sistema jurídico. Un sujeto con capacidad de conocer el Derecho, pero que no ha podido determinar el carácter prohibido de su hecho, únicamente podrá alegar un error de tipo. Este error puede deberse a que no estuvo en posibilidad de usar la información jurídica de la que disponía o la usó defectuosamente en el enjuiciamiento de su comportamiento[1911]. Sólo en caso que el sujeto no haya podido acceder cognitivamente al ordenamiento jurídico, resultará posible hablar de un error de prohibición en sentido estricto, lo cual se encuentra descartado, en principio, en el caso de sujetos socializados. La incorrecta valoración jurídica de su actuación, por el contrario, sólo podrá dar pie a un error de tipo, si es que, por otra parte, están presentes las condiciones necesarias para dar relevancia normativa al desconocimiento.

C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad

La relevancia del error de tipo no se determina simplemente con la alegación de tal situación por parte del procesado, sino que debe procederse a precisar su existencia también con criterios normativos[1912]. Incluso la admisión jurídico-penal de una situación de error tampoco lleva necesariamente a la impunidad, ya que este supuesto debe pasar aún por otro filtro normativo –la vencibilidad– para decidir el tratamiento punitivo correspondiente[1913]. En caso de tratarse de un error de tipo vencible, corresponde castigar la conducta, conforme al artículo 14 primer párrafo del CP, como un delito culposo, siempre y cuando la conducta en cuestión se sancione también a título de culpa[1914]. En caso de un error invencible, esto es, de realización de

---

[1911] En este sentido, era ya el parecer de BINDING, *Normen*, II, 1, p. 161.

[1912] Como lo señala LINDNER, *NJW* 1960, p. 658, el juez debe utilizar siempre criterios de valoración para determinar el error.

[1913] Vid., la consideración del criterio de la vencibilidad como normativo, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 35, que si bien utiliza el término evitabilidad, hace referencia a lo mismo.

[1914] La objeción a la teoría del dolo sobre la impunidad que tendrían los sujetos que *culposamente* no conocieron el carácter antijurídico de su hecho en caso de impunidad de la actuación culposa del delito correspondiente (así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 71 y s.), no alcanza a quien debe hacer la imputación, sino a la decisión legislativa de no sancionar la modalidad culposa de una determinada conducta. Si en el caso concreto un hecho culposo parece digno de sanción penal, pero el legislador estima que en general no debe sancionarse estos tipos de actuación, entonces se tratará de una crítica a la decisión político-criminal del legislador, pero no una crítica a la teoría del dolo (vid., en este sentido, GEERDS, *Jura* 1990, p. 430).

un hecho subjetivamente imprevisible, la imputación penal deberá decaer por falta del mínimo necesario para la imputación subjetiva.

a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo

Hemos señalado que no basta la simple alegación de una situación de desconocimiento subjetivo para ser considerada penalmente relevante[1915]. Para afirmar la existencia jurídico-penal de un error de tipo se requiere, en oposición a la comprensión psicologicista del error, de una valoración en función de los criterios normativos que ordenan la imputación del conocimiento[1916]. En este sentido, el punto de partida de la determinación valorativa de una situación de error se encuentra en las competencias de conocimiento que imponen los roles jurídicamente relevantes, atendiendo siempre a las circunstancias personales del autor. La consecuencia más relevante de este punto de partida es que la determinación del error no dependerá de representaciones muy particulares de la realidad o de conocimientos técnicos o especializados ajenos al rol[1917].

A toda persona, con independencia del rol que asuma específicamente, se le imputan ciertos conocimientos llamados mínimos. El error sobre dichos conocimientos podrá tener relevancia normativa en el caso de personas socialmente integradas[1918]. Por ejemplo, nadie que está mínimamente integrado en sociedad podrá alegar válidamente que no sabía que las balas mataban. En el caso de los conocimientos que dependen de cierto contexto situacional[1919], la alegación de una situación de error sólo resultará procedente si el autor, en sus circunstancias personales, no pudo

---

[1915] Vid., Reaño Peschiera, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 194: "*No todo desconocimiento es un error*". En la doctrina penal alemana, Kuhlen, *Unterscheidung*, pp. 37 y ss., 479 y ss., hace mención a errores irrelevantes, aunque para supuestos muy concretos (*error in objecto*, *aberratio ictus*, doble error, error sobre alternativas del tipo). En estrecha vinculación con el llamado *dolus indirectus*, Jakobs, *LH-Bacigalupo* (España), p. 348 y ss.

[1916] No se trata, por tanto, de la ficción de sancionar como doloso un hecho culposo (como se desprendía del parecer de Mezger, *FS-Kohlrausch*, p. 184 y que con razón criticó Welzel, en *Abhandlungen*, p. 254), sino que la determinación del dolo es una imputación de conocimientos que depende de ciertos criterios normativos.

[1917] Vid., en el mismo sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 128 y s.

[1918] Vid., en este sentido, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 379 y ss., a los que denomina conocimientos mínimos.

[1919] El criterio normativo del rol atribuido al ciudadano requiere ser concretado en atención a sus distintos ámbitos de actuación. Vid., en el mismo sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 459, quien dice que hay deberes de información en el ámbito del trabajo profesional.

acceder al contexto antes referido en el desempeño del rol. Por ejemplo, el médico desconoce la intolerancia del paciente a cierta medicación porque ésta no le advierte, por olvido, de tal situación al momento de dar su antecedentes médicos.

De lo expuesto puede colegirse que para poder determinar si tiene lugar un error penalmente relevante, se requiere primeramente individualizar las competencias de conocimiento del autor. Sólo una vez que se han individualizado sus competencias de conocimiento, podrá determinarse si la situación de error alegada resulta penalmente relevante o no. Un error aparece como relevante cuando los conocimientos atribuidos al autor dependen de circunstancias personales que no se dan en el caso concreto por razones no atribuibles al autor. La situación psicológica del sujeto no tiene incidencia alguna en la configuración de los criterios de imputación de una situación de desconocimiento penalmente relevante[1920].

b. La vencibilidad del error de tipo

Una vez admitida la relevancia jurídico-penal de una situación de error, se requiere someter esta situación al criterio de la vencibilidad, de manera que pueda decidirse si el autor queda impune o tiene lugar, a pesar de ello, una imputación a título de culpa[1921]. Esta vinculación del error vencible a la culpa no constituye una simple remisión penológica, sino que parte de una correspondencia estructural entre el error de tipo vencible y la culpa[1922]. La vencibilidad se encuentra configurada como exigibilidad impuesta al autor de evitar caer en la situación de error, la cual se manifiesta precisamente como deberes de cuidado[1923]. El autor debe tener el cuidado

---

[1920] Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 307.

[1921] Algo que, por ejemplo, no lleva a cabo la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 7106-97 de 17 de marzo de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 43 y s.], que luego de admitir la relevancia del desconocimiento sobre el uso indebido de una marca, procede directamente a liberar de toda responsabilidad a los procesados sin hacer un juicio de vencibilidad del error, aunque en el caso concreto no se hubiese castigado el error vencible por falta de tipo culposo, pero que podría haber sido relevante en términos de la reparación del daño.

[1922] En este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 458; WOLTER, *JuS* 1979, p. 487; OTTO, *Jura* 1990, p. 649; VELTEN, *Normkenntnis*, pp. 87, 234 y ss.; REAÑO PESCHIERA, *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 199. De una opinión distinta, GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 72.

[1923] En este punto se discute en la doctrina si la vencibilidad configura deberes de cuidado (*Rechtspflicht*) o constituyen incumbencias del autor (*Obliegenheit*). Se muestran a favor de considerarlo un deber jurídico, HENKEL, *FS-Mezger*, p. 299; HARTUNG, *JZ* 1955, p.

debido no sólo en el sentido de evitar juicios apresurados, sino también de reunir los elementos suficientes para poder valorar correctamente su hecho. Para precisar cómo se determina la vencibilidad en el error de tipo resulta conveniente realizar una exposición diferenciada según se trate del conocimiento de los elementos del hecho típico o de su carácter prohibido. Hay que advertir, sin embargo, que esta exposición diferenciada no se sustenta en criterios de ordenación distintos, sino en el objeto de análisis.

En cuanto al error sobre los elementos del tipo penal, la vencibilidad requiere determinarse con base en el concreto ámbito de actuación del autor, o sea, hay que establecer si en atención a las circunstancias personales del autor puede imputársele el deber de haber examinado ciertos aspectos peligrosos de su concreta actuación[1924]. Si esta imputación es posible, podrá entonces afirmarse que la realización de la conducta le resultaba cognoscible y, en consecuencia, atribuírle responsabilidad a título de culpa. Como puede verse, la vencibilidad del error no aparece fijada por criterios psicológicos, sino que sólo cabe recurrir a criterios normativos en el contexto propio del autor.

En lo que respecta al criterio para precisar la vencibilidad del error sobre el carácter antijurídico del hecho, existe una amplia discusión doctrinal. Un sector de la doctrina recurre al tradicional criterio del esfuerzo de la conciencia, según el cual un error será vencible si la conciencia del autor hubiese podido precisar el carácter prohibido del hecho o cuando menos levantar dudas sobre su permisión[1925]. Frente a este parecer, se opone aquél

---

665; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, p. 200 y s. Consideran la evitabilidad una incumbencia Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 196; Hruschka, *Strafrecht*, p. 319; Neumann, *NK* § 17, n.m. 56; Lesch, *JA* 1996, p. 608; Velten, *Normkenntnis*, p. 81. Sobre las diferencia entre deber e incumbencia, vid., Hruschka, *op. cit.*, p. 415 y ss. Las consecuencias de esta diferenciación es que la sola infracción de una incumbencia no puede sancionarse por el ordenamiento jurídico, mientras que ello sí es posible en caso de la infracción de un deber.

[1924] Similarmente, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 362 y s.

[1925] En este sentido se presenta una línea jurisprudencial de los tribunales alemanes que llevó luego al criterio del "esfuerzo de las capacidades intelectuales de reconocimiento". Vid., sobre esto, Mattil, *ZStW* 74 (1962), p. 201 y ss.; Strauss, *Die Richtlinien*, p. 5 y ss.; Roos, *Die Vermeidbarkeit*, pp. 156 y ss., 286 y ss. Críticamente ante este criterio, con mayores referencias, Mayer, Helmuth, *MDR* 1952, p. 393; Welzel, *JZ* 1952, p. 342; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 35 y ss.; Schmidhäuser, *FS-H. Mayer*, p. 319 y s.; Neumann, *NK* § 17, n.m. 57; Groteguth, *Norm- und Verbot(un)kenntnis*, p. 24 y ss; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 82; Roos, *op. cit.*, p. 216 y ss.; Velten, *Normkenntnis*, p. 20. Por el contrario, Zaczyk, *JuS* 1990, p. 893 ve peligroso apartarnos de este criterio, pues puede

que entiende que la conciencia no juega ningún papel en la vencibilidad del error, de manera que ésta sólo puede configurarse con base en deberes de informarse[1926]. Una tercera línea de interpretación que, recurriendo a la partición del Derecho penal en esencial y no esencial, mantiene el criterio de la conciencia en el primer ámbito e impone deberes de informarse para el segundo ámbito[1927]. Por encima de los pormenores de esta discusión doctrinal, parece evidente que la teoría del esfuerzo de la conciencia sólo podría tener plausibilidad en delitos con un juicio de rechazo generalizado en la sociedad. Por el contrario, en el caso de delitos cuya antijuridicidad surge prácticamente con la prohibición penal, resulta difícil que un sujeto aislado pueda determinar por sí sólo el carácter penal de su comportamiento, por lo que la vencibilidad del error sólo podrá ampararse en deberes de informarse[1928]. Por lo tanto, la vencibilidad se sustenta normativamente en un deber de informarse que sólo dejaría de ser necesario en el caso de conductas que abiertamente vulneran normas penales esenciales: De lo que todos conocen, no hay un deber de informarse.

El deber de informarse sobre la relevancia jurídica de una actuación se desprende de la configuración dinámica de ciertos diversos sectores sociales. Al respecto son muy gráficas las palabras de JAKOBS, en el sentido de que "*si existe una necesidad de dinamización, el Derecho penal debe garantizar también el funcionamiento de lo especialmente dinámico de los contactos*". En consecuencia "*surgen para el ciudadano competencias de información, en especial respecto de las normas relacionadas con su actividad profesional. Una exoneración general al ciudadano del riesgo de error (...), va en contra del fin de dinamización*" [1929]. En este sentido, es la participación en estos sectores sociales dinámicos lo que genera los deberes de

---

llevar a entregar al autor a una cultura anónima de expertos y afectar con ello el principio de culpabilidad.

[1926] En este sentido, MEYER, D., *JuS* 1979, p. 252; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 797 y s.

[1927] En este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 171 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 131; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 7 y 10; TIMPE, *GA* 1984, p. 52 y ss. ; LESCH, *JA* 1996, p. 608 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 86; TIEDEMANN, *ZStW* 81 (1969), p. 878. Crítico ante este criterio de diferenciación, WELZEL, *JZ* 1956, p. 241.

[1928] No obstante el deber de informarse no es exigible en caso que el propio sujeto disponga de capacidades suficientes para valorar por sí mismo el carácter de su hecho (así, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 249 y s.), de manera que la vencibilidad del error se sitúa en la capacidad de poder determinar en la situación específica el carácter penalmente prohibido del hecho.

[1929] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 8, n. m. 49, nota 109 *in fine*.

informarse[1930] y no, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal, una situación de duda del autor sobre el carácter antijurídico de su hecho[1931]. Por esta razón, resulta perfectamente posible imputar un error de tipo vencible al autor, aun cuando no haya tenido en lo absoluto duda sobre la relevancia jurídica de su hecho[1932]. Los deberes de informarse surgen por el desempeño de un rol, no por determinadas situaciones internas del autor inaccesibles al Derecho penal.

En la doctrina penal se debate la cuestión, vinculada al fundamento de los deberes de informarse, de la configuración jurídica de este deber. En primer lugar, hay que señalar que este deber no puede considerarse presupuesto del deber penal de actuar u omitir correspondiente, pues con ello resultaría justificado el reproche de una regresión al infinito de deberes[1933]. Este deber tampoco podría constituir un deber jurídico-penal autónomo, ya que configuraría el hecho prohibido con su sola infracción[1934], lo cual, por otra parte, necesitaría de una tipificación expresa para poder vincularle consecuencias jurídico-penales[1935]. Por estas razones, los deberes de informarse deben entenderse sólo como expresión de las competencias de conocimiento atribuidas al sujeto[1936], de manera tal que su infracción se muestra como una forma de defraudar la misma expectativa normativa que motiva el deber de informarse. No se produce, por tanto, una sustitución

---

[1930] Una configuración normativa del deber de informarse defienden Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 35; Timpe, *Strafmilderungen*, p. 222 y s.; El Mismo, *GA* 1984, p. 51 y ss.; Neumann, *NK* § 17, n.m. 55; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 114.

[1931] Requieren una situación de duda, Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik*, p. 146; Horn, *Verbotsirrtum*, pp. 84, 105, 166 y s.; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 207, 669; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 168.

[1932] En este sentido, Neumann, *NK* § 17, n.m. 63, admite deberes de informarse cuando a pesar de que el autor no duda sobre su hecho, conoce que realiza acciones que tienen una regulación jurídica específica.

[1933] Sobre la crítica de la regresión al infinito, vid., Kaufmann, Armin, *FS-E. Schmidt*, p. 330; Timpe, *GA* 1984, p. 56; Bacigalupo Zapater, *LH-Baigún*, p. 140 y s.

[1934] Vid., sobre esto, críticamente, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 193 y ss.; Strauss, *NJW* 1969, p. 1418; Blei, *JA* 1970, p. 669; Córdoba, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 410 y s. Por esta razón, Velten, *Normkenntnis*, p. 162 y ss. (espec. p. 226 y s.), se esfuerza en demostrar que no se sanciona la simple negación de una prestación (la incumbencia de conocer la conformidad a derecho de un proyecto), sino que debe existir una infracción objetiva de un deber.

[1935] Vid., en este sentido, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 71. Sobre la crítica a la teoría de la información como deber y la vencibilidad del error como lesión del deber Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 67 y ss.

[1936] Sobre la evitabilidad como competencia del autor, vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m 7, 35; Lesch, *JA* 1996, p. 607 y ss.; Timpe *GA* 1984, p. 62 y ss. Un análisis crítico de esta concepción, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 61 y ss.

del deber penal de no realizar una determinada conducta prohibida por un deber de conocer tal deber, sino que el cumplimiento del deber de informarse constituye un presupuesto para la irresponsabilidad por el error sobre su hecho[1937].

La vinculación del deber de informarse con la acción penalmente prohibida pone de manifiesto que no basta la infracción de tal deber para afirmar la vencibilidad del error, sino que es necesario que el autor hubiese podido acceder a la información correspondiente en el caso concreto[1938]. Si puede atribuirse al autor deberes de informarse por la actividad que desarrolla y se demuestra que le habría sido posible el acceso a la información suficiente para valorar su hecho, entonces el error sobre su deber de evitar determinadas conductas delictivas podrá considerarse vencible y justificar, por tanto, el tratamiento de su hecho como culposo[1939]. Los deberes de informarse se constituyen, en este sentido, como deberes de cuidado atribuidos al autor por la actividad concreta que realiza[1940].

c. El error por ceguera o indiferencia

Una situación de error psicológico puede presentarse en el autor en razón de su indiferencia ante la relevancia de su comportamiento. Se habla en estos casos de una ceguera del autor atribuible a él mismo. En la doctrina penal se distingue la llamada ceguera jurídica de la ceguera fáctica,

---

[1937] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 41, con mayores referencias bibliográficas. De la misma opinión también, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 58.

[1938] Por esta razón, a RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 194 y ss., no le basta la exigencia de un deber de informarse para excluir el error invencible, sino que requiere que al autor en el caso concreto le haya sido posible encontrar una vía de información para determinar el carácter ilícito de su hecho. Este poder acceder a la información debe configurarse también normativamente, en el sentido que no importa si psicológicamente el autor podía conocer el carácter prohibido de su hecho, sino como un conocimiento jurídico que pertenece a su ámbito de responsabilidad, así como lo configura, por ejemplo, TIMPE, *GA* 1984, p. 62 y ss. (espec. 66). En este contexto puede comprenderse el parecer de RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 252; STRAUSS, *NJW* 1969, p. 1419 y s.; MEYER, D., *JuS* 1979, p. 251; WOLTER, *JuS* 1979, p. 483 y ss.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 894; OTTO, *Jura* 1990, p. 650; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 798; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 81; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 35; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 45 (limitadamente); NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 11; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Torío López*, pp. 360 y s., 362; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 172 y s., quienes consideran invencible el error cuando, pese a no haberse requerido información, no se habría alcanzado la información necesaria para valorar el hecho.

[1939] Vid., así, WOLTER, *JuS* 1979, p. 483.

[1940] Vid., en este sentido, HORN, *Verbotsirrtum*, p. 62 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 34.

lo que se corresponde con los niveles de dolo y conocimiento del carácter antijurídico del hecho que se manejan todavía dominantemente en la teoría del error. Esta distinción llevaría a soluciones distintas en función de lo dispuesto en el artículo 14 del CP, pues la ceguera fáctica se resuelve con las reglas del error de tipo, mientras que la ceguera jurídica con las del error de prohibición[1941]. Pero desde nuestra comprensión del dolo, que abarca tanto el conocimiento de los elementos del tipo como su valoración global, la ceguera fáctica y la ceguera jurídica deberían recibir un mismo tratamiento penal.

Una situación de ceguera tiene lugar cuando el autor no ha procesado por indiferencia la información disponible para evaluar el sentido de su actuación, lo cual le impide poder distinguir la relevancia penal de su hecho al momento de actuar. En la doctrina penal se ha discutido esta situación en relación con el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Un sector de la doctrina penal ha mostrado sus dudas sobre la posibilidad de castigar estos supuestos en un Derecho penal de acto, en la medida que al autor no le resultaría posible, al momento de cometer el hecho, conocer la prohibición de su actuación[1942]. Sin embargo, la insatisfacción de esta solución ha llevado a que parte de la doctrina penal se esfuerce por fundamentar, pese a todo, una imputación penal.

Los intentos de fundamentación de un castigo de los supuestos de ceguera jurídica se encuentran presentes ya en los propios defensores de la teoría del dolo como una limitación a la regla general de la necesidad de un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho[1943]. No obstante, su punto de partida psicologicista se mostró, a todas luces, incompatible con una punición de los supuestos de indiferencia ante el Derecho, lo que justificó plenamente la crítica hecha por los defensores de la teoría de la culpabilidad[1944]. En la actualidad, en la medida que la determinación del

---

[1941] Precisamente debido a que no hay diferencias jurídico-penales entre ambos casos de ceguera, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 56 y s., denuncia lo incorrecto de un tratamiento diferenciado.

[1942] En este sentido, Horn, *Verbotsirrtum*, pp. 145 y ss., 168 y ss., quien por ello considera que la única respuesta posible sería la aplicación de medidas de seguridad; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 18, en donde requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho* que le lleva luego a considerar que tratar estos casos como injusto cognoscible excede el marco de la culpabilidad del hecho (p. 50).

[1943] En este sentido, Mezger, *FS-Kohlrausch*, p. 183 y ss.

[1944] Vid., así, Welzel, en *Abhandlungen*, p. 254.

carácter prohibido del hecho ha dejado de lado criterios puramente psicológicos y se orienta ahora hacia consideraciones normativas[1945], se han abierto nuevas posibilidades de fundamentación del castigo de la indiferencia ante el Derecho. La doctrina penal actualmente dominante ofrece, en este sentido, distintos fundamentos dogmáticos para sancionar a los sujetos que desconocen subjetivamente por razones no atendibles el carácter prohibido del hecho[1946], aunque debe reconocerse que no se termina de dejar de lado la base psicologicista del dolo[1947].

Por nuestra parte, consideramos que, para poder resolver los supuestos en los que el autor se encuentra en una situación de desconocimiento psicológico por indiferencia, hay que partir de la idea de que no interesa en lo absoluto cómo tiene configurada internamente su consciencia, sino solamente si resulta normativamente posible la imputación jurídico-penal del conocimiento sobre el carácter defraudatorio de su hecho. El indiferente sigue siendo un ciudadano, de manera que le son atribuibles igualmente las competencias de conocimiento establecidas por el ordenamiento jurídico y la utilización de este conocimiento para determinar el carácter penalmente relevante de su hecho[1948]. Mientras el ciudadano no se encuentre en una situación que normativamente afecte su capacidad de valoración de los hechos (y la indiferencia no es una de ellas), la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho cuenta con el fundamento normativo necesario para tener lugar. No obstante, el punto sobre el que gravita la discusión actual es si la imputación de conocimiento que cabe hacer al indiferente fundamenta una imputación de responsabilidad penal plena o una imputación de responsabilidad de menor intensidad (culposa)[1949]. En nuestra opinión, siguiendo la línea de argumentación abierta por JAKOBS, la indiferencia deja el plano de lo

---

[1945] De manera similar, se expresaba ya BLEI, *JA* 1970, p. 666.

[1946] En este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 263 y ss., con base la idea de una culpabilidad mediata; STRATENWERTH, *GS-Armin Kaufmann*, p. 490 y ss., con la anticipación del hecho por parte de autor; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 46 y ss., con base en la culpa por aceptación; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, pp. 239 y s., 269 y ss., quien admite de manera excepcional la inobservancia del principio de coincidencia.

[1947] En este sentido, resulta llamativo que JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 36, quien defiende una construcción completamente normativa de la faceta interna del autor, requiere en estos casos cuando menos al momento del hecho un conocimiento latente de la norma.

[1948] Vid., en este sentido, la comprensión de LESCH, *JA* 1996, p. 611 y ss., como ámbitos de responsabilidad.

[1949] Vid., así, la discusión KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 52 y ss.

culposo y entra a configurar un delito doloso cuando el autor indiferente frente a su conducta lesiva se guarda de riesgos que puedan poner en juego sus propios intereses[1950].

d. La superación del error por vías informales

En una teoría de la imputación subjetiva basada en roles resulta un tema complicado el tratamiento de aspectos personales, como es, por ejemplo, el caso de conocimientos que provienen de circunstancias ajenas al desempeño del rol. En este sentido, se plantea la cuestión de si el conocimiento adquirido por vías irregulares puede sacar jurídicamente de una situación de error, es decir, si puede reconocerse relevancia jurídica al conocimiento proveniente de una actuación personal que el ordenamiento jurídico no impone. La única forma de poder justificar una imputación subjetiva en estos casos sería incorporar al rol también el conocimiento proveniente por fuentes informales[1951].

El primer punto que hay que dejar en claro es que aquí no nos referimos al caso del sujeto que conoce que su hecho es contrario a Derecho, pero que para resguardarse frente a posibles problemas judiciales guarda un informe que incorrectamente afirma el carácter lícito del hecho, pues en estos casos no hay una situación de error relevante[1952], sino un fraude a la responsabilidad penal. Nos referimos, más bien, al caso del sujeto que recibe, por ejemplo, una información incorrecta por los medios regulares, pero por una vía informal llega a conocer la inexactitud de los informes recibidos. No se trata, por tanto, de la simple duda sobre la corrección del informe recibido que, dado el caso, podría solucionarse con base en criterios de confianza[1953] o dar lugar a un deber de realizar mayores averiguaciones. El sujeto sabe, antes bien, que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, pero no tendría porqué saberlo.

[1950] Vid., con mayor desarrollo, JAKOBS, *LH-Bacigalupo* (España), p. 355 y ss. No obstante, crítico frente a este criterio BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Cobo del Rosal*, p. 55.

[1951] Niegan al parecer esta posibilidad TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 233; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 57.

[1952] Sobre este supuesto, como penalmente irrelevante, KIENAPFEL, *ÖJZ* 1976, p. 116; KUNZ, *GA* 1983, p. 459; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 378 y ss.

[1953] En este sentido, soluciona los casos de informes provenientes de autoridades o funcionarios y las procedentes de fuentes informales mediante una confianza sobre los primeros, LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 136.

Si el hecho queda en la sola subjetividad, una imputación del conocimiento no podrá tener lugar por razones fundamentalmente procesales[1954]. Si puede demostrarse el conocimiento de la información necesaria para darse cuenta de la relevancia lesiva del hecho, entonces la imputación de conocimiento dependerá de los contornos normativos del rol[1955]. Si se trata de competencias que deben cumplirse en razón de toda la información que se maneja, entonces cabrá una imputación de conocimiento penalmente relevante, aun cuando la información se adquiera por fuentes informales[1956]. Dentro de estos supuestos se encuentran no sólo los casos del mandato general del ciudadano en la gestión de riesgos especiales, sino también los casos del cumplimiento del deber de socorro del ciudadano y ciertas vinculaciones institucionales, en los que independientemente de la fuente de conocimiento, las obligaciones se deben cumplir con toda la información disponible[1957]. Por el contrario, en los ámbitos de actuación en los que no se maneje riesgos especiales, el conocimiento por via irregular no sustentará una responsabilidad penal a no ser que exista una gestión propia del riesgo.

IV. La culpa

1. Concepto

Como se ha indicado en la parte introductoria de esta lección, la culpa presentó rápidamente un proceso de normativización anterior al desarrollado en la imputación dolosa[1958]. Este proceso temprano de normativización se explica principalmente por los problemas que provocó la fundamentación de la llamada culpa inconsciente en la concepción psicológica de la culpabilidad, lo que llevó a definirla con independencia de lo que el

---

[1954] Igualmente, pero no por razones procesales, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

[1955] Por el contrario afirma en general una responsabilidad penal en estos casos, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 79. Por su parte RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 105, reconoce que las decisiones judiciales no exoneran de responsabilidad si el autor conoce (puede decirse, por cualquier medio) que su hecho es antijurídico.

[1956] Vid. la referencia a estos roles, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

[1957] Vid., en el mismo sentido, aunque haciéndolo depender de la concepción que la sociedad tenga de la institución, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 7, n.m. 50; EL MISMO, en *Estudios*, p. 215.

[1958] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 11.

autor se representara al momento del hecho[1959]. La configuración normativa de la culpa constituye aún la interpretación dominante en la doctrina penal y, como puede verse con facilidad, no se diferencia sustancialmente de nuestra comprensión de la imputación subjetiva en los delitos dolosos: No se trata de verificar el conocimiento del autor, sino de determinar lo que éste debía conocer[1960].

El traslado del dolo y la culpa a la tipicidad que supuso el planteamiento finalista del delito, trajo consigo que el proceso de normativización de la culpa repercutiera fundamentalmente en la configuración del tipo objetivo. El injusto del delito culposo pasó a entenderse como la infracción de un deber *objetivo* de cuidado que, a través de un nexo de antijuridicidad, produce un resultado lesivo[1961]. Esta comprensión de la culpa aún se maneja de manera predominante en la jurisprudencia nacional[1962]. Sin embargo, la recepción de la teoría de la imputación objetiva ha hecho que se mezcle la concepción de la infracción del deber objetivo de cuidado con los postulados de la teoría de la imputación objetiva[1963], cuando en realidad no se trata de cuestiones distintas, sino de perspectivas distintas sobre lo mismo. Y es que la infracción de un deber objetivo de cuidado significa la creación de un riesgo prohibido y la producción del resultado a través del nexo de contrariedad del deber no es algo distinto a la realización del riesgo en el resultado. Por lo tanto, en ambos casos el tipo objetivo se debe determinar con la teoría de la imputación objetiva.

La diferencia entre el dolo y la culpa se ubica en el ámbito subjetivo. Si bien en ambos casos el conocimiento se imputa, resulta necesario precisar que la imputación subjetiva en el delito culposo tiene una particularidad distinta. En efecto, en la culpa no se imputa el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho realizado[1964], sino un conocimiento de menor grado

---

[1959] Vid., así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, Schünemann, *GS-Meurer*, p. 39.

[1960] Así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 4, señala que la culpa con sus elementos positivos es sólo un concepto más general que el dolo. Por el contrario, considera que se trata de aspectos distintos, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 563.

[1961] Vid., Welzel, *El nuevo sistema*, p. 70 y ss.;

[1962] Vid., las referencias en Caro John, *Diccionario de jurisprudencia penal*, p. 166 y s.

[1963] Así, lo hace, por ejemplo, Rodríguez Delgado, *El tipo imprudente*, p. 81 cuando al lado de la infracción de la norma de cuidsdo pone a la teoría de la imputación objetiva.

[1964] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 3; El Mismo, en *Estudios*, p. 170 y s., al señalar que en la culpa (consciente o inconsciente) hay una ausencia de conocimiento de la realización del tipo penal.

que, unido a criterios normativos, habría llevado a evitar la realización del tipo penal[1965]. No existe, por tanto, una imputación de conocimiento sobre la aptitud lesiva concreta de la conducta (en cuyo caso estaríamos ante una imputación dolosa), sino una imputación de conocimiento sobre la posible lesividad de la conducta que activa el deber de establecer mecanismos de cuidado[1966].

Por lo dicho, la imputación subjetiva culposa no debe ser entendida como cognoscibilidad[1967], sino como imputación de conocimiento, pero en un nivel cuantitativamente menor que el dolo. Este conocimiento le permite al autor prever las posibles consecuencias de su actuación, pero no conocer su probable materilización. En consecuencia, la culpa tiene lugar con base en el insuficiente conocimiento imputado al autor sobre la lesividad de su hecho y el criterio de la evitabilidad, de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de evitar dicha lesividad. Por ejemplo: El conductor que va a 120 km/h dentro de una zona urbana no tiene el conocimiento preciso de que en la curva va a cruzarse un transeúnte, pero esta posibilidad le es conocida, pues en las esquinas hay cruces peatonales por los que generalmente cruzan los caminantes. Al autor se le imputa el conocimiento de que por las esquinas cruzan peatones y que con la velocidad a la que va es casi imposible realizar una maniobra evasiva con éxito en caso se cruce un peatón. El conocimiento imputado al autor no genera un deber de dejar de realizar la conducta (detener el automóvil), sino de asumir ciertos deberes de cuidado en el emprendimiento de la conducta (disminuir la velocidad al límite permitido).

2. La determinación del conocimiento culposo

Establecido que la culpa se configura con base en el conocimiento sobre la posible lesividad del hecho realizado, surge la necesidad de precisar cómo se determina normativamente dicho conocimiento. Los defensores del criterio de la previsibilidad en el delito culposo se inclinan mayorita-

---

[1965] Sostienen en la culpa el criterio de la cognoscibilidad (*Erkennbarkeit*), con propios matices, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 5; EL MISMO, en *Estudios*, p. 172; FRISCH, en *El sistema integral*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 264. La idea de cognoscibilidad se encuentra presente ya en ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 373.

[1966] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 2.

[1967] Vid., de otro parecer, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 1.

riamente por una determinación objetiva[1968]. En este sentido, la previsibilidad 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[1969]. 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[1970]. Por nuestra parte, consideramos correcta tal individualización en la determinación del conocimiento culposo, pues solamente de esta manera puede personalizarse la imputación jurídico-penal. No obstante, esta afirmación no debe entenderse referida al conocimiento psíquico de cada autor[1971]. La imputación subjetiva del conocimiento no depende de que el autor haya estado en el momento del hecho en posibilidad psíquica de conocer el potencial lesivo del mismo, sino de que el autor en sus circunstancias concretas tuvo acceso al conocimiento que fundamenta la culpa. Los conocimientos y capacidades especiales forman parte, por tanto, del juicio de determinación del conocimiento culposo. Por ejemplo: El conocimiento sobre las posibles consecuencias explosivas de una mezcla de sustancias podrá imputarse al bombero, aunque un ciudadano promedio no pueda saberlo, de la misma forma que el conductor profesional puede detectar una falla del motor del

---

[1968] Así se pronuncia la llamada "teoría de los dos niveles", en la que la tipicidad de la conducta culposa se determina con base en una medida objetiva, dejando las capacidades individuales para el juicio de culpabilidad (vid., en este sentido, Engisch, *Untersuchungen*, p. 334 y ss.; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 131 y ss.; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 16 y ss.; Schünemann, *JA* 1975, p. 512 y ss.; El Mismo, *FS-Schaffstein*, p. 175; Jescheck / Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 564).

[1969] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 8. En el mismo sentido, Stratenwerth, *FS-Jescheck*, I, pp. 286, 296. Anteriormente a favor de una medida subjetiva también, Binding, *Normen*, IV, p. 483.

[1970] Defienden una determinación individual, Jakobs, *Studien*, p. 64 y ss.; El Mismo, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 5 y s.; Stratenwerth, *FS-Jescheck*, I, p. 285 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 12 y ss.; Reátegui Sánchez, *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 75. Críticamente frente a este criterio, Schünemann, *FS-Schaffstein*, p. 160 y ss.; Frisch, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 260. Una posición intermedia entre la determinación objetiva y la individual ofrece Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m. 50 y ss., en el sentido de generalizadora hacia abajo (capacidades reducidas) e individualizadora hacia arriba (capacidades especiales).

[1971] Como parece ser la opinión de Jakobs, en *Estudios*, p. 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 (vid., Jakobs, *Studien*, p. 69).

automóvil que un conductor cualquiera no podría detectar. El conocimiento que fundamenta la culpa es perfectamente imputable en los dos casos mencionados como ejemplos.

En la doctrina penal se ha discutido sobre la posibilidad de exigir en los delitos culposos el conocimiento del carácter antijurídico 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. Por el contrario, si se sigue una determinación normativa del conocimiento, la clasificación de la culpa en consciente e inconsciente deja de tener sentido. Como se ha afirmado 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 si el autor ha sido consciente del conocimiento imputado no tiene ninguna importancia dogmática. Relevante es solamente determinar que el ciudadano en la situación concreta tenía que saber no sólo 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.

3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa

Los hechos culposos se encuentran penalmente sancionados 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 presenta 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 deben quedar en el marco de las faltas[1972]. 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 sólo en caso de infracciones graves, dejándose los supuestos de culpa leve en manos del Derecho de daños. Dentro de la culpa grave cabe mencionar especialmente el caso de la temeridad, la cual se caracteriza por un absoluto desprecio por parte del autor respecto de las consecuencias lesivas de su

[1972] Vid., así, la regulación española, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 113; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, I, p. 517.

comportamiento. Esta forma de culpa grave se diferencia del dolo indirecto en que el autor temerario no se resguarda a si mismo de las consecuencias lesivas de su proceder, a diferencia del autor que actúa con dolo indirecto, quien se preserva de afectaciones a sus intereses.

El segundo filtro se encuentra en la necesidad de una tipificación expresa de la actuación culposa 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 éste 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 dejar impune una conducta merecedora de sanción penal[1973]. 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[1974]. Por ello, no llama la atención el hecho de que en las legislaciones penales de los países deudores del sistema continental europeo la incriminación cerrada de la culpa haya terminado por imponerse[1975]. 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[1976].

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 mediante una cláusula general la incriminación de la culpa para determinados delitos o para un capítulo de la Parte Especial del Código Penal[1977]. Este proceder puede verse con claridad en los delitos contra la salud pública, tal como lo dispone el artículo 295 del CP. Ya que el legislador penal ha dejado abierta en esta parte la incriminación de la culpa, le corresponderá al juez decidir

---

[1973] Vid., con mayor detalle, Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 89 y ss.

[1974] Vid., Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 11/5; Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 91; Luzón Peña, *Curso*, PG, I, p. 524.

[1975] Vid., las referencias legislativas, Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 79 y s.

[1976] Vid., sobre esto, Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 81 y s.; Luzón Peña, *Curso*, PG, I, p. 522.

[1977] Igualmente respecto del Derecho penal español, Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 98 y s.

si la naturaleza de los distintos delitos comprendidos en el capítulo correspondiente permite una sanción también a título de culpa.

4. El error de tipo en los delitos culposos

Es usual que el error sobre los elementos del tipo penal se considere sólo en relación con el dolo, pero no con la culpa. La culpa aparece, en todo caso, como la forma de castigo del error de tipo vencible. No obstante, el error puede también aparecer perfectamente en una conducta imprudente. Así, por ejemplo, será el caso de una persona que conduce un automóvil dentro de la zona urbana a 70 km/h porque tiene estropeado el marcador de velocidad que indica 50 km/h y en esas circunstancias atropella a un peatón. Si persiste la imputación culposa del delito, a pesar del desconocimiento del autor, se deberá a la imposición al conductor de un deber de cuidado de verificar que el automóvil se encontraba en las condiciones mínimas para su uso en el tráfico[1978]. En caso que la situación de desconocimiento del riesgo se deba a circunstancias ajenas al autor, estaremos ante un hecho fortuito o una desgracia[1979], salvo que la situación de desconocimiento pueda reconducirse a otra persona, como, por ejemplo, a un mecánico.

En la medida que desde la concepción extensiva asumida del error de tipo se incluye el error sobre su carácter antijurídico, el tratamiento de esta forma de error no debería ser distinto. Algunos entienden, sin embargo, que un autor culposo se encuentra siempre en error sobre el carácter antijurídico de su conducta, de manera que su responsabilidad se determina con base en si resulta competente o no por ese desconocimiento, pero al mismo tiempo se cuestiona la necesidad de recurrir a las reglas del error en estos casos, pues la competencia por el desconocimiento constituye un aspecto de la culpa en general[1980]. Otro sector de la doctrina coincide con estas afirmaciones aunque sólo para los casos de culpa inconsciente[1981],

---

[1978] Vid., similarmente, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 16, n.m. 13, por haberse puesto en una situación en la que su desconocimiento no le permite actuar correctamente.

[1979] En este sentido, por ausencia de vencibilidad o evitabilidad, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 1.

[1980] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 34. Similarmente SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 4/26, en tanto señala que en el delito culposo, a diferencia del delito doloso, no hay conciencia del injusto, sino circunstancias en las que el autor hubiese podido conocer el carácter antijurídico del hecho.

[1981] En este sentido, SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 788.

siendo algunos incluso más estrictos al reducir el espectro de casos a los supuestos de culpa inconsciente cuyo error sobre el carácter antijurídico del hecho se deba a un desconocimiento de los hechos[1982]. En los casos de culpa consciente podrá presentarse sin inconvenientes un error sobre el carácter prohibido del hecho, en tanto le falte al autor la conciencia de la antijuricidad de la puesta en peligro consciente de bienes jurídicos[1983]. No obstante, algunos niegan también en estos supuestos la posibilidad de una configuración del error sobre el carácter antijurídico del hecho, pues consideran que la culpa consciente exige ya el conocimiento de un riesgo no tolerado jurídicamente[1984].

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento del error sobre el carácter antijurídico del hecho en el delito culposo se encuentra condicionado por dos puntos de partida: la absoluta irrelevancia normativa de la distinción entre culpa consciente e inconsciente, por un lado, y la inclusión del error sobre el carácter prohibido del hecho en el error de tipo, por el otro[1985]. Si se enfoca el problema desde el delito doloso, resultará correcto afirmar que todo delito culposo se realiza en una situación de error respecto del carácter antijurídico del hecho. Por ejemplo, el que mata imprudentemente a otro no conoce que su conducta va contra la prohibición de no matar dolosamente a otro. Sin embargo, si el conocimiento del autor se pone en relación con el tipo culposo, que en términos del riesgo prohibido evidentemente requiere una imputación del conocimiento menor que la actuación dolosa, entonces es posible sustentar en el autor culpuso el conocimiento no solamente de la potencialidad lesiva de su actuación, sino también de que esa actuación, con un nivel de conoicmiento culposo, se encuentra penalmente sancionada en caso de devenir en un resultado lesivo. Por ejemplo: el fabricante de ciertos productos considera, en función de una conversación con un empresario del ramo, que la comercialización de productos que no pasan por un control estricto de calidad no genera responsabilidad penal en caso produzcan lesiones en los consumidores.

[1982] Vid., así, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 86.

[1983] En este sentido, RUDOLPHI, *SK* § 17, n.m. 19; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 24, n.m 104.

[1984] Vid., así, ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 867 y s.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 47; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 89.

[1985] Ya ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 877 y s.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 47, han puesto de manifiesto que el error de tipo y el error de prohibición se encuentran confundidos en los delitos culposos.

Con base en las ideas precedentes, cabe concluir que es posible diferenciar conceptualmente el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en los delitos culposos, por lo que su ausencia puede dar pie a una situación de error. La responsabilidad penal decaerá si se trata de un error invencible, mientras que en caso de ser vencible, se mantendrá la imputación a título de culpa.

V. Combinaciones de dolo-culpa: La preterintención y los delitos cualificados por el resultado

1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada

La figura que ahora analizamos consiste en una combinación entre dolo y culpa que no cualifica la pena, sino que la fundamenta[1986]. En la doctrina italiana y española se ha hablado de preterintención, mientras que en la doctrina alemana se ha utilizado el calificativo de combinación dolo-culpa en sentido propio[1987]. El punto central sobre el que gira la discusión de estos delitos se encuentra en la determinación de su naturaleza jurídica[1988]: Unos sostienen que se trata de delitos culposos[1989], otros consideran que se tratan de delitos dolosos[1990], y, finalmente, un tercer parecer señala que las dos fundamentaciones anteriores no se excluyen[1991]. La decisión sobre esta cuestión resulta de mucha importancia práctica, pues de ello depende si se puede aplicar en estos delitos las reglas generales de la tentativa y la participación[1992].

[1986] Vid., diferenciados de los delitos cualificados por el resultado, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 24; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 28 y s.

[1987] Vid., en este sentido, KREY/SCHNEIDER, *NJW* 1970, p. 640 y ss.; FALKENSTETT, *Zur Rechtsnatur*, p. 10.

[1988] Considera que esta determinación no tiene ninguna influencia, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 148.

[1989] Por un lado, se encuentra la opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht*, AT, § 43, n.m. 115; KREY/SCHNEIDER, *NJW* 1970, p. 641, quienes, en oposición a los delitos cualificados por el resultado, califican las combinaciones dolo-culpa en sentido propio como delitos culposos (criterio formal). Por otro lado se encuentra el parecer de aquellos que pretenden encontrar en la estructura de estos delitos, los elementos de un delito culposo, HIRSCH, *GA* 1972, p. 72; HARDWIG, *ZStW* 78 (1966), p. 17; SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 5.

[1990] Vid., así, LACKNER, *Gefährdungsdelikt*, p. 10; FALKENSTETT, *Zur Rechtsnatur*, p. 137.

[1991] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 29.

[1992] Vid., así, la indicación de SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 5; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB* § 11, n.m. 75 y s.

Para resolver la discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos preterintencionales, debemos apreciar su estructura típica. La acción dolosa no realiza aún el injusto penal, sino que constituye, en todo caso, una contravención, una falta o una infracción administrativa. Este aspecto deja en claro que en los delitos preterintencionales se presenta una conducta dolosa contraria a deberes de cuidado, pero culposa frente al resultado acaecido. Si el delito se configura por una infracción consciente de deberes de cuidado que produce culposamente un resultado prohibido, no queda más que aceptar que estamos ante un delito culposo. La particularidad del delito preterintencional se encontrará únicamente en una descripción específica de la conducta infractora del deber de cuidado. La combinación dolo-culpa se utiliza, por ejemplo, en la tipificación del aborto preterintencional del artículo 118 del CP, donde se sanciona al que realiza actos dolosos de violencia sobre una mujer embarazada que le producen culposamente el aborto.

La consideración del delito preterintencional como un delito culposo tiene especial importancia, como ya lo mencionamos, en la aplicación de las reglas de la tentativa y la participación. En cuanto a la tentativa, el legislador nacional ha dispuesto que sus reglas generales se apliquen solamente sobre delitos dolosos, por lo que una extensión a los delitos preterintencionales sólo podría tener lugar mediante una decisión expresa del legislador. En tanto no exista tal ampliación, no queda más que negar la posibilidad de una tentativa[1993]. Más discutible se presenta la aplicación de las reglas de la autoría y participación. Si se parte de un concepto unitario de autor en los delitos culposos, la aplicación de las reglas generales de la autoría y participación a los delitos preterintencionales no podría justificarse en su estructura dogmática, a no ser que una norma específica realice por algún motivo una ampliación del ámbito de aplicación de estas reglas[1994]. Por contra, si se considera que las reglas generales de la autoría y la participación pueden aplicarse también a delitos culposos, no se presentará ninguna razón para exceptuar a los delitos preterintencionales de la aplicación de estas disposiciones jurídicas generales.

[1993] En este sentido, KREY/SCHNEIDER, *NJW* 1970, p. 641 y ss. De otro parecer, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 570; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 407.

[1994] Como sería el caso en el Derecho Penal Alemán en el que el § 11 StGB parece ampliar para los delitos preterintencionales las reglas de autoría y participación. Vid., en este sentido, GRIBBOHM, *LK* § 11, n.m. 114 y ss.

2. Los delitos cualificados por el resultado

En los delitos cualificados por el resultado la situación se torna distinta en relación con los delitos preterintencionales, pues aquí la acción dolosa base constituye por sí misma un hecho delictivo[1995]. Si el resultado cualificante pudiese imputarse sólo objetivamente, no habría necesidad de una forma especial de imputación subjetiva. No obstante, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, de manera que el resultado cualificante solamente podrá imputarse si cuando menos existe culpa[1996]. Esta particularidad de los delitos cualificados por el resultado producido culposamente origina la discusión sobre la forma en que debe tener lugar la imputación subjetiva. Con la finalidad de acercar estos delitos a las consecuencias de los delitos dolosos, algunos autores han recurrido a la idea de la temeridad o culpa grave[1997]. No obstante, hay que recordar que la temeridad sigue siendo una forma de culpa y, por tanto, debe acreditarse con base en los criterios de la imputación culposa. El resultado que cualifica el delito base doloso debe ser imputado subjetivamente a título de culpa, encontrándose la diferencia solamente en la forma en la que se manifiesta la culpa.

El delito cualificado por el resultado puede presentarse de dos formas. En determinados casos, el delito base entra ya en el ámbito de lesión que cualifica el resultado. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de lesiones seguidas de muerte. En estos casos, la imputación subjetiva culposa se muestra como un error cuantitativo respecto del mismo riesgo en relación con el mismo bien jurídico o con otro vinculado o dependiente de éste[1998]. En otros casos, el delito cualificado por el resultado se presenta por riesgos ulteriores no controlables respecto del mismo bien o de otros bienes normalmente vinculados[1999], como sería, por ejemplo, el delito de contaminación ambiental agravado por el resultado. La culpa se configura

---

[1995] El Acuerdo Plenario N° 03-2008 cataloga, sin embargo, a los delitos cualificados por el resultado como supuestos de preterintención, lo que, a nuestro entender, no es correcto, pues en la preterintención la acción dolosa no es aún un delito, a diferencia de los delitos cualificados por el resultado.

[1996] Vid., así, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 27 y ss.; SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 25.

[1997] Vid., en este sentido, PAEFFGEN, *NK* § 18, n.m. 45 y ss. Por su parte, MAQUEDA ABREU, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 194, habla de una imprudencia (culpa) cualificada.

[1998] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 35.

[1999] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 9, n.m. 36.

aquí como el conocimiento de la posible evolución típica del peligro. No hay un conocimiento cierto, sino solamente del peligro abstracto para el mismo bien o para bienes vinculados.

El panorama de los delitos cualificados por el resultado se presenta más complejo si se atiende a las llamadas formas emparentadas; concretamente: los supuestos de combinación dolo-dolo y culpa-culpa[2000], en los cuales, a su vez, el resultado puede estar configurado por una lesión o por una puesta en peligro. Un sector de la doctrina penal considera que en caso que el resultado cualificante sea también doloso se tratará simplemente de delitos cualificados por el resultado impropios o aparentes, pues en el fondo no habrá más que un delito doloso más grave[2001]. Frente a este parecer se oponen los que consideran que en los delitos cualificados por el resultado no interesa la imputación subjetiva del delito básico ni del resultado, sino que exista una cualificación por su producción[2002]. Por nuestra parte, consideramos que este último parecer resulta el más correcto, pues, en tanto se trate de un delito básico que se cualifica por el resultado, no interesa si ello tiene lugar mediante una lesión o una puesta o peligro, o mediante una conducta o un resultado producido dolosa o culposamente. Sólo hay que precisar que en el caso de la combinación dolo-dolo y culpa-culpa, la imputación subjetiva no requiere una especial forma de realización, sino que siguen las reglas normales de la imputación dolosa y culposa respectivamente[2003].

Una cuestión central en los delitos cualificados por el resultado es también la determinación de las reglas de la tentativa y la participación. En las combinaciones culpa-culpa y dolo-dolo, estas reglas no presentan mayores modificaciones, pues no existe mayor discusión para considerar estas combinaciones como un tipo doloso o culposo respectivamente[2004]. Los problemas se presentan, más bien, en caso de una combinación dolo-culpa. Si la interpretación de los delitos cualificados por el resultado resalta más la

---

[2000] Una combinación culpa-dolo, como lo señala Schroeder, *LK* § 18, n.m. 31, nota 45, no resulta imaginable. De una opinión contraria, Gössel, *FS-Lange*, p. 223; Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 105.

[2001] Vid., en este sentido, Hirsch, *GA* 1972, p. 65 y s.

[2002] Vid., así, Lorenzen, *Zur Rechtsnatur*, p. 28 y s.; Gössel, *FS-Lange*, p. 219 y ss.; Schroeder, *LK* § 18, n.m. 11, 25; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 572.

[2003] Similarmente, Gómez Benítez, *Causalidad*, p. 110; Maqueda Abreu, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 186.

[2004] En este sentido, Miserè, *Grundprobleme*, p. 5.

parte culposa del delito, resultará lógico que se niegue la aplicación de las reglas de la tentativa y, para algunos, también las de la autoría y participación[2005]. Por el contrario, si tales delitos son interpretados con base en su aspecto doloso, las reglas antes mencionadas tendrán, en principio, plena vigencia[2006]. Una comprensión mixta determina estas reglas en función de las dos partes del delito cualificado por el resultado[2007]. Por nuestra parte, nos inclinamos a aceptar la aplicación de las reglas en cuestión también en los casos de combinación dolo-culpa, ya que, como lo afirma la comprensión mixta, en estos casos existe ya una imputación dolosa del comportamiento que permite tenerlas en consideración.

Para finalizar quisiéramos hacer mención a un problema interpretativo que se presentará con seguridad en la aplicación de las reglas establecidas por nuestro Código penal respecto de los delitos cualificados por el resultado. El artículo 12 del CP exige que en los delitos culposos el tipo penal de la Parte Especial establezca de manera expresa la punición culposa, de manera que si no se establece nada, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo. Ocurre que muchos delitos cualificados por el resultado no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave (por ejemplo, el artículo 305 segunda parte del CP), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo[2008]. Lo paradójico es que muchas veces la penalidad por la realización del resultado agravante (en el ejemplo citado, la pena del homicidio) resulta mayor que la pena del delito cualificado por el resultado, por lo que la finalidad agravante de delito cualificado por el resultado perderá todo su sentido. Por esta razón, la doctrina penal aconseja en estos casos dejar de lado el delito cualificado por el resultado, limitándolo solamente a la realización culposa del resultado[2009].

[2005] Vid., así, GÖSSEL, *FS-Lange*, p. 235 y ss.

[2006] Vid., destacando ciertamente las particularidades, OEHLER, *ZStW* 69 (1957), p. 518 y ss.; RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, pp. 234 y ss., 249; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, pp. 524 y s., 572; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 18, n.m. 7 y 8 y ss.

[2007] Vid., SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 36 y ss.; RUDOLPHI, *SK* § 18, n.m. 6.

[2008] Vid., así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La contaminación ambiental*, p. 167.

[2009] Vid., así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

LECCIÓN 14
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. Introducción

El artículo 13 del CP regula la figura de la comisión por omisión o, llamada también, omisión impropia. Con base en este dispositivo penal se castiga ciertas conductas omisivas que no impiden la producción de un delito, como si éste hubiese sido causado de manera activa[2010]. Esta posibilidad de castigar ciertas omisiones como una realización activa del delito implica dos aspectos lógicamente vinculados: Por un lado, que una omisión puede llegar a ser tan grave como una conducta activa y, por el otro, que no toda omisión de evitar un delito puede equipararse a la realización activa del mismo. Los criterios para llevar a cabo esta equiparación entre omisión y comisión han sido diferentes a lo largo de la historia de las ideas dogmáticas, por lo que resulta pertinente hacer, antes de entrar en las particularidades de nuestra regulación legal, una breve referencia a cómo ha evolucionado la figura de la comisión por omisión en la doctrina penal. Sólo así podrá captarse adecuadamente el sentido de la disposición en cuestión que "*condiciona la construcción de los delitos impropios de omisión con una serie de exigencias que constituyen los puntos de apoyo a partir de los cuales se debe construir el tipo penal correspondiente*"[2011].

II. La discusión dogmática

En la época en la que el delito era entendido como una imputación moral de responsabilidad (scl. los hegelianos), no hubo mayores inconve-

---

[2010] En el mismo sentido, respecto del Código Penal Español, Rodríguez Mourullo, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dr.), p. 58.

[2011] Bustos Ramírez, *Obras completas*, I, Derecho penal, PG, p. 998.

nientes para fundamentar la imputación del resultado lesivo de bienes jurídicos a ciertas omisiones[2012]. El panorama comenzó a tornarse difícil con el positivismo del siglo XIX, en la medida que sustituyó la idea de la imputación por la comprensión causal-naturalista del delito[2013]. En efecto, el planteamiento causalista del delito se encargó de desarrollar los elementos constitutivos del delito a partir de la idea de un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior, descuidando, por contra, el estudio de las particularidades de la omisión[2014]. Los intentos inmediatos por encontrar en la omisión los elementos que el causalismo desarrolló en el delito activo (como la voluntad de contener los nervios motores de BELING) llevaron sólo a reducir el concepto común de acción a un comportamiento humano voluntario[2015]. De esta manera, la omisión, conceptuada simplemente como un no hacer voluntario, no se encontraba ya vinculada a ningún resultado[2016].

Para poder dar contenido a la omisión, se precisó que la omisión no era simplemente no hacer "nada", sino no hacer "algo", de manera tal que el fundamento de todo delito de omisión estaría constituido por una acción esperada[2017]. De esta forma, la falta de una causalidad natural entre la omisión impropia y el resultado se cubrió con la llamada "causalidad jurídica" o "quasi causalidad"[2018], según la cual la omisión era causal del resultado si la acción esperada hubiese impedido el resultado[2019]. Esta vinculación, sin embargo, abandona el mundo natural y pasa a moverse, más bien, en un plano valorativo, por lo que no debe sorprender que la causalidad jurídica haya devenido en un nexo de "contrariedad del deber" entre el resultado y la omisión del deber exigido[2020]. Así entendida la relación entre omisión y resultado, la doctrina, incluso hoy dominante, admite un fundamento de la imputación penal en los delitos de omisión impropia distinto al que se utiliza para los delitos activos. En efecto, mientras los últimos se sustentan en

---

[2012] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 4 y s.; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 53.
[2013] SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 5.
[2014] Vid., JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 7.
[2015] Vid., BELING, *Lehre*, pp. 9, 16. Similarmente, VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 116: "*Acción es comportamiento voluntario hacia el mundo exterior*".
[2016] Vid., así la disputa entre la concepción intransitiva y transitiva de la omisión, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 24 y s.
[2017] Así, MEZGER, *Tratado*, I, p. 289.
[2018] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 297.
[2019] Vid., en este sentido, MEZGER, *Tratado*, I, p. 299.
[2020] Vid., STREE, *FS-Klug*, I, p. 395.

la causación activa del resultado, los primeros consisten en una infracción cualificada de un deber específico[2021]. Bajo esta perspectiva, parece lógico que autores con perspectivas completamente distintas como RADBRUCH y Armin KAUFMANN llegaran coincidentemente a la misma conclusión de que no era posible encontrar una equiparación en el plano empírico u ontológico entre acción y omisión, siendo su equiparación de naturaleza fundamentalmente axiológica, concretamente, de merecimiento de pena[2022].

A partir de los años setenta en Alemania y los ochenta en España, las cosas se han comenzado a interpretar de forma distinta. La idea central parte de entender que la omisión impropia no recurre, en definitiva, a un principio de imputación distinto que el de los delitos activos. En ambos casos, la imputación penal se fundamenta en el dominio del riesgo que se materializa en el resultado lesivo, por lo que solamente habrá que precisar en qué casos el omitente tiene el dominio del riesgo. En esta línea de pensamiento, SCHÜNEMANN, por ejemplo, entiende que la comisión por omisión se sustenta en el dominio sobre la causa del resultado[2023], mientras que en otros términos, pero con la misma orientación, SILVA SÁNCHEZ considera que la equiparación se presenta cuando existe un compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos[2024]. Como puede verse, en esta comprensión de la comisión por omisión la equiparación no se limita al plano puramente axiológico, sino que se llega a afirmar una identidad normativo-estructural entre la realización activa de un resultado lesivo y la comisión por omisión.

La discusión dogmática sobre el fundamento de la comisión por omisión se ha vuelto a encender con las afirmaciones hechas en los últimos tiempos por JAKOBS. Para este autor, la distinción entre acción y omisión resulta superflua, pues la imputación de responsabilidad no debe tener en cuenta este dato naturalista, sino solamente el normativo de quién resulta competente por la producción de un delito[2025]. Por lo tanto, no se trata de verificar los elementos propios de la acción y la omisión, y luego proceder

---

[2021] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 54.
[2022] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 54.
[2023] Vid., así, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 229 y ss.
[2024] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 235.
[2025] Vid., con mayor desarrollo, JAKOBS, en *Estudios*, p. 349 y ss. Vid., siguen este planteamiento, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 165 y ss.; PERDOMO TORRES, *RPDJP* 2 (2001), p. 464; QUINTERO, en *LH-Jakobs* (Perú), p. 565 y ss.

a una equiparación normativa, sino que desde un principio lo que hay que hacer es determinar si en el caso concreto se dan los elementos que fundamentan una imputación del hecho[2026]. Dentro de estos elementos no cuenta evidentemente el dato naturalístico de si existe o no una relación de causalidad con el resultado.

JAKOBS considera que la responsabilidad penal se determina en función de la competencia del autor, la cual puede presentarse de dos formas: como competencias por organización o como competencias institucionales[2027]. En el primer caso, el autor actúa en el rol general de ciudadano que le atribuye la libertad de organizarse libremente, pero que le impone además, como sinalagma lógico, el deber negativo de no lesionar a los demás[2028]. En este caso, el criterio de imputación de responsabilidad es el dominio de los riesgos que al autor le corresponde controlar mediante deberes de aseguramiento o salvamento[2029], de manera tal que podría decirse que este planteamiento no difiere, en la idea fundamental, de los planteamientos desarrollados por SCHÜNEMANN y SILVA SÁNCHEZ, aunque cabe reconocer importantes diferencias en la forma de entender el dominio. Las diferencias de fundamento se presentan, más bien, respecto de las competencias institucionales, las cuales se derivan de roles especiales, es decir, de posiciones establecidas por instituciones sociales específicas que vinculan al autor con la conservación o realización de un estado social deseable[2030]. No se trata, por tanto, de un deber negativo de no lesionar, sino de un deber positivo de alcanzar o contribuir a alcanzar una determinada situación socialmente deseada. En este sentido, no es ya el criterio del dominio del riesgo el que fundamenta la imputación penal, sino el incumplimiento de un deber específico impuesto al autor. Tanto la competencia por organización, como la competencia institucional pueden alcanzarse por una acción u por una omisión. En el fondo, no interesa el dato naturalístico de si dichas competencias se originan en una acción u en una omisión, sino si se ha producido una infracción penalmente de los roles jurídicamente atribuidos[2031].

[2026] Vid., en este sentido, QUINTERO, *LH-Jakobs* (Perú), p. 588 y s.
[2027] Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 347 y s.; EL MISMO, *LH-Jakobs* (Perú), p. 159.
[2028] JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.
[2029] Vid., así sobre los deberes de aseguramiento y salvamento, JAKOBS, *LH-Jakobs* (Perú), p. 164 y ss.
[2030] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 362 y ss.
[2031] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

III. La regulación legal de la comisión por omisión (artículo 13 del CP)

La discusión dogmática que acabamos de esbozar brevemente no queda en el plano académico, sino que tiene una clara incidencia en la legislación penal. Es evidente que en la cabeza del legislador penal debió haber existido una determinada comprensión dogmática del problema de la comisión por omisión al momento de regularla en el Código penal. Sin embargo, también es cierto que las normas jurídicas se independizan de sus autores y adquieren una racionalidad propia en función de un desarrollo continuador del Derecho. En este sentido, la interpretación del artículo 13 del CP no puede sujetarse a un método subjetivo que se corresponda con la voluntad del legislador, sino que debe procurarse la interpretación que mejor se adapte a las necesidades punitivas de la sociedad actual.

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión

Al prever expresamente una cláusula que regula la comisión por omisión, parecería ser que nuestro Código penal se inscribe en una línea de interpretación que considera que la incriminación de los casos de comisión por omisión no se podría realizar únicamente con los tipos penales de la Parte Especial, sino que, para respetar el principio de legalidad, resultaría necesario que la comisión por omisión se prevea expresamente en una cláusula general de incriminación[2032]. Se seguiría, por lo tanto, el planteamiento que en su día defendieron autores como Grünwald y Armin Kaufmann, en el sentido de que los tipos de la Parte Especial aparecen reducidos a descripciones de una causación activa del resultado[2033]. En este sentido, la única forma de castigar las conductas omisivas que merecen la misma pena que las conductas activas sería a través de una cláusula de extensión de la punibilidad. Por el contrario, parece claro que si la legislación penal hubiese seguido los planteamientos de Silva Sánchez o Jakobs, una regulación expresa de los criterios de equiparación de una omisión con una comisión no hubiese sido necesaria, pues los criterios penales que se establecen en los tipos penales de la Parte Especial resultarían siendo los

[2032] Vid., en este sentido, Reategui Sánchez, *El delito de omisión impropia*, p. 58 y ss. Sobre el Código Penal Colombiano Perdomo Torres, *RPDJP* 2 (2001), p. 446.

[2033] Ver, Silva Sánchez, *El nuevo Código penal*, p. 55.

mismos para la acción y la omisión[2034]. Lo único necesario sería interpretar correctamente los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal. Para formularlo en términos interpretativos: Los tipos penales no deberían interpretarse en un sentido descriptivo, sino adscriptivo, o sea, como imputación[2035].

Ahora bien, el hecho de que el legislador penal haya decidido establecer una cláusula general de la comisión por omisión no debe llevar necesariamente a tener que interpretar la regulación jurídico-penal de la comisión por omisión desde una comprensión naturalista del delito. En efecto, puede perfectamente partirse de la comprensión de que la cláusula general no resulta necesaria para la punibilidad de las omisiones equiparables en términos penales a las conductas activas, pero que esta falta de necesidad no impide que el legislador regule expresamente los presupuestos necesarios para equiparar una omisión a una acción. De alguna forma lo mismo sucede con la regulación de la autoría: Nadie podría afirmar que sin el artículo 23 del CP no sería posible castigar a quien realiza el tipo penal de la Parte Especial, aunque su regulación en una norma general pone de manifiesto las formas de autoría y los requisitos que vinculan al intérprete penal. Del mismo modo debería procederse en la regulación de la comisión por omisión: El castigo de los casos de comisión por omisión no depende de la cláusula general del artículo 13 del CP, aunque resulta necesario seguir los criterios de equiparación expresamente señalados en esta disposición penal.

2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión

La cláusula general que regula la comisión por omisión tiene como ámbito de aplicación un hecho punible, pues parte del supuesto en el que "se omite impedir la realización del hecho punible". Como puede verse, la base material sobre la que se configura la comisión por omisión estaría constituida solamente por la omisión de impedir la realización del hecho punible. En este sentido, el ámbito de aplicación de la comisión por omisión no se reduce a los delitos de resultado, sea de lesión o de peligro concreto, sino que abarcaría los delitos de peligro abstracto e incluso los

[2034] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 1964 y ss.
[2035] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 60.

delitos de mera actividad[2036]. Desde esta perspectiva, se podrían castigar incluso los supuestos de tentativa en comisión por omisión, en la medida que la tentativa del delito constituye también un hecho punible. La amplitud del término "hecho punible" justificaría aplicar la disposición de la comisión por omisión también a las faltas[2037]. Solamente quedarían al margen de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión los casos de delitos de propia mano, pues en estos casos se exige la intervención físico-personal del autor, no siendo posible una comisión del delito por omisión.

3. Elementos de la comisión por omisión

El artículo 13 del CP establece que será sancionado quien omite impedir la realización de un hecho punible, a condición que, por un lado, tenga el deber jurídico de impedirlo o crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo, y, por el otro, si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer[2038]. Estos son los presupuestos que establece nuestra legislación positiva para poder equiparar la omisión de evitar un delito con la realización activa del mismo. Veamos de manera detallada en qué consisten los requisitos antes mencionados.

A. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1)

El inciso 1 del artículo 13 del CP exige, como primer requisito, que el omitente haya tenido el deber jurídico de impedir la realización del delito o haya creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo[2039]. En ambos casos, el omitente posee una posición de garantía que le obliga a impedir la producción del delito. Al segundo de los supuestos expresamente previstos en la ley se le conoce con el nombre de injerencia

---

[2036] El mismo sentido, STREE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, nm. 161; PERDOMO TORRES, *RPDJP* 2 (2001), p. 453 y s. De otra opinión en la regulación española, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, I, p. 998; en la regulación nacional MARTICORENA COLLANTES, *Actualidad Jurídica*, T. 166, septiembre de 2007, p. 121.

[2037] Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, I, p. 998.

[2038] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 1962.

[2039] Debe quedar claro que se trata de deberes jurídicos, por lo que no puede fundamentarse el deber de impedir el resultado en deberes morales (vid., así, STREE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, n.m. 7; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 49). La redacción original de nuestro artículo 13 hacía referencia a deberes de carácter moral, lo cual fue correctamente derogado.

que, en el fondo, no es más que un caso particular del primer supuesto, pues se trata igualmente de un deber jurídico de impedir la realización del delito. Por ello, el punto de discusión debe centrarse en los criterios para determinar cuándo una persona se encuentra obligada a impedir la realización de un delito o, en términos más dogmáticos, cuándo existe una posición de garantía.

La fuente de la posición de garantía fue entendida, en un primer momento, en un sentido formal, esto es, como un deber jurídico especial impuesto por la ley o por un contrato. En esta interpretación destaca el planteamiento de FEUERBACH, para quien sólo es posible imputar responsabilidad penal por omisión cuando existe un fundamento jurídico especial que obliga a impedir el resultado lesivo[2040]. Sin embargo, la iniquidad que presentó esta reducción formal de la fuente del deber especial en supuestos en los que no había propiamente una relación formal, como la estrecha comunidad de vida[2041], o en los casos en los que existiendo una relación formal no había una vinculación real, impulsó el cambio de esta perspectiva y su sustitución por referentes, más bien, materiales[2042].

Es así que surge la teoría de las funciones desarrollada por Armin KAUFMANN, en donde se distingue las posiciones de garantía según que al garante le corresponda la función de protección de un bien jurídico o la función de control de una fuente de peligro[2043]. Si bien esta teoría ofreció un panorama más rico de las posiciones de garantía por encima de las fuentes formales, hay que reconocer que su utilidad fue fundamentalmente clasificatoria[2044] y en muchos casos incluso de poca utilidad: ¿El salvavidas es garante de proteger la vida de los bañistas o de controlar los riesgos derivados de una piscina? Pero quizá el déficit más importante de la teoría de las funciones radicó en la falta de determinación del fun-

---

[2040] FEUERBACH, *Tratado*, § 24.

[2041] La estrecha comunidad de vida se configuró a partir de 1935 en la jurisprudencia alemana como una fuente de la posición de garantía, aunque no existiese una regulación legal de estas relaciones. Vid., la referencia, PERDOMO TORRES, *RPDJP* 2 (2001), p. 457, nota 27.

[2042] Vid., así, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, I, p. 991.

[2043] Vid., con detalle, KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik*, p. 283 y ss. Esta teoría ha sido asumida por un amplio sector de la doctrina penal peruana; vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, p. 476 y ss.; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PG, p. 281 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal comentado*, p.77 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 83.

[2044] En la doctrina alemana se mantiene todavía su utilidad clasificatoria, vid., KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 24 y 25.

damento de la posición de garantía[2045], lo que, por otra parte, llevó a su ampliación desmedida[2046].

La falta de una fundamentación clara para determinar la posición de garantía motivó que en los años setenta en Alemania y en los ochenta en España, autores como SCHÜNEMANN y SILVA SÁNCHEZ emprendieran diversos intentos por definir cuál es el fundamento material de la posición de garantía[2047]. Sin pretender entrar en las particularidades de las propuestas dogmáticas de los autores mencionados, conviene simplemente destacar que la determinación de la posición de garantía dejó de hacerse como una cuestión puramente formal, para apoyarse en el criterio material de la asunción de una posición de dominio de los riesgos típicos. En efecto, la posición de garantía encontró su fundamento en la asunción del dominio del riesgo que se materializa en el resultado lesivo.

La teoría de las fuentes formales parece, sin embargo, haber recuperado actualidad en la moderna discusión jurídico-penal a partir de los planteamientos de JAKOBS sobre las llamadas competencias institucionales. Como ya lo dijimos, el Profesor Emérito de la Universidad de Bonn considera que la imputación penal puede fundamentarse en virtud de dos clases de competencias: Competencias por organización y competencias institucionales[2048]. En el primer caso, estamos ante los delitos de dominio, es decir, aquellos delitos en los que se castiga a un ciudadano por organizarse de una manera tal que se generen riesgos frente a terceras personas. Para poder ser garante en estos delitos es necesario que el ciudadano haya asumido la competencia concreta por el dominio del riesgo, evitando que los riesgos afecten a terceros mediante deberes de aseguramiento y salvamento. Así, por ejemplo, para que el maestro de escuela sea garante de la integridad de los alumnos no solamente debe estar nombrado como tal en

---

[2045] Así, la crítica de SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre el delito de omisión*, p. 243; PAWLIK, *InDret* 1/2008, p. 6; PERDOMO TORRES, *RPDJP* 2 (2001), pp. 460, 467.

[2046] Vid., así, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, I, p. 994.

[2047] Vid., una breve reseña en la discusión alemana, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 28, nota 53.

[2048] No puede negarse cierta cercanía de esta bipartición de las competencias con la clasificación de las posiciones de garantía entre deber de vigilancia y deber de protección (vid., KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 53), pero debe quedar claro que hay una marcada diferencia. Para el planteamiento de Jakobs la distinción entre competencias por organización y competencias institucionales no dependen en lo absoluto de la diferencia entre acción y omisión. Es más, su estructuración no se hace con la finalidad de abarcar determinadas omisiones, sino en explicitar cuáles son los criterios de imputación penal.

el centro educativo, sino que tiene que haber asumido el cuidado de los niños del colegio.

Distinta es la situación cuando se trata de competencias institucionales, pues, en estos casos, el criterio del dominio del riesgo es reemplazado por la infracción de un deber institucionalmente configurado. Se trata de los delitos de infracción de un deber, en los que la posición de garantía no se determina por la asunción efectiva de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica, como la familia (padre-hijo o esposos) o los deberes estatales (funcionarios públicos)[2049]. Si atendemos, por ejemplo, a la relación paterno-filial, veremos que la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 4 a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y, en esta misma línea, en su artículo 6 segundo párrafo se establece el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. En este sentido, la posición de garantía no se genera por una asunción voluntaria de la posición de padre, sino que esta vinculación institucional existirá por la sola relación de filiación. En consecuencia, el padre será garante de la vida de su hijo, aun cuando no haya asumido efectivamente su papel de padre, de manera tal que si no impide la muerte del menor pudiendo hacerlo, responderá por parricidio en comisión por omisión. Por ejemplo: Si un padre suspendido en el ejercicio de su patria potestad (artículo 420 del CC), encuentra por la calle a su hijo en una situación de peligro y no hace nada por impedir la realización del peligro, responderá por las lesiones que sufra el menor como si él mismo las hubiese infligido.

En atención a lo brevemente señalado, puede concluirse que en la actualidad la posición de garantía se sustenta, en principio, en la asunción de una posición de dominio de los riesgos. Sin embargo, este criterio cambia en el caso de los delitos de infracción de un deber, en los que, a diferencia de los delitos de dominio, la posición de garantía se encuentra fundamentada en la atribución formal de un estatus o rol especial. La posición de garantía en estos casos no surge por la asunción del dominio del riesgo, sino por el estatus especial que fundamenta una vinculación institucional con otras personas o con una situación socialmente deseable.

[2049] Vid., igualmente, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 55.

B. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2)

La doctrina penal actualmente dominante reconoce que la sola omisión de impedir el resultado en posición de garantía no basta para fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión del omitente[2050]. El artículo 13 inciso 2 del CP exige además que la omisión se corresponda a la realización del tipo penal mediante un hacer. A esta exigencia se le conoce como la cláusula de correspondencia, sobre cuyo alcance se han realizado distintas interpretaciones en la doctrina. Un sector minoritario de la doctrina penal considera que esta cláusula resulta innecesaria, pues no cumple una función autónoma[2051]. Otro sector, siguiendo el planteamiento de Gallas en la introducción de esta cláusula en la legislación alemana[2052], reduce su función a exigir en la comisión por omisión una equivalencia respecto de la modalidad especial que pudiera tener algún tipo penal de la Parte Especial, como, por ejemplo, el engaño en la estafa[2053]. Por esta razón, algunos autores califican a esta exigencia como equivalencia de modalidad[2054]. Por el contrario, en los delitos activos en los que no se requiere ninguna modalidad especial, el delito estará configurado por la sola omisión del garante de impedir el resultado[2055].

Recientemente Roxin se ha mostrado crítico frente a la función limitada de la cláusula de correspondencia a las modalidades especiales, en la medida que la determinación de la modalidad específica de un tipo penal de la Parte Especial resulta constitutiva de la propia posición de garantía, de manera que no se podría hablar ya de un deber de evitar el resultado si la omisión no presenta la correspondencia con los elementos especiales del tipo penal. Una cláusula de correspondencia autónoma no tendría ningún sentido con respecto a este extremo de los tipos penales. En consecuencia, Roxin considera que la cláusula de correspondencia se limitaría solamente a los casos en los que el tipo penal exige un elemento especial en la ac-

---

[2050] Vid., por todos, Silva Sánchez, *Estudios*, p. 232.

[2051] Vid., Nitze, *Die Bedeutung*, p. 190 y ss.

[2052] Vid., sobre las vicisitudes de esta propuesta en los proyectos de reforma del Código Penal Alemán, Roxin, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 293 y s.

[2053] Vid., así, Jakobs, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 7; Stree, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, nm. 4; Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3; Perdomo Torres, *RPDJP* 2 (2001), p. 478 y s.

[2054] Vid., así, Stree, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, nm. 4; Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3.

[2055] Así, Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 13, n.m. 60; Freund, *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 8; Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 3; Roxin, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 295.

ción del autor (determinada intención) para la configuración del injusto, pues el garante del delito debería cumplir adicionalmente con este elemento especial para la configuración del delito (crueldad en el asesinato, por ejemplo)[2056].

En nuestra opinión, la cláusula de equivalencia no debe reducirse a una cuestión de modalidad o elementos especiales del autor, pues si bien la posición de garantía y la identidad normativa son aspectos mutuamente condicionados, el análisis de ambos aspectos puede separarse a efectos no sólo pedagógicos, sino también de determinación de la imputación penal en cada caso. Se parte de un garante definido de manera general para determinar finalmente si el delito concretamente realizado se le puede atribuir penalmente. A partir de estas ideas, pensamos que la cláusula de correspondencia debe entenderse en un sentido general, como la exigencia de que en la omisión del garante se presenten los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal de la Parte Especial[2057]. En este sentido, la conducta omisiva del garante, para poder ser castigada como comisión por omisión, debe reunir los elementos de la imputación objetiva, así como el elemento subjetivo requerido por el tipo penal correspondiente (dolo o culpa). A esta comprensión de la cláusula de correspondencia, a la que se le ha llamado de valoración global, se le ha criticado realizar una doble valoración innecesaria, pues ya en la determinación de si existe una posición de garantía se responde a la cuestión de la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo[2058]. No obstante, no creemos determinante este cuestionamiento, pues una cosa es determinar la competencia general del garante y otra el análisis del hecho concreto como imputable objetiva y subjetivamente al garante[2059]. La im-

[2056] Vid., ROXIN, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 298 y ss.

[2057] En similar sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 2008 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 98. Por su parte, CARO JOHN, *Anuario de Derecho Penal 2009*, Lima, 2011, p. 85, considera que la cláusula de equivalencia no debería existir, lo que es perfectamente compartible, pero esa opinión de *lege ferenda*, no puede hacer que de *lege lata* simplemente prescindamos de dicha regulación. En este sentido, es preciso asignar una función a la cláusula de equivalencia, aunque esa función sea más declarativa que constitutiva.

[2058] Vid., así, ROXIN, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 296.

[2059] De esta forma, la indicación de DEMETRIO CRESPO, en *Cuestiones de Derecho Penal*, p. 280, de una eventual circularidad en la argumentación utilizada, se explica en un entendimiento incorrecto de los puntos de partida. Una cosa es entrar en el dominio de un determinado sector social y otra cosa es afirmar el dominio de un concreto riesgo prohibido derivado de

putación es única, pero cabe diferenciar los pasos de este proceso de asignación de la responsabilidad penal.

a. La imputación objetiva

A los delitos en comisión por omisión se le deben aplicar plenamente los requisitos de la imputación objetiva[2060]. Como una cuestión previa habría que preguntarse si esta relación de imputación exige primeramente la determinación de un nexo de causalidad. Es evidente que no se trata de una relación de causalidad natural entre la omisión y el resultado, pues la omisión no despliega una fuerza causal sobre el resultado, sino que se hace alusión a la llamada por la doctrina causalidad hipotética, la cual consiste en suponer que la realización de la acción exigida habría impedido con una seguridad rayana en la certeza el resultado[2061]. Apoyado en la cláusula de equivalencia, la doctrina dominante entiende que esta relación de causalidad hipotética resulta necesaria, pues solamente de esta forma podría afirmarse la equivalencia entre la comisión por omisión y la realización activa del tipo penal[2062]. Esta conclusión es, sin embargo, apresurada, pues tampoco resulta incontrovertido que el tipo penal, en un supuesto activo, requiera necesariamente una comprobación certera de la relación de causalidad. La imputación objetiva en los delitos activos podría fundamentarse aunque no exista una relación de causalidad plenamente comprobada, sobre todo en los casos de cursos causales que no pueden verificarse experimentalmente de forma completamente segura, como en el famoso caso del aceite de colza o del producto protector para el cuero. Si bien algunos autores prefieren presentar este aligeramiento de las

---

ese sector. El solo hecho de entrar a administrar una empresa, por ejemplo, si bien implica entrar en el ámbito de dominio de la administración de la empresa, no significa que todos los riesgos derivados de ese sector son dominados por el administrador, pues, de lo contrario, se caería en una competencia total (*Allzuständigkeit*), lo que evidentemente resulta de rechazo. Por lo demás, el referido autor, manteniéndose vinculado a la naturalística distinción entre acción y omisión, considera que en los casos de una orden del superior jerárquico al subordinado no hay una omisión, sino una acción, pero desconoce que la realización del tipo se da con la conducta del subordinado, cuya realización omite impedir el superior (deber de evitación que mantiene aunque con su orden haya dado origen a la actuación del subordinado).

[2060] Vid., KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 27; MEINI MÉNDEZ, en *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 421.

[2061] Vid., STREE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, nm. 61.

[2062] Vid., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, I, p. 1008; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 13.

condiciones de la imputación en el plano de la prueba, en el fondo constituye una manifestación más de la configuración jurídico-penal del delito a partir del concepto de riesgo.

a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido

El primer aspecto que debe determinarse en el plano de la imputación objetiva es que la conducta concreta del garante haya creado un riesgo penalmente prohibido[2063]. El riesgo que se mantiene controlado con deberes de aseguramiento o salvamento por parte de un garante se convierte en prohibido cuando se omite cumplir estos deberes y el riesgo se muestra como capaz de afectar a terceras personas. No obstante, debe quedar claro que la sola posibilidad de impedir el delito no permite imputar el riesgo al garante como creador del mismo, sino que debe tratarse de un riesgo por el que el garante resulta competente, es decir, de un riesgo por cuyo dominio resulta responsable el autor[2064]. En este sentido, por ejemplo, el salvavidas no es competente por el riesgo de insolación que pueda sufrir un bañista que está largo tiempo expuesto al sol[2065]. Las lesiones producidas sobre el bañista no podrán serle atribuidas en comisión por omisión al salvavidas que conoce de la situación de peligro y no advierte al bañista del riesgo, en la medida que no resulta competente por los riesgos de insolación en la piscina. Su competencia se limita al dominio de los riesgos de ahogamiento cuando se muestra como salvavidas en las cercanías de una piscina. Por esta razón, si un bañista sufre un calambre paralizante mientras se baña en la piscina, el riesgo de ahogamiento sí se le atribuirá objetivamente al salvavidas en caso de incumplir éste su compromiso de evitar el ahogamiento, pues si una persona se mete en la piscina lo hace en la confianza de que si algo le sucede, el salvavidas se encargará de contener el riesgo.

La imputación objetiva adquiere especiales contornos en los delitos de infracción de un deber. En estos casos, las competencias específicas del garante no se determinan por el dominio del riesgo, sino por los elementos configuradores de la institución específica que vincula al autor especialmente con otras personas o con cierta situación socialmente deseable.

[2063] Vid., así, MEINI MÉNDEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 421.

[2064] No se trata de proteger un bien jurídico de todos los peligros, ni proteger a todos los bienes afectados de una misma fuente de peligro. Así expresamente, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 106.

[2065] Vid., así JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 28.

Por eso, un padre será competente por la muerte de su menor hijo, aun cuando el riesgo haya sido creado por un tercero, siempre que el padre haya podido evitar la creación de dicho riesgo o su realización. En este sentido, el dominio del riesgo que se realiza en el resultado no configura la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber, sino únicamente la no evitación de la situación cuya evitación resulta exigida por un deber especial.

a.2) La realización del riesgo en el resultado

En el caso de los delitos de dominio de resultado, la imputación objetiva requiere adicionalmente la producción del resultado típico[2066]. Pero no basta la competencia del garante por la creación del riesgo prohibido, así como tampoco la realización del resultado, sino que es necesario que el comportamiento del autor esté vinculado objetivamente con el resultado típico producido. En efecto, para que se dé la plena identidad normativa en el plano objetivo con la realización activa del tipo penal de resultado es necesario que el riesgo, por cuyo dominio el garante es competente, se realice en el resultado[2067]. Para determinar si el resultado es la realización del riesgo prohibido, dicho resultado debe encontrarse dentro del fin de protección de la norma que exige la actuación del garante para impedir la producción del resultado, esto es, que se trate de la clase de resultados que la norma, que le impone el deber de actuar al garante, quiere impedir. Así, si el bañista que no recibe auxilio entra en una crisis nerviosa que le genera un infarto fulminante, la muerte producida no será la realización del riesgo de muerte que produce la omisión del deber de intervenir del salvavidas. La muerte acaecida será la realización de un riesgo ordinario de muerte al que cualquier persona con dolencias cardíacas se expone en situaciones de desesperación. Para la plena identidad normativa con la realización activa del resultado, el resultado debe estar normativamente vinculado al riesgo de competencia del garante. En caso no exista una vinculación normativa con el resultado, la omisión del garante que crea un riesgo solamente podrá castigarse a título de tentativa.

[2066] Si el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del omitente, entonces estaremos ante una tentativa del delito. Vid., KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 40 y ss.

[2067] Así, la exigencia de la realización del riesgo en el resultado, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, p. 291.

b. La imputación subjetiva

La identidad normativa debe presentarse también en el aspecto subjetivo del hecho. La doctrina exige, por ello, que exista un dolo o culpa en el garante[2068]. En este tema llama especialmente la atención que la doctrina penal defienda, cada vez con mayor consenso, que, para el dolo del delito realizado en comisión por omisión, el garante sólo deba conocer que está omitiendo cumplir con su deber de garante y, como consecuencia de ello, la aptitud lesiva de su omisión. Un elemento volitivo en el dolo de la comisión por omisión, por el contrario, no se exige[2069]. Esta situación debería llevar a plantearnos si resulta coherente mantener dos conceptos de dolo distintos en función de si se trata de una comisión activa o de una comisión por omisión. Si se habla de una identidad normativa de la comisión por omisión con la realización activa, no habrá entonces razones para exigir necesariamente un elemento volitivo en la realización activa del tipo penal. El dolo es fundamentalmente imputación de conocimiento tanto en la realización activa como en la comisión por omisión[2070].

IV. La pena del omitente

Conforme al tenor del artículo 13 del CP, la pena prevista para el omitente es la misma que establece el tipo penal de la Parte Especial para el mismo delito realizado activamente. No obstante, en este mismo artículo se contempla una atenuación facultativa de la pena para el omitente sin precisarse los criterios para proceder a esta atenuación. Este margen de discrecionalidad judicial ha dado pie a distintas interpretaciones. La explicación de la atenuación, que también se contempla en el Derecho Penal Alemán, puede seguir las razones manejadas en la doctrina alemana, en el sentido antes referido de que la omisión impropia no resulta plenamente equivalente a la conducta activa[2071], pues la acción despliega una mayor fuerza criminal que la omisión[2072]. No obstante, desde planteamientos normati-

---

[2068] En la doctrina nacional, MARTICORENA COLLANTES, *Actualidad Jurídica*, T. 166, septiembre de 2007, p. 122.

[2069] Vid., JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 84; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 102. De distinta opinión, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, PG, II, § 17, n.m. 2014.

[2070] Similarmente en la doctrina nacional, CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, p. 67.

[2071] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 316.

[2072] Vid., STREE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 13, nm. 64.

vos que resultan los actualmente dominantes, los criterios de imputación resultan siendo idénticos en la acción y en la omisión, de manera que la atenuación facultativa en la omisión perdería toda justificación. Por ello, se entiende la crítica abierta que un sector de la doctrina hace a la posibilidad de atenuar la pena en la comisión por omisión[2073].

La posibilidad de atenuar la pena puede interpretarse, sin embargo, de una forma distinta, a saber: que no se trata de castigar con la pena atenuada los casos de comisión por omisión por tener un menor desvalor, sino de castigar los supuestos de omisión de evitación del resultado que, si bien no adquieren una plena identidad con la realización comisiva del delito, constituyen supuestos más graves que la omisión pura de un ciudadano común[2074]. Se trataría concretamente de las llamadas omisiones puras de garante, en las que si bien el garante no impide la producción de un resultado, su omisión no alcanza la identidad normativa requerida por el artículo 13 inciso 2. Así, podría castigarse con una pena atenuada respecto del marco penal del delito de lesiones, por ejemplo, al maestro de escuela que dándose cuenta de que el alumno bajo su cuidado tiene floja la rueda de su bicicleta, omite decirlo y el niño termina lesionándose al salirse la rueda de la bicicleta. Si bien no existe una plena identidad normativa de su omisión con la realización activa del tipo penal de lesiones (el maestro no es competente por los riesgos verificados fuera del recinto educativo), su posición de garante respecto del cuidado del niño implica que su omisión sea una infracción cualificada frente al deber común de solidaridad. En consecuencia, el reproche que se le puede hacer por su omisión es mayor que la simple omisión de socorro de un ciudadano cualquiera.

[2073] Vid., así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 101; PERDOMO TORRES, *RPDJP* 2 (2001), p. 450; QUINTERO, LH-Jakobs (Perú), p. 586.

[2074] Vid., en este sentido, MEINI MÉNDEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 417 y ss. Críticamente a este planteamiento, DEMETRIO CRESPO, en *Cuestiones de Derecho Penal*, p. 281, pues considera que la equivalencia debe darse necesariamente en los casos de atenuación, siendo el caso que eso no impide que la pena se imponga como autor o partícipe o se considere la gravedad al momento de determinar la pena. La posible contradicción que encierra esta argumentación es, sin embargo, llamativa, pues si se dice que primero tiene que darse la equivalencia y luego cabe hacer atenuaciones, entonces la omisión nunca fue realmente equivalente a la realización activa. Por lo demás, no tiene sentido que existiendo reglas generales sobre la participación (artículo 25 del CP) y la determinación de la pena (artículo 46 del CP), sea necesario que esta reglas se reiteren de modo difuso en la cláusula de atenuación del artículo 13 del CP.

La interpretación acabada de esbozar tiene, sin embargo, un serio inconveniente para su aplicación judicial. Los tipos penales de la Parte Especial permiten castigar las conductas activas y omisivas que cumplen los elementos típicos requeridos, de manera que una omisión del garante que no cumpla con los elementos constitutivos del delito correspondiente no podrá castigarse desde el punto de vista del principio de legalidad. En el caso de los delitos de dominio, el autor del delito requiere tener el dominio primario del hecho para responder penalmente. No obstante, puede también responder el garante que si bien no tiene el dominio primario del riesgo, contribuye con su omisión a la materialización del delito. Se trata de un garante cuyo dominio del riesgo no alcanza para sustentar su responsabilidad como autor, pero que sí podría responder con una pena atenuada conforme a las reglas de la participación y de la atenuación prevista en los artículos 25 y 13 del CP. Por ejemplo: El vigilante de un local comercial que deja su pistola en un cajón desprovisto de seguridad y otra persona la toma para matar a otro, siendo esta situación apreciada por el vigilante que no hace nada para evitarlo. En este caso, si bien el vigilante es garante de los riesgos derivados de su arma, no tiene un dominio sobre el riesgo generado por la otra persona que lo convierta en autor del delito. Su responsabilidad penal deberá quedar en el ámbito de la complicidad en comisión por omisión.

La pregunta que surge en este contexto de ideas es si cabe recurrir a la atenuación facultativa del artículo 13 del CP para castigar también las omisiones de cualquier garante que no implique un dominio suficiente para fundamentar su autoría por el delito y no hay un autor al que enlazar la omisión del garante como una participación en comisión por omisión. En nuestra opinión, la posible responsabilidad penal ya no puede plantearse en términos de dominio, pues no existe un dominio del garante capaz de configurar su responsabilidad como autor. En consecuencia, su responsabilidad penal no podría plantearse en términos de dominio, sino solamente en términos de competencia institucional.

Como primera afirmación hay que tener claro que si existe una vinculación institucional, la diferencia entre autor y partícipe desaparece para los garantes, pues en estos casos los garantes siempre son autores del delito sin interesar el grado de dominio sobre el riesgo[2075]. En consecuencia, no

[2075] Vid., así, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 68.

puede plantearse la atenuación de la pena para un garante institucional que infringe un deber positivo especial. La única manera de no hacerlo competente por el delito de infracción de un deber sería desvinculándolo de la competencia institucional especial. En estos casos, su responsabilidad penal solamente podría fundarse en la infracción del deber institucional general mínimo de la solidaridad, la cual se encuentra penalmente castigada cuando se está en juego la vida o salud de las personas (artículo 127 del CP). La infracción de esta solidaridad se cualifica cuando el omitente resulta competente por organización, en la medida que causa fortuita o culposamente la situación de peligro. Estos casos resultan castigados como infracción de un deber de solidaridad cualificado conforme al artículo 126 del CP. Si la generación de la situación previa de peligro se ha llevado a cabo dolosamente, entonces estaremos ante una injerencia que permite imputarle los resultados producidos en comisión por omisión.

LECCIÓN 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. Introducción

La categoría de la antijuridicidad constituye el elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal[2076]. Para que una conducta tenga el carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal. En la doctrina penal se ha discutido sobre cuál es el contenido de dicho desvalor, manejándose al respecto diversas perspectivas a las que nos referiremos brevemente antes de dar a conocer nuestro parecer. Una vez precisado el contenido del desvalor que sustenta la antijuridicidad penal, podremos entrar en su faz negativa, es decir, en las llamadas causas de justificación. Dado que la tipicidad de la conducta adelanta, por lo general, su antijuridicidad, la utilidad dogmática de esta categoría se ha encontrado fundamentalmente en las causas que niegan la antijuridicidad penal de la conducta típica.

II. La determinación de la antijuridicidad

La antijuridicidad se determinó primeramente en términos formales, en el sentido de que una conducta típica era además antijurídica si contravenía una norma de prohibición o de mandato. Así, mientras

---

[2076] En cuanto a la relación entre antijuridicidad e injusto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 3, precisa que "*los conceptos penales de la antijuridicidad y del injusto se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor*". Por el contrario, MEZGER, *Tratado*, I, p. 338, entiende que no hay diferencia entre ambos conceptos que deben tratarse como sinónimos.

que la tipicidad tenía lugar con la subsunción de la conducta concreta en el tipo penal, la antijuridicidad requería que esa conducta no contase con una norma permisiva que levantase excepcionalmente la prohibición o el mandato general. La concepción formal resultaba, sin embargo, limitada, pues era incapaz de, entre otras cosas, permitir una graduación de la gravedad del injusto[2077]. Desde el punto de vista de la infracción de la norma, no es posible diferenciar si las infracciones son más o menos graves.

Las limitaciones de la concepción formal dieron pie a que ésta se complemente con una antijuridicidad material, siendo el propio VON LISZT el que abrió camino a esta distinción. Una acción es materialmente antijurídica cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico[2078]. La conducta no sólo debe constituir una infracción no permitida de la norma penal, sino que debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Desde esta perspectiva causalista el contenido material de la antijuridicidad penal se presenta como la causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación[2079].

La metodología kantiana agregó a la descripción externa del delito su significado valorativo. Por lo tanto, la antijuridicidad material dejó de ver la lesión del bien jurídico como un simple proceso causal, para someterla a un juicio de desvalor. En este orden de ideas, MEZGER puso de manifiesto que la antijuridicidad se corresponde con la idea de lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración[2080]. Sin embargo, debe destacarse que el contenido de la antijuridicidad material fue el mismo, esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico[2081], por lo que el desvalor de la conducta antijurídica se mantuvo en un desvalor del resultado.

El encuadramiento de la antijuridicidad en el resultado no se abandonó sino hasta la formulación de la teoría del injusto personal de origen finalista. Para el finalismo, el injusto no podía ser una categoría puramente objetiva, sino que requería una vertiente subjetiva que lo diferenciase de los simples sucesos causales. Esta subjetividad del injusto trajo como con-

---

[2077] Vid., al respecto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 7.
[2078] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 336 y ss.
[2079] Así, lo pone de manifiesto MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L6/12.
[2080] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 341.
[2081] Así, MEZGER, *Tratado*, I, p. 398: "*El contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico*".

secuencia que el centro de la (des)valoración se ubicase en la acción típica y no únicamente en el resultado[2082]. De esta manera, se llegó a configurar un desvalor de la acción con el cual sustentar el injusto penal, dejando de ser el desvalor de resultado el elemento decisivo del injusto penal[2083]. La mejor prueba del carácter prescindible del desvalor del resultado fue el injusto de la tentativa, el cual se basaba fundamentalmente en un desvalor de la acción[2084]. Un ala radical del finalismo llevó el desvalor de la acción al extremo de requerir solamente el desvalor de la intención para sustentar el injusto penal[2085]. La antijuridicidad de la conducta típica se encontraría exclusivamente en el hecho de manifestar una intención de contrariedad del ordenamiento jurídico-penal.

En nuestra opinión, una conducta es antijurídica si ha defraudado una expectativa normativa de conducta esencial mediante una conducta típicamente relevante. Como puede verse, la antijuridicidad de la conducta descansa en su sentido comunicativo de perturbación social. Esta perturbación social se produce fundamentalmente por el desvalor de la acción, aunque debe reconocerse que la presencia y entidad del desvalor del resultado influye en el nivel de perturbación. De esta manera, conducta y resultado se vinculan de la misma forma que en la tipicidad penal, por lo que salta a la vista la homogeneidad valorativa entre la categoría de la tipicidad y la categoría de la antijuridicidad. Puede decirse que la antijuridicidad, al igual que la tipicidad, no hace otra cosa que determinar la competencia por un suceso socialmente perturbador, con la única particularidad de que esta determinación se hace en situaciones especiales de conflicto. Las llamadas causas de justificación no son más que contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora.

[2082] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 67: "*La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal*".

[2083] En una postura extrema, KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, p. 395 y s., planteó la tesis de que el injusto se agota en el desvalor de la acción, pasando el resultado a ser, a lo sumo, no más que una condición objetiva de punibilidad.

[2084] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 68.

[2085] Vid., ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 128 y ss.

III. Las causas de justificación

1. Fundamento

Para fundamentar el efecto exonerador de responsabilidad de las causas de justificación, un sector de la doctrina penal parte de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico y las concibe, por tanto, como normas permisivas provenientes del Derecho civil o del Derecho público[2086]. A esta fundamentación formal se le ha criticado invertir la tarea del Derecho penal, en tanto éste no se dedicaría a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar ataques en bienes jurídicos ajenos[2087]. Por esta razón, la doctrina dominante intenta plantear las causas de justificación como un problema fundamentalmente teleológico[2088]. Si la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos (o la vigencia de la norma), las causas de justificación deberán configurarse como supuestos concretos en los que se renuncia a la protección penal de tales bienes.

La razón de la renuncia a la protección penal ha pretendido encontrarse, por otro sector de la doctrina, en un proceso de ponderación que reconoce la primacía de ciertos intereses especiales frente a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro[2089]. Esta comprensión de la justificación ha resultado, sin embargo, poco adecuada para englobar las distintas causas de justificación reconocidas, lo que explica el rechazo casi generalizado de la doctrina penal a fundamentaciones unitarias de las causas de justificación[2090]. La referida insuficiencia de las teorías unitarias ha llevado a que actualmente se asuma una fundamentación pluralista de las causas de justificación, es decir, que además del criterio de la ponderación se consideren otros aspectos tales como la ausencia de interés, la preservación del orden jurídico, el principio de proporcionalidad, el principio de autonomía o de responsabilidad[2091].

[2086] Vid., en este sentido, GÖSSEL, *JuS* 1979, p. 164 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 323.

[2087] Vid., en este sentido, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y s., con mayores referencias.

[2088] Vid., así el planteamiento de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 253 y ss.

[2089] Vid., con matices propios, HORN, *Untersuchungen*, pp. 81, 105; SCHMIDHÄUSER, *FS-Lackner*, p. 77 y s.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), p. 329; GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 168. Críticamente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 33 y ss.

[2090] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 38.

[2091] En la doctrina nacional YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 104.

A nuestro entender, las causas de justificación deben ser interpretadas como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto[2092]. Como puede verse, se trata de una parte del proceso de imputación penal, en la que se determina quién es el competente por el hecho concreto y en qué medida lo es. La única finalidad de la diferenciación expositiva entre tipicidad y antijuridicidad es mostrar los diversos pasos lógicos en un proceso de imputación penal o las posibilidades de su negación. En este sentido, en las causas de justificación se discute, al igual que en la tipicidad objetiva y subjetiva, quién resulta competente por el hecho acaecido[2093]. Lo particular de las causas de justificación es que el descargo de la imputación tendría lugar por la existencia de una situación *especial* de conflicto.

Para precisar quién resulta competente en ciertas situaciones de conflicto y en qué medida lo es, debemos recurrir a criterios normativos que responden al sentido de la categoría de la antijuridicidad penal[2094]. De manera absolutamente general, puede decirse que la razón de ser de la antijuridicidad penal en la teoría del delito es determinar si las reglas generales de atribución del hecho delictivo se mantienen en caso entren en juego otros intereses que resultan también jurídicamente relevantes. Como base de este análisis debe tenerse en cuenta que los intervinientes en el suceso conflictivo son personas, de manera que en ningún caso cabe una solución arbitraria que niegue a alguien su personalidad, ni tan siquiera cuando recaiga sobre éste el más alto grado alto de competencia por el suceso lesivo. Por consiguiente, de entre los medios idóneos de los que se dispone en una situación especial de conflicto siempre se tiene que escoger el menos lesivo, o la utilización menos lesiva, para las personas que resulten finalmente afectadas[2095].

[2092] En este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 142. En el Perú, CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 677, sigue este planteamiento.

[2093] De manera concluyente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 y ss.; CADENAS, *LH-Jakobs* (Perú), p. 396.

[2094] Así, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

[2095] Vid., en este sentido, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 197. Si bien PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 11, reconoce igualmente la exigencia de la racionalidad de la defensa (dentro de lo que considera también lo proporcional), su fundamento no está en el reconocimiento abstracto de la persona del agresor, sino en un deber de sacrificio al que está obligado el agredido como ciudadano, lo que dependerá de la identidad de cada sociedad.

En un primer nivel de determinación del grado de competencia en las situaciones de conflicto debe atenderse a la idea de la normatividad pura, esto es, una consideración basada únicamente en la titularidad sobre los bienes en conflicto o en la organización de estos bienes[2096]. Si un bien atribuido a una persona genera una situación peligrosa a causa de un hecho fortuito o incluso por la conducta de un tercero, su competencia le obliga a tener que tolerar los actos dirigidos a resolver el conflicto hasta la medida de su titularidad respecto del bien en cuestión[2097]. Por ejemplo, si el árbol del jardín de una persona cae sobre el camino de acceso a la casa del vecino, éste estará autorizado a cortar el árbol para entrar a su casa. Distinto es el caso si se trata de una organización peligrosa de sus bienes, pues la competencia no alcanza solamente hasta la medida de lo que genera concretamente la situación específica de conflicto, sino que abarca a toda su organización[2098]. Por ejemplo, la agresión ilegítima con un cuchillo no autoriza solamente a destruir el cuchillo, sino a afectar al agresor mismo, en la medida que sea necesario para evitar la agresión. No obstante, si nos limitamos a este criterio normativo las soluciones resultarían a todas luces insatisfactorias, pues permitiría la lesión de otra persona (o sus derechos) para mantener intereses insignificantes, en tanto ello sea necesario[2099]. Por ello, únicamente los casos de una organización responsable (agresión ilegítima) podrían justificarse sólo con una defensa necesaria[2100], ya que el agresor desconoce en estos casos al otro como titular de sus bienes[2101].

La situación se torna distinta si se trata de una organización no responsable que genera la necesidad de una defensa por parte de otro (el llamado estado de necesidad defensivo), pues una competencia en grado máximo del creador de la situación peligrosa se presenta socialmente como excesiva[2102]. Debe tenerse en consideración que, en estos casos, el "agresor" no se ha organizado responsablemente, lo que significa que no

---

[2096] Vid., así la afirmación de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 86: "*Por eso, en el "entendimiento abstracto" se muestra "toda lesión jurídica como absoluta"*.

[2097] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 198 y s.

[2098] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss.

[2099] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

[2100] Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 75, con base en una competencia plena del agresor.

[2101] Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 77.

[2102] Por ello, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 76, considera en estos casos al agresor no responsable sólo como preferentemente competente.

comunica de manera manifiesta el desconocimiento de la personalidad del afectado. Para evitar las consecuencias excesivas de un criterio de normatividad pura, la determinación del grado de competencia debe recurrir en estos casos a otro criterio normativo: La normatividad utilitarista. Según este criterio, la medida de competencia del que se ha organizado de manera no responsable alcanza solamente a tolerar una defensa que no sea desproporcionada[2103].

La solución que se desprende de los criterios utilitaristas resulta, sin embargo, incorrecta cuando el estado de necesidad es agresivo, esto es, cuando una persona en situación de necesidad agrede a otra completamente ajena al origen del conflicto. Por ejemplo, una persona entra en una vivienda ajena para guarecerse de unos agresores que lo están persiguiendo. La organización responsable del que se encuentra en situación de necesidad sin la intervención del tercero afectado, debería traer consigo su plena competencia por el hecho. No obstante, hay que reconocer que la competencia por un conflicto no se establece sólo con base en criterios de organización, sino que existen razones institucionales que podrían trasladar la competencia al ámbito del perjudicado por la acción de salvaguarda[2104]. Esta competencia del sujeto ajeno a la situación de peligro se manifiesta en el deber de tolerar la lesión de determinados bienes propios con la finalidad de salvaguardar otros de mayor relevancia[2105]. Sobre el afectado por una situación de necesidad permanece solamente una competencia por la adecuación de su conducta de salvaguarda, es decir, que no se trate de una forma de agresión que, de generalizarse, rompería las condiciones mínimas de convivencia. Por ejemplo, nadie que padezca una enfermedad renal, está autorizado a secuestrar y extraer por la fuerza un riñón a otro.

[2103] Vid., Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 203, en relación con bienes compensables de cierta magnitud. Establece como límite del estado de necesidad defensivo el baremo del "interés salvaguardado no inferior", Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, pp. 25, 78 y s.

[2104] Vid., en este sentido, la fundamentación del deber de tolerancia de Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 103 y ss. Recurre a los deberes de solidaridad (solidaridad general intersubjetiva), Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, pp. 22, 90 y ss. Por su parte, Silva Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1023 y ss., hace una redefinición del deber de tolerancia como deber negativo, en el sentido de deber de no organizar (reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que de ello se derive un incremento del riesgo para terceros.

[2105] Vid., Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 206.

Como puede verse, en las causas de justificación no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro continúa siendo penalmente competente por dicha afectación a pesar de que existen otros intereses en juego. Las causas de justificación producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene más la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por el propio afectado.

2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las causas de justificación

La determinación de la existencia de una causa de justificación requiere tener en cuenta tanto la faceta objetiva como subjetiva de la situación[2106]. Si bien cada causa de justificación tiene sus propias particularidades, existen ciertos aspectos comunes que permiten comprender el significado general de la justificación en el proceso global de imputación penal. También aquí el descargo de la imputación debe ser considerado como una unidad, pues un aislamiento de lo objetivo y lo subjetivo solamente llevaría a resultados incorrectos o incompletos en el tratamiento de las causas de justificación.

A. El aspecto objetivo de las causas de justificación

Si tuviésemos que resumir el aspecto objetivo de las causas de justificación en una sola idea, éste sería, con los peligros de cierta vaguedad, una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto de actuación. Si bien este dato objetivo adquiere contornos específicos en las distintas causas de justificación, en la doctrina penal se ha discutido en general si los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben existir realmente[2107] o si basta sólo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia[2108]. Como punto de

[2106] Contra el carácter puramente objetivo de la antijuridicidad y, por lo tanto, de las causas de justificación se mostró M. E., MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 232: "*los elementos subjetivos de la antijuridicidad son auténticos atributos de la antijuridicidad*".

[2107] En este sentido, GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 167; SANZ MORÁN, *Revista penal* 5 (2000), p. 84. Con algunas precisiones, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 331.

[2108] En este sentido, FRISCH, *Vorsatz*, p. 424 y ss.; KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, p. 401; RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 382 y ss.

partida, puede decirse que nos parece más adecuado el punto de vista que sostiene que los presupuestos objetivos deben estar presentes, en tanto las causas de justificación requieren algo más que una simple prognosis. No obstante, debemos señalar que esta afirmación requiere de algunas matizaciones particulares.

En los casos en los que el afectado resulta competente por la producción de la situación de conflicto (legítima defensa, por ejemplo), deberá establecerse una vinculación efectiva entre la situación de conflicto y la esfera de organización del agresor, no siendo posible sustituir esta vinculación por una simple prognosis[2109]. Sin embargo, resulta pertinente precisar que esta vinculación objetiva existe ya en el caso que el afectado haya generado una apariencia de peligro (agresiones aparentes), de manera tal que la situación de conflicto pueda imputársele objetivamente con los correspondientes deberes de tolerancia. Por ejemplo, el uso de un arma aparente autoriza ya una legítima defensa del amenazado[2110].

En los casos en los que el Estado se encarga de precisar la situación de conflicto y autoriza la realización de una conducta que, en principio, está prohibida (los permisos administrativos excepcionales, por ejemplo), solamente bastará la legalidad de tal autorización para cumplir con el aspecto objetivo de la causa de justificación. Si las condiciones materiales para tal autorización resultan discutibles, ello no afectará la justificación, en tanto el funcionario público competente se haya movido dentro de su ámbito de discrecionalidad.

Finalmente, cabe mencionar los casos de ejercicio de funciones públicas, en donde la justificación requerirá en el plano objetivo que estén presentes solamente los requisitos o indicios necesarios para poder ser ejercidas (por ejemplo, la facultad de detención o el allanamiento de domicilio por delito flagrante)[2111]. El cuestionamiento de la decisión en aspectos de la discrecionalidad judicial o policial no enerva la existencia del aspecto objetivo de la situación de justificación.

[2109] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 9.

[2110] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 10. Niega la situación de peligro en estos casos para supuestos que comprometen la vida y la integridad física, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 9; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 268 y ss.

[2111] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15.

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación

La exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación resulta altamente controvertida[2112]. Un sector de la doctrina considera que la justificación constituye un aspecto esencialmente objetivo[2113], a lo cual se oponen aquellos que, por el contrario, exigen en este nivel que el autor actúe con la finalidad de justificación[2114]. En una posición intermedia se encuentran, por un lado, los que admiten elementos subjetivos en algunas causas de justificación y, por el otro, los que consideran que el aspecto subjetivo debe abarcar solamente el conocimiento de la situación de justificación[2115]. En nuestra opinión, para poder resolver esta discusión, debemos recordar que las causas de justificación permiten una determinación de las competencias mediante una concreción del hecho. En este sentido, el aspecto subjetivo debe también concretarse, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de la situación de justificación.

El aspecto subjetivo en las causas de justificación no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor[2116], pues, tal como ya lo hemos indicado, el estado psíquico del autor es absolutamente irrelevante para la imputación penal. Por otra parte, tampoco la sola existencia objetiva de las condiciones de una causa de justificación resulta suficiente para suprimir la imputación penal, ya que la defraudación de las expectativas normativas de conducta no se fundamenta en la simple lesión de algo valioso, sino en la expresión de sentido del ciudadano frente a la norma[2117]. Por esta razón, consideramos como más adecuado el parecer doctrinal que exige el conocimiento (mejor expresado, la imputación del conocimiento) de la situación de justificación[2118]. No obstante, debe señalarse que esta impu-

---

[2112] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 18.

[2113] En este sentido, SPENDEL, *FS-Bockelmann*, p. 251 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, p. 484 y s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, p. 462 y ss.; CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, p. 107.

[2114] En este sentido, RUDOLPHI, *FS-Maurach*, p. 58; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 329.

[2115] En este sentido, FRISCH, *Vorsatz*, p. 457; EL MISMO, *FS-Lackner*, p. 142 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 21; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 139 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/16 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326.

[2116] En este sentido, FRISCH, *FS-Lackner*, p. 135 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 20.

[2117] Sobre la oposición entre bien jurídico como objeto valioso y bien jurídico como vigencia de la norma, vid., en detalle, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43 y ss.

[2118] Sigue acertadamente este parecer, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 83.

tación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de justificación, sino que debe abarcar también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto[2119]. Si se realiza una conducta objetivamente justificada, pero sin el conocimiento requerido del autor, habrá que determinar cómo se sanciona este caso. En la doctrina alemana se recurre a la aplicación de la regla de la tentativa, mientras que en España se aplica la normativa de la eximente incompleta[2120]. En nuestro caso, el artículo 21 del CP hace más viable la solución alcanzada por la doctrina española[2121].

Puede también presentarse un supuesto de error respecto de la existencia de los elementos objetivos de la situación de justificación. Este supuesto de error puede deberse, en primer lugar, a defectos de percepción sensorial que hacen creer al autor que su conducta se encuentra justificada. Se trata fundamentalmente del error sobre las condiciones fácticas u objetivas de las causas de justificación, llamado también error de tipo permisivo[2122]. La polémica que ha despertado este supuesto de error en la doctrina penal se debe a que algunos lo consideran un error de tipo y otros un error de prohibición. En nuestra opinión, se trata de un error que afecta la imputación del injusto penal, por lo que constituye un error que se mueve en el mismo plano del error de tipo. Por esta consideración, resulta aplicable a este caso la normativa del error de tipo prevista en el artículo 14 primer párrafo del CP.

El error en las causas de justificación puede surgir también por valoraciones defectuosas, en la medida que el autor considera que las características de su actuación se ajustan a las condiciones de la causa de justificación correspondiente. La doctrina penal trata estos supuestos como error de prohibición indirecto[2123], lo que significa ubicar este supuesto de error

---

[2119] Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94: "*Él (scil. el autor) tiene pues el dolo de hacer algo objetivamente ajustado a derecho*".

[2120] A favor de la aplicación de una eximente incompleta, Mir Puig, *Derecho Penal*, PG L16/19. Por una aplicación directa de las reglas de la tentativa se pronuncia Frisch, *FS-Lackner*, p. 138 y ss.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 101; Silva Sánchez, *ADPCP* 1987, p. 661. Por una aplicación analógica, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 23 y s.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 330.

[2121] Vid., Reaño Peschiera, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 207.

[2122] Vid., Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 9, n.m. 153 y ss.

[2123] Vid., en general, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 36 y ss.; Armaza Galdos, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 45.

en el plano de la culpabilidad. En nuestra opinión, el error sobre el carácter permitido o prohibido del hecho debe ubicarse en el mismo plano que el error de tipo, aun cuando la regulación contenida en el artículo 14 del CP parecería optar por tratar estos errores como errores de prohibición. De manera absolutamente clara en los tipos penales con elementos de valoración global, el error de valoración respecto de una causa de justificación debe ser comprendido como un error de tipo, pues la incorporación en el tipo penal de una cláusula de valoración de la antijuridicidad de la conducta hace que su errónea apreciación se mueva en el plano de la tipicidad. Así, por ejemplo, en el delito de secuestro el error sobre una situación de justificación deberá considerarse un error sobre el elemento del tipo "sin derecho, motivo o facultad justificada", mas no un error de prohibición que deba resolverse en sede de culpabilidad. Pero no sólo en estos casos manifiestos debe tratarse el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, sino también cuando el tipo penal carezca de una referencia explícita a la antijuridicidad de la conducta, pues, tal como se vio al tratar el dolo, no es posible imputar subjetivamente el dolo si el autor no conoce el carácter antijurídico del hecho concretamente realizado, lo que evidentemente sucede cuando el agente cree que su conducta se encuentra justificada.

En los supuestos de error sobre la causa de justificación la doctrina penal discute si cabe hacer la exigencia adicional de un deber de comprobación (*Prüfungspflicht*) que obligaría al beneficiado, bajo responsabilidad, a verificar la existencia efectiva de una situación justificante[2124]. El parecer actualmente dominante se opone a la exigencia de tal deber[2125], en tanto se confundiría la situación de justificación con la constatación de la misma y produciría soluciones insatisfactorias en el caso de partícipes con procesos subjetivos de constatación distintos[2126]. No cabe duda que esta apreciación crítica resultaría correcta si se tratase de verificar el proceso psíquico que cada partícipe ha tenido en el hecho. No obstante, si la determinación del aspecto subjetivo de la causa de justificación constituye también una impu-

[2124] Vid., la referencia en JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 24; ROXIN, *Derecho Penal*, PG § 14, n.m. 81 y ss.

[2125] Vid., en detalle, RUDOLPHI, *GS-Schröder*, p. 73 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 82. Por su parte, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 330, considera que un deber de comprobación no forma parte de los presupuestos subjetivos de las causas de justificación.

[2126] Así, concretamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 25.

tación[2127], el conocimiento de los aspectos relevantes para la evaluación de la situación de conflicto podrá atribuirse a los intervinientes sin mayores inconvenientes con independencia de sus representaciones psíquicas divergentes.

Resulta pertinente destacar que la ausencia de una imputación de conocimiento al autor en la situación específica no excluye, sin embargo, la posibilidad de una exigencia normativa de conocimiento. No cabe duda que un deber de comprobación en una situación de conflicto resulta impracticable, pues las condiciones de una situación de conflicto no favorecen normalmente un juicio mesurado por parte del autor[2128]. Sin embargo, si resultase posible exigir del autor haberse procurado los elementos de juicio para valorar adecuadamente la situación de justificación en el caso concreto, una imputación de responsabilidad podrá tener lugar, aunque con la pena prevista para el delito culposo conforme a lo establecido en el artículo 14, segundo párrafo del CP.

3. Efectos de las causas de justificación

La determinación de una causa de justificación en el caso concreto tiene el efecto principal de levantar la imputación penal establecida a nivel de la tipicidad. Sin embargo, esta constatación tiene otros efectos penalmente relevantes. En primer lugar, hay que señalar que la existencia de una causa de justificación tiene relevancia en la configuración de los criterios de imputación de responsabilidad. Así, si se determina que una agresión está justificada, no cabrá defenderse de ella legítimamente, pues no se trata de una conducta prohibida que permita cumplir con el requisito de la agresión ilegitima[2129]. Sobre el afectado por una causa de justificación recaerá un deber de tolerancia, lo que le impedirá responder legítimamente frente a la

---

[2127] Por esta razón, la representación incierta de una situación de justificación (vid., sobre esto Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 28 y ss.; Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 87 y ss.) constituye una problemática circunscrita a la psique del autor sin ninguna relevancia para el Derecho penal.

[2128] Vid., esta apreciación en Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 26.

[2129] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 104. Por su parte, Günther, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 380 y ss., matiza esta afirmación, pues entiende que existen ciertas causas de justificación (la que denomina genuinas causa de justificación) que sólo excluyen la antijuridicidad penal, pero no son antijurídicas en todo el ordenamiento jurídico, por lo que en estos casos cabría una legítima defensa.

restricción de derechos que supone la actuación justificada[2130]. La justificación de una conducta típica tiene además el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes contribuyen a la materialización de la causa de justificación. En las exposiciones doctrinales se suele hacer referencia a la accesoriedad cualitativa de la participación para explicar en estos casos la falta de castigo de los partícipes[2131]. Sin embargo, el hecho es que la justificación de la conducta niega la existencia de un injusto, sin el cual no es posible imputar responsabilidad penal a nadie[2132].

Las causas de justificación tienen relevancia también en el plano de las consecuencias jurídicas del delito. Así, se ha dicho que una medida de seguridad sólo podrá imponerse si es que el hecho del inimputable peligroso constituye una conducta típica y antijurídica[2133]. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo correcta, pues el fundamento de dichas medidas se encuentra en la peligrosidad objetiva que se manifestada en una conducta objetivamente peligrosa. En este orden de ideas, puede ser que la conducta peligrosa no sea típica por falta de imputación subjetiva, lo que no debe impedir la imposición legítima de una medida de seguridad. En este orden de ideas, las medidas de seguridad podrán imponerse aun cuando el inimputable peligroso haya realizado simplemente una conducta objetivamente prohibida[2134].

Se ha señalado también que la justificación de una conducta levanta el deber de indemnizar por el daño producido[2135]. Esta afirmación no es, sin embargo, absoluta, pues en determinados casos la justificación sólo le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que le implica dicha tolerancia. Así, pues, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar la integridad física de otro, esta situación no tendría que impedir que luego de superada la situación de conflicto el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos del daño generado al afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios

[2130] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 105.
[2131] Así, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 533.
[2132] Igualmente, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 84.
[2133] Así, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36.
[2134] En esta línea va la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Enrique Bacigalupo*, p. 867 y ss.
[2135] En este sentido, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36.

intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta justificada no trae siempre como consecuencia la falta de un deber de reparar. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento[2136].

IV. De las causas de justificación en particular

1. La legítima defensa

A. Concepto

La legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. En la medida que la defensa se lleva a cabo para contrarrestar una agresión responsablemente organizada por el agresor, la competencia por las afectaciones que producirá el acto de defensa deberá recaer sobre el agresor[2137]. El fundamento del efecto justificante de la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad en el contexto específico de la agresión, esto es, en el plano de la normatividad pura[2138].

La legítima defensa supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye, a su vez, una *actio duplex*, en la medida que puede verse como una afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes[2139]. Si bien el acto de defensa constituye una agresión a una persona, el defensor no está obligado a reconocer al agresor como

---

[2136] De igual parecer, Villegas Paiva, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 85.

[2137] Así, Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss., con base en el criterio antes mencionado de la normatividad pura. Una fundamentación similar de la legítima defensa se encuentra en Renzikowski, *Notstand*, p. 275, con base en la restabilización de las relaciones de coordinación entre agresor y agredido. Por el contrario, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 1, recurre a una fundamentación dualista de la legítima defensa (protección de bien jurídico y mantenimiento del orden jurídico). Críticamente con la fundamentación dualista, Perdomo Torres, *InDret* 1/2008, p. 6 y ss.

[2138] Vid., Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 200. Similarmente, Perdomo Torres, *InDret* 1/2008, p. 10 y s.

[2139] Vid., Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 17.

ciudadano (sí como persona), pues la agresión ilegítima de este último implicó una negación de las relaciones de mutuo reconocimiento de la personalidad entre ambos.

B. Requisitos

Los requisitos de la legítima defensa se ordenan en función de los actos de organización de los intervinientes en esta situación de justificación. En cuanto al acto de organización del agresor, se exige que éste sea ilegítimo y que no exista una provocación previa suficiente que de lugar a dicha agresión. En cuanto al acto de defensa del agredido, se requiere que los medios empleados sean racionales para impedir o repeler la agresión. Veamos estos aspectos de manera más detenida.

a. La agresión ilegítima

La agresión consiste en la amenaza de un bien jurídico por parte de una conducta humana[2140]. No podrá calificar de agresión, por lo tanto, el ataque de animales[2141] –a no ser que un animal sea azuzado por el dueño, en cuyo caso la agresión será la conducta del dueño[2142]– o los sucesos naturales que no constituyan propiamente una acción humana. No hay impedimento para que la agresión se realice también mediante una omisión, siempre que ésta sea penalmente relevante por existir una posición de garantía[2143], como por ejemplo la madre que no alimenta al niño.

Si bien el tenor de la ley no menciona la entidad de la agresión, existe unanimidad en la doctrina penal al requerir que ésta sea real y actual. En cuanto a la realidad, se dice que la agresión debe tener existencia en el mundo objetivo[2144], de lo contrario lo que habrá es un error que, da-

---

[2140] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 276 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 264 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1403 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 537 y s.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 680 y ss.

[2141] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 51.

[2142] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6.

[2143] Vid., con amplias referencias bibliográficas, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 21; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 11; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.272 y ss.

[2144] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 541; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 97.

das ciertas condiciones, podrá levantar igualmente la imputación penal. La existencia de una agresión real no debe limitarse, sin embargo, a las agresiones realmente peligrosas, sino que también cabe incluir el caso de la generación responsable de una apariencia de peligro (agresiones aparentes o con armas aparentes). Si una persona se organiza de una forma tal que genera las condiciones para asumir razonablemente la existencia de un peligro inminente, tendrá que asumir la competencia por la apariencia creada responsablemente. Por su parte, la actualidad de la agresión significa que ésta sea inminente, que esté teniendo lugar o que prosiga[2145]. En la doctrina penal se discute especialmente cuándo se puede hablar ya de una inminencia de la agresión, opinando algunos por el inicio de la fase de tentativa de la agresión (solución de la tentativa), mientras que otros lo hacen por el ámbito inmediatamente previo al inicio de la tentativa (teoría de la zona previa)[2146]. Dada la finalidad de protección de la legítima defensa, resulta consecuente que, desde el momento inmediatamente previo a la agresión, se pueda ejercer legítimamente una defensa de los intereses.

El acto de organización del agresor debe ser ilegítimo, tal como se desprende del tenor literal del artículo 20, inciso 3, literal a) del CP. La exigencia del carácter ilegítimo de la agresión significa que la agresión debe ser antijurídica[2147]. La primera cuestión que cabe determinar es si esta contrariedad al Derecho de la agresión debe estar referida al incumplimiento de una prohibición general o si ésta debe ser específicamente penal. En nuestra opinión, debe tratarse de una agresión contraria a la normativa penal[2148]. A partir de esta consideración, no podrá considerarse una agresión ilegítima las simples infracciones de deberes de cuidado que no generen un riesgo penalmente prohibido como, por ejemplo, pasarse un semáforo en rojo. Esta consecuencia se ve con mayor claridad en el caso de omisiones que, si bien no están jurídicamente amparadas, no constituyen una agresión penalmente relevante (por ejemplo, los inquilinos que omiten

---

[2145] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 20; Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L16/52.

[2146] Vid., la discusión, con mayores referencias doctrinales, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 21; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 285; Reátegui Sánchez, *Derecho Penal*, PG, p. 165.

[2147] Así, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 276.

[2148] Igualmente, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 14; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 278. De otro parecer, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 540; Yon Ruesta/Torres Cox, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 110; Villegas Paiva, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 95; Momethiano Santiago, *LH-Zaffaroni*, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 134..

abandonar la vivienda o el deudor que no paga). En estos casos sólo le queda al afectado recurrir a la vía civil o buscar otras alternativas ofrecidas por el ordenamiento jurídico[2149].

La exigencia de la antijuridicidad penal de la agresión ha dado pie a que se discuta si la agresión es una situación puramente objetiva o si, por el contrario, requiere también de una imputación subjetiva. La posición tradicional y que aún cuenta con adeptos sostiene que la agresión se determina únicamente en función del resultado, es decir, con una conducta que amenace con lesionar un bien jurídico[2150]. En la actualidad esta posición ha sido prácticamente abandonada y la doctrina penal coincide mayoritariamente en que la agresión debe contener un desvalor de la acción y, por lo tanto, resulta necesario no sólo que se haya creado un riesgo penalmente prohibido, sino también que la creación de ese riesgo debe imputársele subjetivamente al agresor. En relación con este último aspecto se discute si cabe una legítima defensa ante una agresión indebida tanto de carácter doloso, como de carácter culposo. Si bien no hay un impedimento estructural para admitir una legítima defensa ante una agresión culposa, la organización responsable es, en este caso, de menor gravedad, por lo que lo razonable es dejar fuera de la legítima defensa las agresiones culposas y tratarlas, más bien, en el ámbito del estado de necesidad defensivo[2151].

Un sector doctrinal resulta más exigente en cuanto a la calidad de la agresión, en la medida que requiere que la agresión sea además culpable. Se alega que el derecho a la legítima defensa debe ser consecuencia de algo más que la mera responsabilidad o incumbencia del agresor, pues se autoriza el tratamiento más drástico en su contra, lo que sólo ocurre cuando el agresor ha creado culpablemente el conflicto[2152]. Por lo tanto, si la agresión proviene de personas manifiestamente inculpables, la defensa no se ajustará a los requisitos de la legítima defensa, sino a los de un estado de necesidad defensivo. A este planteamiento se le cuestiona desde postula-

---

[2149] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 34.

[2150] Así, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, § 21, II, 1 a.

[2151] Vid., en este sentido, la opinión de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 281 y ss., con base en consideraciones que califica de axiológicas. Igualmente aprecia un estado de necesidad defensivo, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 48; MOMETHIANO SANTIAGO, LH-Zaffaroni, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 133. De otro parecer, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 539; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 93.

[2152] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 18.

dos preventivo-generales que se niegue la necesidad del prevalecimiento del Derecho, que fundamenta la legítima defensa, en el caso de conductas antijurídicas, pero no culpables[2153]. Sin embargo, debe tenerse presente que la agresión no culpable no queda sin respuesta del agredido, sino que el estatuto que regula la legítima reacción del agredido resulta un tanto más exigente precisamente por la falta de culpabilidad del agresor.

La doctrina dominante limita la legítima defensa a la agresión que recae sobre bienes jurídicos individuales[2154]. Sin embargo, no existe una razón de fondo para excluir los bienes jurídicos supraindividuales o estatales[2155]. En el caso de bienes jurídicos difusos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas difusamente por la agresión pueda oponer una defensa legítima que impida la prosecución del delito. Por ejemplo, el montañista que reduce a la persona que está prendiendo fuego en el bosque (delito de peligro común). Si se trata de intereses estatales, el particular podría ejercer igualmente una legítima defensa a favor de los intereses del Estado[2156], en la medida que, tal como lo dispone el artículo 20 inciso 3 del CP, la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros. Por ejemplo, impedir por la fuerza que el espía que lleva información secreta pase la frontera hacia otro país.

Del párrafo anterior se desprende además que la legítima defensa se puede ejercer ante la agresión de bienes jurídicos propios como de terceros. La legítima defensa de intereses ajenos, conocida también como auxilio necesario, se puede llevar a cabo sin que sea necesario algún tipo de vinculación especial entre el agredido y quien ejerce la legítima defensa a su favor. Un sector de la doctrina penal exige, sin embargo, que en estos casos se cuente cuando menos con el consentimiento del agredido[2157]. En nuestra

---

[2153] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 18. Niega también la necesidad de que la agresión sea culpable, Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L16/50; Hutrado Pozo, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1374; Villegas Paiva, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 95.

[2154] Vid., en este sentido, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 35; Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L16/61.

[2155] Admiten legítima defensa en el caso de bienes jurídicos colectivos, Schröder, *FS-Maurach*, p. 141, de manera limitada; Dannecker, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554, de manera más general. En la doctrina nacional, Villegas Paiva, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 98.

[2156] Vid., en este sentido, aunque con ciertas restricciones, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 39; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 6. En la doctrina nacional, Reátegui Sánchez, *Derecho Penal*, PG, p. 171.

[2157] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 548.

opinión, esta exigencia resultaría solamente procedente si se trata de bienes jurídicos disponibles, pues en el caso de bienes jurídicos indisponibles la legítima defensa de terceros estará siempre justificada[2158].

b. La falta de provocación suficiente

El artículo 20, inciso 3, literal c) del CP dispone que solamente habrá una legítima defensa si es que no ha tenido lugar una provocación suficiente de quien hace la defensa[2159]. El carácter ilegítimo de la agresión se levanta en este supuesto porque existe precedentemente una provocación suficiente por parte del defensor que le traslada la competencia por la agresión[2160]. Lo primero que debe precisarse es que la provocación no es lo mismo que una agresión ilegítima frente a la que se responde de manera jurídicamente permitida[2161]. En estos casos, no cabe alegar que la falta de competencia del agresor tiene lugar por la provocación precedente del agredido, sino que no habría propiamente una situación de legítima defensa, en la medida que la reacción del agresor no sería ilegítima. La provocación no debe entenderse como una agresión ilegítima ante la que el afectado se defiende con otra agresión, sino una situación injusta que hace razonable una reacción del provocado.

El punto de discusión respecto del requisito de la falta de provocación es su suficiencia. Si la provocación consiste en una conducta antijurídica que apunta a que el provocado reaccione para poder luego dañarle alegando una legítima defensa, el agresor no será competente por la situación de conflicto, sino el que la ha provocado de forma intencionada[2162]. El agredido se pone autorresponsablemente en situación de peligro con su conducta provocadora. Más discutible es el caso de una provocación antijurí-

---

[2158] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 100; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 59; YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 110. De un parecer distinto a partir del principio de autodefinición de los intereses propios, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 336 y s.

[2159] Vid., con distintas fundamentaciones y matices, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 88; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 302 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1441 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 685 y s. Rechazan que la provocación pueda descartar una legítima defensa, BOCKELMANN, *FS-Honig*, p. 19 y ss.; FRISTER, *GA* 1988, p. 310.

[2160] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49, asimila este fundamento de la competencia de provocador con la injerencia.

[2161] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 355; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 104.

[2162] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59.

dica culposa, es decir, cuando no hay intención del agredido de provocar la agresión del provocado. A nuestro entender, no hay una razón convincente para negarle el carácter de provocación a una agresión antijurídica culposa, pues igualmente puede motivar razonablemente una reacción del provocado[2163]. En consecuencia, la provocación suficiente puede ser dolosa o culposa, pero lo que evidentemente requiere es que afecte de forma ilegítima al provocado. Por el contrario, se niega la suficiencia de la provocación cuando se trata de burlas injustificadas que no tienen un carácter delictivo. La regla general es que este tipo de provocación no resulta suficiente para justificar una agresión física[2164], aunque habría que considerar en ciertos casos la intensidad de este tipo de provocación a efectos de precisar si puede exigírsele a un ciudadano promedio un deber de tolerarla. Lo que queda absolutamente claro es que no puede calificarse de provocación los requerimientos o injerencias permitidas por el ordenamiento[2165] (por ejemplo, la intervención de un policía de tránsito ante una infracción o el requerimiento de pago que un acreedor hace al deudor en mora).

c. La racionalidad de la defensa

El acto de defensa del que se defiende debe ajustarse al criterio de la necesidad racional de la defensa[2166]. En efecto, tal como lo dispone el artículo 20, inciso 3, literal b) del CP, constituye un requisito de la legítima defensa la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Está claro que el término "medio empleado" no debe entenderse únicamente en el sentido de un instrumento, sino como la reacción necesaria de defensa, la cual puede hacerse con algún instrumento o directamente por el autor[2167]. Por esta razón, la doctrina penal no habla de medio necesario, sino de defensa necesaria.

[2163] Igualmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 54. En la doctrina nacional, YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p.115; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 105; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 177. De otro parecer, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 545.

[2164] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 67; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/80.

[2165] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 65.

[2166] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 30 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 41; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 299 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1423 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 682 y ss. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se precisa el elemento de la necesidad racional de la defensa en la decisión R.N. N° 1985-99 Lima de 14 de junio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 281 y s.].

[2167] En este sentido, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 49.

En la literatura especializada existe coincidencia en señalar que la necesidad racional de la defensa significa que, de entre las alternativas de defensa idóneas de las que dispone el agredido, éste debe elegir la que menos daño produce al agresor[2168]. Se trata de un único criterio de valoración que establece que la defensa idónea para repeler o evitar la agresión ilegítima debe ser la menos lesiva para el agresor, en tanto éste, pese a la agresión responsablemente organizada, no pierde el estatus de persona. En consecuencia, no puede compartirse la tesis que sostiene que la defensa debe ajustarse a dos criterios distintos: La necesidad de la defensa y la racionalidad de la defensa[2169]. Respecto de la defensa idónea se exige únicamente que sea racionalmente necesaria.

Para determinar la necesidad racional del acto de defensa, hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se dispone para la defensa[2170]. El baremo a utilizar para evaluar estos aspectos deber ser objetivo, por lo que si el agresor evalúa incorrectamente la necesidad racional de su defensa tendrá lugar una legítima defensa putativa[2171]. Además de objetivo, la perspectiva empleada debe ser *ex ante*, por lo que el juez debe ponerse en la situación del agredido al momento de la inminencia, iniciación o continuación de la agresión[2172]. Por esta razón, la determinación objetiva de la necesidad racional de la defensa debe tener en cuenta la situación en la que se encontraba el autor al momento de la agresión y no partir de un análisis frio sin ningún tipo de condicionante circunstancial.

Un aspecto que debe quedar claramente definido es que la racionalidad de la defensa no debe entenderse como una relación de proporcionalidad entre los daños o los medios empleados por el agresor y los del que se defiende[2173], sino que la racionalidad del medio impone la elección del

---

[2168] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 30; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 41. En la doctrina nacional, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 167.

[2169] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1425 y ss.; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 54 y ss.; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 100 y ss.

[2170] Vid., PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 51.

[2171] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 45; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.308 y s.

[2172] En el mismo sentido, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 49.

[2173] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 46; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/67; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 56 y s.

medio idóneo menos lesivo de los que se disponen en ese momento para evitar que se materialice o continúe la agresión ilegítima. En este sentido, la reforma del Código penal operada por la Ley 27936 se ha encargado de precisar que la necesidad racional del medio empleado no implica una proporcionalidad del medio empleado respecto de los utilizados para la agresión[2174].

C. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa?

Se ha dicho que una de las alternativas de la defensa necesaria no puede ser la posibilidad de huir del agresor, pues se les estaría dando a los camorristas y matones el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de los sitios en los que quisieran imponer su dominio[2175]. Desde la perspectiva del agredido, aceptar esta exigencia de huir o evadir la agresión significaría exigirle una renuncia a su libertad por pura voluntad de otro, lo que no parece conciliable con un Estado que reconoce un derecho de igual libertad para todos los ciudadanos[2176]. Un sector de la doctrina penal sostiene, sin embargo, que la afirmación precedente no tiene un carácter absoluto, sino que es posible sustentar el deber de eludir o soportar la agresión en ciertas consideraciones axiológicas que hacen inmerecida la justificación de la defensa necesaria[2177]. En concreto, se menciona como casos en los que caben restricciones ético-sociales a la legítima defensa, la agresión no culpable, la agresión provocada antijurídicamente, la agresión irrelevante y la agresión enmarcada en relaciones de garantía.

Los supuestos antes mencionados no son, en el fondo, límites de carácter ético-social, sino que pueden explicarse perfectamente en función de los elementos constitutivos de la legítima defensa. Por ejemplo, la agresión realizada por inimputables no debe tratarse como un caso de legítima defensa, sino de estado de necesidad defensivo, por lo que debe informarse de ciertas consideraciones utilitaristas que restringen la defensa necesaria[2178]. En el caso de la agresión provocada antijurídicamente ya se ha señalado que es una condición para que tenga lugar una situación

---

[2174] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 543; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 172 y ss.

[2175] Así, correctamente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 47; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 36; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 544.

[2176] Similarmente, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 11.

[2177] Vid., por todos, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 51 y ss.

[2178] Vid., con mayores referencias, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m.19 y ss.

de legítima defensa, pues si la agresión fue provocada previamente por el agredido, entonces la competencia por el conflicto recae sobre este último. En relación con la agresión irrelevante se ha dicho que es dudoso si puede calificarse jurídicamente de agresión a una que es irrelevante[2179]. Pero, aun en el caso de que se entienda que es una agresión, debe tenerse en cuenta que el agredido que se defiende legítimamente es también un ciudadano y, por lo tanto, se encuentra obligado a una solidaridad mínima con el agresor. El deber institucional de la solidaridad mínima obliga al agredido a renunciar a bienes sustituibles o de valor insignificante[2180]. Lo mismo sucede en el caso de agresiones que se enmarcan en relaciones de garantía, en concreto, por una estrecha vinculación familiar. La racionalidad del medio de defensa se modula en estos casos por el deber positivo de protección que existe entre personas estrechamente emparentadas, como es el caso de los esposos o de los padres con respecto a los hijos menores de edad[2181]. En este orden de ideas, por ejemplo, la agresión proveniente de la esposa surgida en una discusión marital impondría al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima e incluso en algunos casos el deber de tolerar menoscabos leves antes de lesionar bienes existenciales del agresor[2182].

D. La legítima defensa imperfecta

Una situación de legítima defensa perfecta tiene lugar cuando se cumple con los tres requisitos brevemente expuestos. La consecuencia jurídica de una situación de legítima defensa es la falta de antijuridicidad del hecho y, por tanto, la no imposición de una sanción penal. Sin embargo, puede ser que no se presente una situación de legítima defensa perfecta, en cuyo caso solamente podrá atenuarse la pena tal como lo dispone el artículo 21 del CP[2183]. Se trata de las llamadas eximentes imperfectas en donde si bien no concurren todos los requisitos necesarios para hacer desaparecer completamente la responsabilidad penal, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena en razón de una situación cercana a la legítima defensa.

[2179] Así, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 16.

[2180] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 47.

[2181] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 57; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 324 y s. De otro parecer, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 108.

[2182] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 58.

[2183] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 547.

En este punto, cabe hacer la precisión de que la aplicación de la figura de la eximente incompleta requiere la presencia de cierta base mínima de situación de necesidad. En este sentido, es necesario que exista una agresión, o una apariencia de agresión imputable al agresor, y que se presente una necesidad, cuando menos abstracta, de defensa, pues, de no ser así, no será posible ni siquiera aplicar la eximente incompleta[2184].

En cuanto al alcance de la atenuación de la pena, el artículo 21 del CP dispone que, en caso de darse una eximente incompleta, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Al respecto, debe tenerse presente que el Pleno Jurisdiccional de 1999 dispuso, en la primera conclusión del tema 4, que la configuración de una eximente incompleta determina la aplicación obligatoria de la atenuación, operando la disminución desde el mínimo hacia abajo[2185]. En consecuencia, el mínimo legal se convierte en el marco penal abstracto máximo de la pena aplicable al delito cometido en una situación de eximente incompleta.

2. El estado de necesidad justificante

A. Delimitación

Nuestro Código penal sigue la llamada tesis de la diferenciación y regula, por tanto, de manera distinta el estado de necesidad en el que se preserva un bien jurídico predominante al dañado (artículo 20 inciso 4) y el estado de necesidad en el que se preserva la vida, la integridad física o la libertad (artículo 20 inciso 5)[2186]. Para explicar esta regulación diferenciada, la doctrina penal recurre a la distinta ubicación sistemática de ambos supuestos de necesidad en la estructura del delito: Mientras el primer estado de necesidad excluiría la antijuridicidad (estado de necesidad justificante), el segundo estado de necesidad haría lo propio con la culpabilidad (estado de necesidad exculpante)[2187]. A partir de esta distinción sistemática, sólo

---

[2184] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/62; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 306 y s.; PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 53.

[2185] Vid., la referencia, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 547.

[2186] Vid., así, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 694.

[2187] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 551. Igualmente la exposición de motivos del Código Penal hace esta diferenciación sistemática de ambos supuestos del estado de necesidad.

el estado de necesidad justificante constituirá, en sentido estricto, una causa de justificación, quedando la figura del estado de necesidad exculpante relegada al ámbito de la culpabilidad como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Aquí nos vamos a limitar, por tanto, al llamado estado de necesidad justificante.

Dentro del estado de necesidad justificante se suelen distinguir los casos del estado de necesidad agresivo y del estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad es agresivo cuando la acción realizada para eludir el peligro que se cierne sobre el sujeto, recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro. En cambio, el estado de necesidad es defensivo cuando la acción realizada para eludir el peligro, recae sobre el que crea de forma penalmente no responsable ese peligro[2188]. En ambos casos, si se respetan las exigencias de proporcionalidad, podrá afirmarse la concurrencia de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, una apreciación detenida de la estructura de descargo del estado de necesidad defensivo conduce, más bien, a una conclusión distinta. El estado de necesidad defensivo no está emparentado realmente con el estado de necesidad[2189], sino que comparte, más bien, la estructura de la legítima defensa[2190]. Ya que el que crea la situación de peligro ha realizado un acto de organización, éste resulta competente por el peligro generado aun cuando no sea penalmente responsable por ello y, en consecuencia, se le atribuye el deber de eliminarlo, de asumir los costes de los daños que produzca o, en caso necesario, de soportar la eliminación del peligro por parte del afectado[2191].

El emparentamiento del estado de necesidad defensivo con la legítima defensa llevaría a la conclusión de que la acción de alejamiento de la situación de peligro tendría que limitarse únicamente por la necesidad

---

[2188] Vid., COCA VILA, *InDret* 1/2011, p. 4 y ss., en el que expone esquemáticamente los posibles criterios para determinar cuándo se está ante un estado de necesidad defensivo (el vínculo fáctico con la creación de la situación de peligro, la cuasi-responsabilidad del que genera el peligro y la imputación objetiva del peligro a un comportamiento organizador).

[2189] Sobre la disputa de si el estado de necesidad defensivo se ajusta a los principios generales del estado de necesidad agresivo (sobre todo la preponderancia de intereses), vid., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 132 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

[2190] En el mismo sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 (rescatando en la p. 271 la denominación de pequeña legítima defensa utilizada por von Buri y Löffler); EL MISMO, *Notwehrrecht*, p. 48 y s.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 148.

[2191] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 47.

racional de la defensa al igual que en la legítima defensa. Sin embargo, la conducta del "agresor" en un estado de necesidad defensivo no constituye un desconocimiento abierto de las relaciones de mutuo reconocimiento, de manera tal que este supuesto de justificación no debe ordenarse únicamente en función del criterio de la normatividad pura[2192]. La defensa debe ser sometida también a un criterio de valoración de carácter utilitarista, por lo que no se le podrá atribuir un efecto justificante a la defensa que resulte desproporcionada[2193]. En nuestra legislación penal no existe una regulación expresa del estado de necesidad defensivo, tal como lo indica Armaza Galdós, por lo que consecuentemente propone una modificación a la normativa de la legítima defensa para abarcar estos supuestos[2194]. En nuestra opinión, si bien sería deseable una regulación expresa del estado de necesidad defensivo, esta situación no impide la configuración de una atenuante analógica en la que se mezclen el aspecto de la normatividad pura de la legítima defensa con las consideraciones utilitaristas del estado de necesidad justificante.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, puede afirmarse que el estado de necesidad justificante se presenta propiamente en el llamado estado de necesidad agresivo. Se trata, por tanto, de una situación de necesidad por la que ni el agresor, ni el agredido resultan competentes y frente a la cual tampoco les corresponde un deber de soportar el peligro[2195]. Sin embargo, la preponderancia del bien jurídico preservado le impone al afectado el deber de tolerar la agresión en situación de peligro. Es una competencia de carácter institucional que se sustenta específicamente en la solidaridad, la que le impone a la persona agredida un deber de soportar la acción salvadora a favor de quien está en situación de peligro de afectación de bienes jurídicos más preponderantes.

[2192] Vid., en este sentido, Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

[2193] Vid., Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 203. Similarmente, Renzikowski, *Notstand*, p. 239 y ss.; Coca Vila, *InDret* 1/2011, p. 30.

[2194] Armaza Galdós, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, p. 329 y s. Afirma igualmente la ausencia de regulación en el Derecho Penal Peruano, Momethiano Santiago, LH-Zaffaroni, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), p. 133.

[2195] Vid., en este sentido, Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 127 y s., a lo que llama situación básica del estado de necesidad justificante. Sobre la necesidad de una mayor relevancia del bien jurídico preservado para justificar un estado de necesidad agresivo, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 25; Silva Sánchez, en *Cuestiones actuales*, p. 157.

B. Requisitos

Los requisitos del estado de necesidad justificante se desprenden de lo establecido en el artículo 20 inciso 4 del CP. Si bien se mencionan solamente dos requisitos, lo cierto es que de la redacción del dispositivo penal se derivan otros requisitos adicionales.

a. Situación de peligro

El primer requisito para un estado de necesidad es la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. El peligro puede ser de distinta procedencia, por lo que la fuente puede ser la naturaleza o el comportamiento incorrecto de otro[2196]. La doctrina penal es unánime al aceptar que los bienes susceptibles de estado de necesidad no son solamente los personalísimos, sino también aquéllos de carácter patrimonial o económico como, por ejemplo, la conservación de la plaza de trabajo[2197]. Si bien la regulación positiva menciona expresamente bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal o la libertad, indica también expresamente que la situación de peligro puede recaer sobre otro bien jurídico, lo que abre este requisito del estado de necesidad justificante a cualquier otro bien jurídico[2198]. Incluso, tal como lo indica ROXIN, también podrían ser susceptibles de un estado de necesidad los bienes de la comunidad (bienes jurídicos colectivos), aunque reconoce que en la práctica esta situación solamente se presentará en raras ocasiones, pues en estos casos por lo general es posible hacer frente al peligro de un modo distinto (p.e. llamando a la autoridad)[2199].

La situación de peligro para los bienes jurídicos puede ser tanto para bienes jurídicos propios como ajenos[2200]. Así se desprende del propio tex-

---

[2196] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 14; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 16.

[2197] En este sentido, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 189; EL MISMO, *Einführung*, p. 99; DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 18; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554. Debe precisarse, sin embargo, que no cualquier daño patrimonial puede legitimar un estado de necesidad. Siguiendo a PAWLIK, *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 163 y ss., cabe señalar que debe tratarse de la amenaza de una pérdida patrimonial con una considerable influencia en la conducción de vida del afectado.

[2198] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 552; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.

[2199] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 10. En la doctrina nacional, admite un estado de necesidad justificante en bienes jurídico colectivos, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 41.

[2200] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 9.

to legal en donde se indica que el estado de necesidad procede para conjurar peligros "sobre si o de otro"[2201]. En el caso del estado de necesidad justificante respecto de bienes jurídicos de terceros (auxilio necesario) se ha discutido si debe contarse con el consentimiento del beneficiado por la acción de salvamento. Ante esta cuestión cabe decir primeramente que no existe un deber del auxiliante a solicitar el consentimiento del auxiliado, ni siquiera en los casos en los que sea posible hacerlo, pues se pondría en tela de juicio la autonomía sistemática y justificativa del estado de necesidad[2202]. La situación se torna problemática en los casos en los que el auxiliado pone de manifiesto de forma clara su voluntad de no ser auxiliado, pues en este escenario entra a tallar el principio de autodefinición de los intereses propios[2203]. Por ejemplo, una persona que deja conscientemente un objeto de gran valor expuesto a las inclemencias del tiempo, y en un día de lluvia el vecino procede a protegerlo utilizando un bien de menor valor de otra persona. En estos casos y siempre en atención a la autodefinición de los intereses propios no cabría un estado de necesidad siempre que se trate de bienes de libre disposición. Si los bienes son, por el contrario, indisponibles, el consentimiento no tendrá ningún efecto justificante, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 20 inciso 10 del CP, en donde se dispone que el consentimiento sólo resulta válido respecto de bienes de libre disposición.

De acuerdo con lo establecido en el Código penal, el peligro que acecha al bien jurídico debe ser actual[2204], lo que significa que solamente cabrá admitir una situación de peligro cuando existe un peligro concreto de afectación del bien jurídico[2205]. La actualidad del peligro, sin embargo, no significa la inminencia de la lesión[2206], en la medida que basta la probabilidad de que el riesgo se materialice aunque dicha materialización no sea próxima en el tiempo (por ejemplo, la amenaza de golpear a alguien si se le encuentra por la calle). Queda claro que mientras menos inminente sea un peligro actual, mayores serán las posibilidades de recurrir a otros medios

[2201] Vid., Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.
[2202] Vid., así, con amplias referencias, Pawlik, *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 238 y s.
[2203] Así, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p.192 y ss.
[2204] Pérez López, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 40.
[2205] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 12, precisando que el peligro es sólo relevante si sobrepasa el riesgo vital general.
[2206] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 17.

menos lesivos para conjurar el peligro, pero esta situación no afecta el requisito de la actualidad del peligro, sino, en todo caso, la necesidad de realizar la afectación de bienes jurídicos ajenos. En el caso del llamado peligro permanente (por ejemplo, un edificio en ruinas que amenaza caer encima de los habitantes del predio vecino) tampoco hay mayores objeciones para admitirlo como un supuesto de peligro actual, pues en cualquier momento puede desembocar en un daño[2207].

Para establecer la existencia del peligro, la doctrina penal recurre a un juicio de peligrosidad *ex ante* (antes del hecho)[2208]. Esta afirmación sería completamente correcta si bastase un peligro abstracto para admitir un estado de necesidad, lo cual, tal como lo hemos indicado, resulta insuficiente. La existencia de un peligro concreto requiere un juicio *ex post* en el que se acredite que realmente existió un peligro para un bien jurídico, aunque dicho peligro no se materializó precisamente gracias a la conducta de quien actuó para preservar el bien jurídico puesto en peligro. La creencia errónea de estar ante un peligro efectivo, no siendo así desde una perspectiva *ex post*, dará lugar a una situación de error que deberá tratarse con las reglas desarrolladas al respecto[2209]. Por un argumento *a majore ad minus*, cabrá igualmente un estado de necesidad en caso que exista no un peligro, sino una situación de lesión permanente del bien jurídico que pueda revertirse con una conducta lesiva de otros bienes jurídicos.

b. La necesidad de la defensa

En los estudios especializados se ha establecido que en el estado de necesidad la acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria[2210]. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20 inciso 4 del CP cuando señala que el peligro "*no pueda superarse de otro modo*"[2211]. La necesidad del alejamiento del peligro no debe entenderse como ausencia de otras alternativas de solución del conflicto, sino como la elección de una alterna-

---

[2207] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 18; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1468; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 41.

[2208] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 12; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m.13; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.124; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 40.

[2209] De manera similar, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 781.

[2210] Vid., RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 389; FRISTER, *GA* 1988, p. 291.

[2211] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 553.

tiva de acción idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado, por lo que se dice que este requisito es el correlativo al de racionalidad de la defensa en el caso de la legítima defensa[2212]. Sin embargo, debe quedar claro que en el estado necesidad, a diferencia de la legítima defensa, rige la cláusula de subsidiariedad[2213]. En consecuencia, en si en una situación de peligro resulta posible eludir la fuente de peligro sin poner en riesgo bienes propios o ajenos, entonces al que se encuentra en peligro le corresponderá un deber de elusión, situación que no sucede en el caso de una legítima defensa[2214].

Para determinar la idoneidad de la alternativa de acción resulta necesario tener como referencia el resultado de alejamiento del peligro[2215], lo cual debe evaluarse desde la perspectiva de un espectador objetivo *ex ante facto*[2216]. En este orden de ideas, debe quedar claro que no resulta necesario que efectivamente se logre preservar el bien jurídico amenazado, sino que basta que la alternativa de acción se haya mostrado *ex ante* como objetivamente idónea para salir de la situación de peligro. Por lo tanto, el hecho de que el herido que es llevado en auto al hospital por una persona que conduce en estado de ebriedad muera en el camino (siempre que no hubiese otra persona disponible capaz de manejar el automóvil), no excluye la idoneidad del medio empleado para evitar que el peligro de muerte se materialice[2217].

c. *La preponderancia del interés protegido*

Otro de los requisitos esenciales del estado de necesidad es la preponderancia del interés protegido, tal como se desprende del artículo 20, inciso 4, literal a) del CP. Para determinar el nivel de preponderancia del bien jurídico preservado respecto del sacrificado, resulta pertinente recurrir a la distinción entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo. En el primero, la preservación del bien jurídico en situación de peligro se justifica frente a bienes jurídicos de inferior o igual jerarquía, en la medida que, si bien el "agresor" no se ha organizado responsablemente,

---

[2212] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 16.
[2213] Vid., así, Armaza Galdós, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, p. 310.
[2214] Así, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 151.
[2215] Vid., en este sentido, Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 237 y s.
[2216] Así, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 149.
[2217] Similarmente, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19.

tiene una competencia preferente que se sustenta en el hecho de que el riesgo sale de su esfera de organización[2218]. Por el contrario, la completa ajenidad del tercero afectado por el ejercicio de un estado de necesidad agresivo hace que la acción de preservación en estos casos solamente alcance justificación cuando se preserve un bien jurídico relevantemente preponderante[2219].

En cuanto a cómo debe llevarse a cabo el juicio de preponderancia, cabe señalar que, en este punto, existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesario una ponderación global de los intereses[2220], otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto[2221]. A nuestro entender, resulta atendible la segunda propuesta de interpretación, en la medida que evita el peligro de una doble valoración de los criterios de determinación de la situación de necesidad al que está expuesto el criterio de la ponderación global de intereses[2222]. En consecuencia, la preponderancia de lo preservado frente a lo sacrificado debe establecerse con base en la comparación de los concretos bienes jurídicos en conflicto.

El juicio de preponderancia de los bienes jurídicos en conflicto no se reduce a una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos[2223], sino que, tal como lo establece expresamente la regulación penal, se requiere tener en cuenta también la intensidad del peligro que los amenaza[2224]. Para determinar la mayor jerarquía del bien jurídico preservado se parte inicialmente de los marcos penales abstractos de las conductas punibles que afectan los bienes en conflicto[2225]. Este procedimiento es poco idóneo

---

[2218] Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.171.

[2219] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.170. De notablemente positivo habla JAKOBS, *Derecho Penal*, Apdo 13, n.m. 33, como resultado del balance.

[2220] En esta línea, con diferentes matices, LENCKNER, *Notstand*, p. 120 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 22; BERNAL DEL CASTILLO, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 91 y s.

[2221] Así, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 74 y s.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 273 y ss., mediante una separación de los puntos de vista: referido a la competencia y referido a los bienes jurídicos.

[2222] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 271.

[2223] Críticamente ante una simple comparación abstracta, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 699.

[2224] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1480.

[2225] Expresan ciertas reticencias a este criterio, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1479.

en nuestra legislación penal, pues por finalidades, muchas veces irrazonables, de política criminal las penas previstas para afectaciones a bienes de inferior jerarquía terminan siendo muy superiores a las previstas para afectaciones de bienes jurídicos de mayor jerarquía. Basta comparar, por ejemplo, el marco penal abstracto del delito de homicidio simple con el previsto para los casos de robo agravado o de secuestro. Por esta razón, conviene recurrir a criterios materiales de jerarquización de los bienes jurídicos, como los indicados por Roxin. Dentro de estos criterios de jerarquización cabe mencionar los siguientes: Las cuestiones de orden general ceden ante bienes jurídicos individuales, los valores de la personalidad tienen preferencia respecto de los bienes patrimoniales y la vida o la integridad física constituyen intereses superiores frente a otros bienes individuales como la libertad o el honor[2226].

Los criterios precedentes no son, sin embargo, absolutos, pues el juicio de preponderancia debe tener en cuenta también la intensidad de los peligros que amenazan los bienes jurídicos en conflicto. Este criterio resulta útil en el caso de bienes jurídicos que en abstracto no presentan mayores diferencias, pues la ponderación de la afectación concreta permitiría decidir si el bien preservado resulta en concreto más preponderante que el afectado[2227]. Pero esta ponderación concreta puede ser también de utilidad en casos en los que el bien jurídico afectado es abstractamente más importante, si es que constituye una perturbación mínima frente a la grave afectación que se evitaría del bien jurídico preservado abstractamente menos importante. Así, por ejemplo, una afectación insignificante de la libertad personal podría estar justificada si con ello se impide, por ejemplo, una afectación patrimonial muy elevada[2228]. De lo que se trata es de ponderar los bienes jurídicos en conflicto no sólo en un plano abstracto, sino también desde una consideración concreta.

d. La cláusula de adecuación

El estado de necesidad requiere, por último, que se ajuste a la llamada cláusula de adecuación, es decir, que se emplee un medio adecuado para alejar el peligro tal como lo establece el artículo 20 inciso 4 literal b) del

---

[2226] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 25.
[2227] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 28.
[2228] Así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.28; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 26.

CP[2229]. En una línea de interpretación coherente consigo misma, los defensores de la ponderación global de los intereses le niegan a esta cláusula autonomía funcional, reduciendo su tarea a una cláusula de control o a un criterio adicional a tener en cuenta en el proceso de ponderación[2230]. Otro sector doctrinal considera que la ponderación global de intereses no impide que la cláusula de adecuación asuma una función autónoma, concretamente, un segundo nivel de valoración que determina si la ponderación global resulta correcta[2231]. Finalmente, cabe mencionar el parecer doctrinal que atribuye a la cláusula de adecuación la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio[2232]. Desde nuestra comprensión del estado de necesidad, esta tercera propuesta de interpretación de la cláusula de adecuación nos parece la más conveniente, pues parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega la legitimidad de los actos que producen una considerable pérdida de su libertad[2233]. En este sentido, una conducta que busca eliminar o paliar una situación de necesidad no podrá aceptarse si, por su afectación esencial a la dignidad humana, corre el peligro de generalizarse socialmente y eliminar las condiciones mínimas de convivencia.

A partir de la cláusula de adecuación, se niega el carácter de un estado de necesidad justificante a los actos de preservación de un bien jurídico preponderante si es no se respecta el contenido esencial de la autonomía y la dignidad de la persona humana o se trata de supuestos cuya aceptación llevarían a una situación de violencia estructural. Así, por ejemplo, no puede considerarse una conducta justificada la extracción forzosa de un órgano para salvar la vida de una persona, apropiarse de un paraguas para impedir que se dañe un abrigo de visón o proceder a traficar droga para someter a un familiar enfermo a una operación necesaria para preservar o, en todo caso, aumentar sus expectativas de vida.

[2229] Vid., DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 19.

[2230] Vid., en este sentido, SCHRÖDER, *FS-Eb. Schmidt*, p. 293; LENCKNER, *Notstand*, pp. 70 y ss., 123 y ss; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 85. En la doctrina nacional, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 703, considera incluso que la cláusula de adecuación deviene en vacía de contenido.

[2231] Vid., en este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 363 y s.

[2232] Vid., con distintos matices, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 36; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 204 y s.; LESCH, *Notwehrrecht*, p. 54, nota 31; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 255 y ss.

[2233] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 257.

C. La provocación de la situación de necesidad

En el Código penal no se establece expresamente el requisito de una falta de provocación de la situación de necesidad, como sucede con la legítima defensa. Sin embargo, algunos podrían seguir el aforismo formulado por BINDING de que "*quien se ha puesto en peligro que perezca el mismo*"[2234], de manera tal que no cabría alegar un estado de necesidad justificante por parte de quien ha provocado su propia situación de necesidad. La competencia por la situación de conflicto de los bienes jurídicos recaería sobre quien ha provocado dicha situación a través de un comportamiento responsable precedente. Sobre la base de estas ideas, por ejemplo, si el montañista sube a la montaña pese a serle conocidas las advertencias del mal tiempo, no podrá alegar luego un estado de necesidad justificante al momento de romper la puerta de una cabaña para entrar y guarecerse.

La doctrina penal no coincide con el parecer anterior, por lo que una situación de necesidad se apreciará aun cuando el titular del bien preservado haya creado la situación de riesgo para sus bienes jurídicos. En consecuencia, se puede afirmar un estado de necesidad en casos como el del montañista antes graficado o del suicida que se tira al mar y luego se arrepiente e intenta subir a un barco privado, o del que causa un accidente y huye del lugar para no ser linchado[2235]. La situación podría cambiar, sin embargo, si una persona se pone intencionalmente en situación de necesidad con la finalidad de lesionar un bien jurídico ajeno y eludir la responsabilidad penal alegando una situación de necesidad[2236]. En este caso, su actuación no estará justificada, aun cuando sus intereses sean preponderantemente superiores a los sacrificados. La competencia por la situación de conflicto la mantiene el que se ha puesto en situación de peligro, por lo que no pesará sobre terceros un deber institucional de soportar el sacrificio de sus bienes jurídicos.

D. El deber de soportar el peligro por deberes especiales

Si bien la regulación legal del estado de necesidad justificante no impone expresamente, a diferencia del estado de necesidad exculpante, un deber de soportar el peligro cuando se está en cierta posición especial (como es el

---

[2234] BINDING, *Handbuch*, I, p. 778.

[2235] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 51.

[2236] Igualmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 52. Extiende esta posibilidad a los supuestos imprudentes con base en un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L17/79.

caso del bombero, el policía, etc.), la doctrina penal es unánime al reconocer que este deber existe igualmente en el estado de necesidad justificante, por lo que los obligados especiales no podrán alegar un estado de necesidad justificante para evadir el cumplimiento de su función[2237]. Sin embargo, debe hacerse la precisión de que las posiciones especiales establecen un deber de soportar el peligro, pero no un deber de sacrificarse, por lo que si se cuenta con una certeza o alta probabilidad de lesión, la alegación de un estado de necesidad resultará perfectamente posible en estos casos[2238].

3. Los actos permitidos por el ordenamiento

A. Fundamento y sistemática

Por razones de seguridad jurídica no podría resultar punible una conducta que el ordenamiento jurídico autoriza[2239]. La exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico explica la existencia de la causa de justificación de "*actuar por disposición de la ley*"[2240]. Sin embargo, no deben confundirse estos casos con aquéllos en los que, desde un principio, no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en estos últimos no hay una conducta típica justificada por razones excepcionales, sino la ausencia general de base suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta. Si bien no hay una diferencia cualitativa entre ambos supuestos, pues al final de lo que se trata es de lo mismo (determinar si existe un injusto penal), resulta posible una exposición diferenciada como pasos de un mismo proceso de imputación[2241]. La única particularidad de las causas de justificación se

---

[2237] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.55; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 28.

[2238] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 55. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L17/87, habla de límites al deber de sacrificio derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas y lo exigible a cada función. Igualmente en este último aspecto, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 43.

[2239] El hecho que el artículo 20 inciso 8 del CP utilice el término "ley", no debe reducir la interpretación a la ley formal, sino que debe entenderse en el sentido amplio de ordenamiento jurídico. Vid., así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1519.

[2240] Además de la congruencia del sistema jurídico, NAKASAKI SERVIGÓN, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 776, incluye el prevalecimiento del orden legal y la ponderación de deberes. Similarmente, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 58 y s.

[2241] Distingue en esta línea el nivel de la tipicidad y la antijuricidad en los actos por disposición de la ley, NAKASAKI SERVIGÓN, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 774. Por el contrario, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 57, considera que el actuar por disposición de la ley es siempre una causa de atipicidad.

encuentra en que su contexto de análisis se hace en el marco de una situación especial de conflicto. En el caso concreto de los actos permitidos por la ley, el ordenamiento jurídico autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros.

Los actos permitidos por la ley se encuentran previstos en el artículo 20 inciso 8 del CP. Las razones por las que el ordenamiento jurídico autoriza una conducta lesiva de otros intereses, pueden ser muy diversas. Puede ser que el acto dispuesto por la ley se sustente en un interés público predominante sobre los intereses particulares afectados o puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de injerencia de terceros. En este sentido, pueden incluirse dentro de la causa de justificación de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico supuestos muy diversos. Siguiendo el tenor del artículo 20 inciso 8 del CP, la estructura general de los actos permitidos por la ley que tienen virtualidad justificante, puede expresarse en la forma de derecho (como ejercicio regular de un derecho), potestad (como actos propios de un cargo u oficio) o deber (como cumplimiento de un deber)[2242].

B. Supuestos de actos permitidos por la ley

a. Ejercicio regular de un derecho

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio regular puede implicar la afectación de otros derechos o intereses de terceros[2243]. Si el titular del derecho se ha mantenido dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho otorgado, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente. En consecuencia, la justificación por el ejercicio regular de un derecho presupone una situación especial de conflicto[2244], en el que el autor del hecho pierde competencia penal por los efectos lesivos de su actuación. Hay que destacar que muchas veces el derecho especial reconocido por el ordenamiento jurídico constituye una simplificación legal de una situación de necesidad o la aceptación de una figura muy similar, por lo que no se trata del ejercicio regular de cualquier derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, sino de supuestos excepcionales

[2242] Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, I, PG, § 13, n.m. 1519.
[2243] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1530.
[2244] Vid., Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 790.

en los que el Estado autoriza, por otras buenas razones, una conducta socialmente desvalorada.

Como ejemplo de un supuesto de ejercicio regular de un derecho podría destacarse el caso de los derechos de defensa posesoria y de retención que el Código Civil prevé en sus artículos 920 y 1123 respectivamente. En efecto, en estos casos, el ordenamiento jurídico autoriza al particular a utilizar excepcionalmente, y siempre bajo determinados límites, vías de hecho para la preservación de sus intereses patrimoniales[2245]. Por ejemplo, en cuanto a la defensa posesoria, la legislación civil autoriza al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe de abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Si bien algunos casos de la defensa posesoria podrían justificarse con las reglas generales de la legítima defensa, la justificación con esta causa de justificación no alcanzaría a la posibilidad de recobrar el bien. La necesidad de garantizar una confianza mínima en el respeto de los derechos patrimoniales fundamenta esta facultad excepcional otorgada por la ley civil al poseedor de un bien mueble que se extiende incluso a supuestos en los que no hay actualidad de la agresión.

La perspectiva del ejercicio legítimo de un derecho es utilizada también para solucionar la eventual situación de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2006, el derecho de información y de expresión pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones. En el referido acuerdo plenario se procede a precisar cada uno de estos aspectos para poder afirmar que el ejercicio del derecho de información o expresión fue regular y, por lo tanto, justificado en relación con la posible afectación al honor de otra persona.

b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio

Otro supuesto de justificación que se enmarca en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico es el ejercicio legítimo de un cargo u oficio.

[2245] Vid., sobre el empleo de las vías de hecho, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 793 y s.

Pese a que los términos "cargo" y "oficio" pueden interpretarse en un sentido amplio que abarquen las actividades privadas (ejercicio profesional)[2246], consideramos que más acorde con el sentido de la justificación sería interpretarlos en relación con el ejercicio de potestades públicas (*Amtrechte*). Esta interpretación restrictiva se sustenta concretamente en el hecho de que el ejercicio de una profesión privada, en la medida que se haga conforme a la normativa y estándares de actuación vigentes, constituirá un caso de conducta penalmente irrelevante, es decir, que ni siquiera podrá afirmarse la creación de un riesgo prohibido[2247]. Por el contrario, en el ámbito de las actuaciones funcionariales u oficiales se contemplan ciertas autorizaciones excepcionales para intervenir coactivamente en ámbitos de los particulares[2248], como sería el caso de los magistrados, autoridades administrativas o la policía. Estas conductas podrían encajar normalmente en tipos penales como coacciones, secuestros, allanamiento de morada o lesiones, pero que, por razones de interés público, se consideran excepcionalmente permitidas. Está claro que para que esta causa de justificación tenga efectos eximentes es necesario que se realice dentro de la legalidad y los usos propios de cada cargo u oficio.

c. *El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes*

La justificación en el cumplimiento de deberes se presenta en el caso que dicho cumplimiento traiga necesariamente la afectación de otros bienes jurídicos[2249]. De conformidad con lo sostenido por un sector de la doctrina penal nacional, el deber debe tener una necesaria fuente legal[2250]. Mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada. Por ejemplo: El deber del funcionario bancario de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera operaciones inusuales o sospechosas que detecte no le generará una responsabilidad penal por delito de violación del secreto profesional o de violación de la intimidad personal, en la medida que se mantenga en lo dispuesto por la normativa de detección del

---

[2246] Así lo hace, por ejemplo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 801 y ss.

[2247] Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 43, n.m. 727.

[2248] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 16, n.m. 1.

[2249] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/16.

[2250] Así, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 60.

lavado de dinero. Del mismo modo, el testigo que tiene que testificar en un proceso penal no cometerá un delito de difamación si revela que el encausado cometió un delito[2251].

En relación con la causa de justificación bajo análisis, cabe mencionar el supuesto de justificación incluido en la reforma del Código penal operada con el Decreto Legislativo 982. Mediante esta ley de reforma del Código penal se incorporó una causa específica de exclusión de la responsabilidad penal, conforme a la cual se justifican las lesiones o muertes causadas por las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en cumplimiento de su deber y en uso reglamentario de sus armas (artículo 20 inciso 11 del CP). En nuestra opinión, esta reforma ha sido absolutamente innecesaria, pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber, hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los militares y policías. A ello hay que agregar que, al parecer por un error de redacción, se le calificó como un supuesto de inimputabilidad, lo que evidentemente no resiste el menor análisis sobre la validez de dicha denominación[2252].

Un caso especialmente problemático de cumplimiento de un deber es la colisión de deberes. Este supuesto tiene lugar cuando existen dos deberes distintos de actuar, siendo físicamente posible cumplir sólo con uno de ellos[2253]. El ejemplo típico que se utiliza para graficar esta situación de conflicto es el caso del padre que ve ahogarse a sus dos hijos y solamente puede salvar a uno de ellos. En un principio se consideró que este supuesto era una forma afín al estado de necesidad[2254], por lo que debería producir el mismo efecto exoneratorio de responsabilidad penal. No obstante, para decidir si esta conclusión resulta correcta, habría que determinar la estructura que presenta la situación de una colisión de deberes justificante, de manera que pueda precisarse si es posible someterla a los parámetros propios del estado de necesidad.

En lo que a la estructura de descargo se refiere, hay que distinguir en la colisión de deberes dos formas de manifestación. En primer lugar, puede

---

[2251] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1526.

[2252] Por ello, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 27, consideró necesario que el TC declarara la inconstitucionalidad de esta regulación.

[2253] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6.

[2254] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1506.

ser que los deberes en colisión tengan la misma jerarquía, tal como sucede en el caso del padre respecto de dos hijos en situación de peligro o del médico que recibe a dos heridos de muerte no siéndole posible atender a ambos simultáneamente. Aquí no podría recurrirse a la figura del estado de necesidad para resolver la situación de conflicto, pues la elección por salvar a una u otra persona no puede solucionarse con base en la preponderancia de un interés sobre el otro, tal como se procede en el caso de un estado de necesidad. La justificación de la conducta del que cumple con sólo un deber de actuar, tiene que encontrar, por tanto, otro fundamento.

En los casos de colisión de deberes de igual jerarquía hay que partir de la idea de que una conducta solamente puede considerarse antijurídica si existe una alternativa de actuación conforme a Derecho. Por lo tanto, la desaprobación jurídica de una conducta solamente podría admitirse si el autor de la acción u omisión tuvo la posibilidad de realizar una conducta correcta (*ultra posse nemo obligatur*). En este sentido, donde no hay posibilidad de actuar correctamente, sólo cabe censurar al destino y no al ser humano sometido a la situación de conflicto. El que opte por una u otra persona para emprender un curso salvador no puede generarle ningún tipo de responsabilidad, aun cuando se pueda diferenciar los casos (p. e. la edad de los hijos o el policía herido junto con el ladrón herido). No hay preponderancia de un interés sobre el otro, por lo que habrá que someterse a la libre opción del actuante[2255]. Por estas consideraciones, el fundamento legal del efecto justificante de la colisión de deberes tendrá que encontrarse en el artículo 20 inciso 8 del CP que establece que está exento de responsabilidad "el que obra en cumplimiento de un deber".

En segundo lugar, la colisión de deberes puede presentarse respecto de deberes de actuación que no son equivalentes, en la medida que hay un deber especial de garantía respecto de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Por ejemplo, salvar al propio hijo o salvar al hijo del vecino en un incendio en el que se encuentran ambos. En estos casos, la situación de conflicto se puede resolver perfectamente con los criterios del estado de necesidad justificante, en la medida que se opta por la preservación del interés preponderante. En principio, el interés preponderante será aquel con el que se encuentra especialmente vinculado el actuante. Sin embargo, puede darse la circunstancia especial de que el bien jurídico con el que no está vinculado

[2255] Igualmente, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6.

el omitente tenga un mayor valor y sea, por lo tanto, más preponderante, tal como sucedería en el caso de que el actuante tenga que elegir entre salvar a la mascota del vecino que se la encargó o a una persona en un incendio. Queda claro que mucho más relevante es la vida de la otra persona que la mascota encargada[2256]. Lo mismo podría suceder si las posibilidades de éxito son mucho mayores en el caso del bien jurídico no garantizado, determinando esta situación la preponderancia del bien jurídico con mayores probabilidades de salvación. Por consiguiente, en estos casos el incumplimiento del deber de salvamento solamente quedará justificando si se ha cumplido con el deber más importante. Lo que no podría estar justificado es el incumplimiento del deber de salvación del bien jurídico más preponderante por cumplir con el deber de salvación del bien jurídico de menor jerarquía.

La situación se torna más polémica si el autor está vinculado especialmente con ambos bienes jurídicos en situación de conflicto, pero la vinculación especial tiene un fundamento distinto: Una competencia por organización versus una competencia institucional. Dicho con un ejemplo: El obligado especialmente está en situación de salvar la vida de su propio hijo o la del hijo del vecino, cuyo cuidado le ha sido confiado. La cuestión a resolver es si cabe en este supuesto hacer una distinción normativa de jerarquía entre los deberes en conflicto o si debe tratarse como un supuesto de deberes equivalentes en el que se debe dejar la elección al actuante. A nuestro entender, es posible hacer una jerarquización de los deberes en colisión, para lo cual deberá determinarse si el deber institucional es de tal intensidad que desplaza al deber *qua* organización[2257]. A esta solución podría reprochársele que el Derecho terminaría ordenando la realización de una conducta injusta o construiría el injusto en una conducta que preserva un bien jurídico. Por ejemplo, si el instructor de natación se percata que uno de sus alumnos y su esposa se están ahogando en el mismo momento, la preferencia de la competencia institucional llevaría a aceptar que el Derecho tendría un mensaje prescriptivo que reza: "*debes dejar morir a tu alumno de natación*". Del mismo modo, si la madre del nadador inexperto induce al esposo a salvar a la esposa, terminaría respondiendo penalmente por la muerte de su hijo, a pesar de que su conducta procuró la salvación de un bien jurídico.

[2256] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 7.

[2257] PAWLIK, *InDret* 1/2008, p. 16, alude a formas de autovinculación más básicas en las competencias institucionales.

La respuesta al planteamiento crítico acabado de esbozar debe partir de la idea de que el comportamiento de una persona puede producir diversas consecuencias, unas positivas y otras negativas. Si el Derecho ordena realizar una conducta por sus consecuencias positivas, no podrá alegarse que el Derecho está ordenando la realización de la conducta también por sus efectos negativos. Sostener lo contrario llevaría a aceptar que la norma secundaria que le ordena al juez imponer al autor de un delito una pena privativa de libertad, le ordenaría al juez también a que deje sin alimentos a la familia a la que el delincuente daba sustento. Del mismo modo, si el Derecho ordena salvar a una persona y el obligado se pone en ese momento a hacer una donación multimillonaria a los niños pobres, esta acción loable no puede convertir en positivo el incumplimiento del deber de auxilio. En consecuencia, asumir que las competencias que se sustentan en instituciones sociales elementales sean preferentes a la competencia general por organización no lleva a prescripciones paradójicas, sino que requiere una correcta comprensión del criterio de valoración de las conductas.

4. Obediencia debida

A. Fundamento

El artículo 20 inciso 9 del CP establece que quedará exento de responsabilidad penal el que actúa por una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones. Queda claro que la ejecución de la orden debe llevar a un hecho antijurídico, pues, de lo contrario, no cabría plantear una situación de justificación en relación con la actuación del subordinado o destinatario de la orden. El punto de discusión no se ubica, por tanto, en la antijuridicidad de la orden o no, sino en la cuestión de la obligatoriedad de una orden injusta. ¿Puede la ejecución de una orden que configura un injusto penal estar justificada porque el ejecutor estaba obligado a cumplirla?

Si se asume plenamente el principio de autoridad, no cabrá margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica[2258]. De alguna manera se le daría preponderancia al cumplimiento obligatorio de las órdenes de la autoridad por sobre el daño

[2258] Lo que Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 11, llama la imposición incondicional de la obediencia.

que produciría la ejecución de dicha orden, lo que no parece razonable. Las legislaciones modernas no acogen la incondicionalidad de la obediencia, pues exigen la apariencia de legalidad para concederle obligatoriedad a las órdenes expedidas por la autoridad. En nuestro país, por ejemplo, el artículo 36 inciso 2 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional establece como un derecho del personal policial no obedecer órdenes que constituyan violación de la Constitución, de las leyes o reglamentos. De la misma forma, el artículo 19.8 del Código de Justicia Militar y Policial señala que está exento de responsabilidad penal quien se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de guerra. La obligatoriedad de la orden se vincula pues con su apariencia de legalidad o juridicidad, de manera tal que a una orden que se muestre abiertamente como injusta no se le debe ningún tipo de obediencia.

El razonamiento precedente lleva a entender que si la obediencia debida se centra en la apariencia de legalidad de una orden que, en realidad, es injusta, entonces se tratará de supuestos de error antes que de justificación. Con esta apreciación habría que estar de acuerdo si el punto de discusión de la obediencia debida residiera en el cumplimiento de una orden antijurídica con apariencia de legalidad. La solución no ofrece mayor dificultad: El ejecutante de la orden actuó bajo la creencia errónea de que realizaba una actuación conforme a Derecho, por lo que será un instrumento en error de la autoridad, la que responderá como autor mediato del delito cometido con la ejecución de la orden.

La solución del error no es satisfactoria, sin embargo, si lo que se discute no es el conocimiento de antijuridicidad de la orden, sino el carácter justificado del cumplimiento obligatorio de una orden injusta. En este sentido, lo que habrá que debatir en la obediencia debida es si puede haber una orden objetivamente injusta que el ejecutante reconoce como tal, pero cuyo cumplimiento obligatorio no resulta siendo antijurídico[2259]. Un sector de la doctrina entiende que no hay forma de que el cumplimiento de una orden antijurídica pueda ser considerado una causa de justificación, sino que, a lo sumo, podrá calificársele de una causa de disculpa[2260]. No hacerlo así

[2259] Niega esta posibilidad UGAZ HEUDEBERT, *La eximente de obediencia debida*, p. 92.

[2260] Así, la expone como una causa de inexigibilidad, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 644 y ss. Igualmente HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1553, al considerar que lo que hay que determinar es la culpabilidad del subordinado.

llevaría a transformar lo injusto en justo y se limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimiento de la orden pueda ejercer, por su parte, una legítima defensa[2261].

Al parecer precedente se le objeta que existen casos en los que, pese a que la orden es antijurídica, su cumplimiento se encuentra justificado. La doctrina penal señala que esta situación se da cuando la orden emitida por la autoridad lleva a una infracción menor[2262]. La razón por la que el cumplimiento de la orden debe prevalecer sobre la lesividad de su ejecución está en el aseguramiento de una base mínima para la obediencia a la autoridad. En efecto, si a las órdenes oficiales se le quita su vinculatoriedad por cualquier defecto o irregularidad acusada por el obligado a cumplirla, se sacrificaría el mínimo esencial del principio de autoridad. Por lo tanto, el cumplimiento de la orden emitida por una autoridad competente será preponderante y, por lo tanto, justificará su obediencia si es que lo que pone en riesgo resulta de escasa gravedad. Por ejemplo: Si un soldado recibe la orden de usar una máquina que no puede controlar, poniendo indebidamente en riesgo la vida o integridad de otras personas, la orden no será obligatoria y, por lo tanto, su cumplimiento no podrá estar justificado. Pero si el uso de la máquina solamente genera riesgos materiales de escasa relevancia, primará el cumplimiento de la orden del superior[2263].

Resulta pertinente puntualizar antes de concluir este apartado que si el destinatario de la orden, pese a su carácter manifiestamente antijurídico, la cumple por miedo o por otros motivos relevantes (por ejemplo, un castigo con varios días de rigor privado de su libertad), lo único que podría alegarse sería una situación de necesidad o incluso un miedo insuperable, en la medida que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mayor[2264]. En todo caso, tendrá que hacerse una ponderación de los bienes jurídicos comprometidos para determinar si se dan las condiciones para un estado de necesidad o discutir si se ha presentado una situación de inexigibilidad por miedo insuperable que levante la culpabilidad del autor.

[2261] Vid., BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, § 21, II, 8a.

[2262] Similarmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 18. Así, MEINI MÉNDEZ, *Imputación*, p. 129, señala que cuando las consecuencias de la orden ilícita sean graves e irreversibles (muertes, lesiones, etc.), la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública ceden frente a un interés superior.

[2263] Este ejemplo es de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 15.

[2264] Así, UGAZ HEUDEBERT, *La eximente de obediencia debida*, p. 118.

B. Requisitos

Del propio tenor del artículo 20 inciso 9 del CP se desprenden los aspectos de la orden que deben evaluarse para determinar la obligatoriedad de su cumplimiento. Estos aspectos son: a) que se trate de una orden obligatoria, b) que haya sido expedida por un funcionario competente, y c) que se haya hecho en el ejercicio de sus funciones. Veamos estos aspectos de manera más detenida.

a. Orden obligatoria

Lo primero que se requiere para admitir un supuesto de obediencia debida es una orden. La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Por otro lado, se ha dicho que no se trata de cualquier orden, sino que debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral, no podrán dar lugar a una orden obligatoria. En estos casos, las órdenes de los superiores jerárquicos deberán resolverse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error[2265].

b. Autoridad competente

La orden obligatoria solamente podrá ser obedecida debidamente si quien la expide es una autoridad competente para dar el tipo de orden que efectivamente se ha dado. Se trata de una competencia abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico[2266]. No será, por tanto, una orden emitida por autoridad competente el caso en el que el comisario le ordena al subordinado parar una construcción por carecer el constructor de la licencia de obra. La ausencia del requisito de la competencia de la autoridad constituye un defecto esencial para la justificación de la obediencia debida, por lo que no procedería aplicar ni siquiera la regulación de las eximentes incompletas[2267].

[2265] Vid., así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/85.
[2266] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/62.
[2267] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/64.

c. En el ejercicio de sus funciones

Como tercer requisito, la causa de justificación de la obediencia debida requiere que la orden emitida por la autoridad competente la haga en el marco de sus funciones, lo cual quiere decir no sólo que la expida en su calidad de autoridad competente, sino también conforme a los procedimientos legales previstos. Este encuadramiento de la orden en las funciones de la autoridad competente, no debe entenderse como que la orden debe ser conforme a ley, pues, como ya se indicó, la obediencia debida se plantea respecto de órdenes antijurídicas. Si bien la orden es injusta en su contenido, lo que no lo es, es el cumplimiento conforme a derecho de esta orden injusta por parte del subordinado en tanto lo que se afecte sea de escaso valor. En este sentido, actuará conforme a ley el subordinado que cumple una orden que emite una autoridad en el marco de sus funciones, aunque la decisión de la autoridad de expedir la orden sea antijurídica.

LECCIÓN 16
CULPABILIDAD

I. Introducción

La culpabilidad es el concepto definitorio de la teoría del delito. "No hay pena sin culpabilidad del autor" es un principio elemental del Derecho Penal. Sin embargo, el significado dogmático del término "culpabilidad", así como su ubicación sistemática en la teoría del delito no son temas resueltos en la dogmática penal, sino que, por el contrario, han sido permanente discutidos desde distintas perspectivas y con variados argumentos. Por esta razón, antes de entrar a precisar lo que es la categoría de la culpabilidad, su contenido y los supuestos en los que queda excluida, resulta necesario hacer un recuento de las propuestas más importantes a lo largo de la historia de la dogmática penal sobre cómo deber ser entendida jurídico-penalmente esta categoría del delito.

II. La evolución de la culpabilidad en la teoría del delito

1. La categoría de la culpabilidad

En la medida que la categoría de la culpabilidad vincula el delito con el autor, su configuración dogmática ha estado siempre vinculada con el concepto de persona. En este sentido, no puede renunciarse a una comprensión de la persona o asumir presupuestos antropológicos distintos sin mostrar luego deficiencias o caer en contradicciones al desarrollar la categoría de la culpabilidad. Si bien la historia nos muestra momentos en los que tuvieron lugar reacciones punitivas frente a objetos o animales, la razón de este proceder podría encontrarse seguramente en la incorrecta atribución de alma a estos seres u objetos con la que se justificaba cierta equiparación con los seres humanos.

La elaboración racional de los criterios de determinación de la responsabilidad penal se centró en la persona como sujeto de la imputación, resaltándose su esencia moral como aspecto distintivo frente a otros seres[2268]. Precisamente sobre una imputación de carácter moral se basó la determinación de la responsabilidad penal en la concepción del delito formulada por los penalistas hegelianos, al poner el énfasis en la actitud del autor frente al ordenamiento jurídico en general[2269]. Sin embargo, hay que indicar que en esta comprensión del delito los presupuestos de la imputación se presentaron como una amalgama inarticulada[2270], en la que no era posible diferenciar conceptualmente la culpabilidad de los otros presupuestos del hecho delictivo.

Una primera conceptualización de la culpabilidad en la teoría del delito la realizó Adolf MERKEL, quien, apartándose de la escuela hegeliana, formuló una teoría de la imputación penal sobre la base de la psicología empírica y la historia[2271]. Definió la culpabilidad como "*el obrar o no obrar antijurídico de una persona que, según los criterios corrientes, constituye a ésta, como tal, en una deuda*"[2272]. Esta caracterización de la culpabilidad no le significó, sin embargo, una autonomía conceptual, en la medida que culpabilidad era la propia conducta causal digna de imputación[2273]. Esta situación le ha valido a la doctrina penal para calificar a la concepción de MERKEL como una tesis unitaria, donde la culpabilidad carece de sustantividad propia y no puede ser formulada como una categoría independiente de la antijuridicidad[2274]. La distinción conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad recién tuvo lugar con el planteamiento de VON IHERING, en tanto admitió la posibilidad de que el derecho valorara como antijurídica una conducta, pese a la falta de culpabilidad del autor. A la antijuridicidad de la conducta se le dio una tesitura objetiva, mientras que la culpabilidad

---

[2268] En este sentido, BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 354; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 124 y ss.

[2269] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[2270] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[2271] Vid., GÜNTHER, Klaus, *Schuld*, p. 5 y ss.

[2272] Vid., MERKEL, *Derecho Penal*, PG, p. 72.

[2273] Así MERKEL, *Derecho Penal*, PG, p. 72, expresa lo siguiente: "*la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo como formado de una especial materia, sino que es la misma conducta causal, apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios*".

[2274] En este sentido, FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*, p. 150 y ss.

fue entendida en un sentido subjetivo[2275], por lo que resultaba perfectamente posible admitir un "ilícito no culpable", esto es, un hecho objetivamente antijurídico, aunque sin culpabilidad del autor.

Una vez que la culpabilidad adquirió autonomía conceptual, la doctrina penal se ha encargado de discutir cuál es su contenido. El tenor moral que tuvo la culpabilidad en la concepción globalizante de los hegelianos, se perdió apenas iniciado el siglo XX con la aparición en escena del positivismo científico en la dogmática penal. La visión mecanicista alcanzó a la subjetividad del delito, por lo que la culpabilidad fue definida como una vinculación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado lesivo[2276]. Esta vinculación psicológica se podía expresar de dos formas: como dolo o como culpa. A esta comprensión de la culpabilidad se le vino a denominar concepto psicológico de culpabilidad, comprensión que fue defendida por el causalismo.

La propuesta psicológica de la culpabilidad mostró rápidamente ciertas deficiencias prácticas, siendo la más acusada la insatisfactoria solución teórica que, en estricto, tenía que darse a los supuestos de culpa inconsciente y de estado de necesidad exculpante[2277]. En la culpa inconsciente no era posible encontrar una vinculación psicológica entre autor y resultado con la que poder sustentar la culpabilidad del autor, precisamente por la falta de una representación psicológica del autor. En el caso del estado de necesidad exculpante, en el que el agente actúa para preservar bienes jurídicos personalísimos en situación de peligro, se afirmaba, por el contrario, la falta de culpabilidad, pese a que existía una plena vinculación psicológica del autor con el resultado lesivo. Esta situación trajo consigo la necesidad de reformular conceptualmente la categoría de la culpabilidad de cara a poder abarcar los supuestos antes mencionados que no se explicaban desde una lógica puramente psicologista.

El primero en emprender una reformulación en clave normativa del concepto jurídico-penal de culpabilidad fue Reinhard FRANK. La culpabilidad dejó de centrarse en el criterio de la vinculación psicológica, entrando

---

[2275] Vid., las referencias en JESCHECK, *Tratado*, I, p. 273.

[2276] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 375. Al respecto puede consultarse también la exposición de BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 356.

[2277] Destaca las limitaciones del concepto psicológico de culpabilidad, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139 y s.

a tallar, más bien, el criterio normativo de la reprochabilidad[2278]. En efecto, conforme a lo sostenido por FRANK, de lo que se trata en la culpabilidad es de responder a la pregunta de cuándo se puede reprochar a alguien por su comportamiento. No obstante, debe precisarse que este mismo autor reconoció que el concepto de reprochabilidad no tenía un valor en sí mismo, sino que era usado en referencia a lo que se quería caracterizar, es decir, era un concepto con una finalidad simplemente sistematizadora. El reproche tenía lugar en relación con tres aspectos concretos: la imputabilidad, la relación psíquica real o potencial del autor con el hecho en cuestión y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el autor[2279].

El intento de darle a la reprochabilidad un contenido material vino de la mano del trabajo de GOLDSCHMIDT, quien ubicó el fundamento de la reprochabilidad en la infracción de una específica norma de deber que obligaría al autor a disponer su conducta interna del modo necesario para cumplir con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa[2280]. La culpabilidad se manifestaría, así, como la falta de motivación reprochable de la voluntad por la representación del deber[2281]. El cariz normativo de la culpabilidad se mantuvo con FREUDENTHAL, en tanto hizo descansar el reproche de la culpabilidad en la posibilidad y en el deber del autor de ajustar su actuación a las regulaciones valorativas establecidas por el Derecho[2282]. En consecuencia, si circunstancias excepcionales no permiten a exigirle al autor la capacidad de resistencia normalmente requerida, entonces no cabrá hacerle éticamente ningún reproche por su actuación[2283]. Como puede verse, en todas estas caracterizaciones del reproche que sustenta la culpabilidad existe una concepción implícita de la persona de base ética que trasciende a su constitución empírica[2284]. No obstante, hay que indicar que dicho cambio de perspectiva no trajo consigo el abandono de la visión psicológica de la persona, sino que dicha visión se complementó con la naturaleza ética de la persona fundamentada en el libre albedrío.

[2278] Vid., FRANK, *Sobre la estructura*, p. 39.
[2279] Vid., FRANK, *Sobre la estructura*, p. 40 y s.
[2280] Así, GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, p. 17; EL MISMO, *La concepción*, p. 100 y s.
[2281] Vid., GOLDSCHMIDT, *La concepción*, p. 105.
[2282] Vid., FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 71.
[2283] Vid., FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 99.
[2284] Vid., con mayores referencias, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.

El abandono de la comprensión psicológica de la persona se produjo propiamente con el finalismo, en la medida que dicha formulación de la teoría del delito remitió lo subjetivo al injusto y dejó en la culpabilidad únicamente los aspectos que conforman el juicio de reprochabilidad (la valoración del objeto)[2285]. A la categoría de la culpabilidad se le dotó de contenido a partir de la estructura lógico-objetiva del "poder actuar de otro modo", por lo que el juicio de reproche al autor se le hacía porque no había actuado conforme a Derecho, pudiendo haberlo hecho. No hay duda que en el trasfondo de esta visión de la culpabilidad subyace una comprensión ontológica de la persona[2286], en la que la libertad del autor vuelve a ser el fundamento de esta categoría del delito. No obstante, debe quedar claro que la libertad no se tomó como un dato empírico que debía comprobarse en el caso concreto, sino como una estructura ontológica propia de la actuación de las personas que vincula necesariamente al sistema penal una vez que la asume.

Precisamente, en la segunda mitad del siglo XX hubo una fuerte corriente orientada a quitarle el piso de la libre voluntad a las visiones normativistas de la culpabilidad que, en menor o en mayor medida, se estructuraron a partir del libre albedrío del autor. Se alegó la imposibilidad de demostrar empíricamente la libertad de la voluntad, tal como lo hizo ENGISCH en su estudio sobre este tema[2287]. Pero este cuestionamiento al fundamento de las visiones normativas de la culpabilidad no trajo como consecuencia una vuelta a la visión psicológica de culpabilidad, sino que dio lugar a propuestas que intentaron desplazar el centro de atención de la culpabilidad del acto al autor como fue el caso precisamente de la culpabilidad por el carácter propuesta por ENGISCH[2288].

Pese a los cuestionamientos antes indicados la culpabilidad no ha perdido su referencia al acto (¿libre?) del autor. Pero debe reconocerse que la culpabilidad por el acto ya no es una cuestión que se determine en función de las características individuales de la autor, sino, más bien, recurriendo a criterios de determinación de raigambre social. En este orden de ideas, la culpabilidad no es más una realidad individual de carácter psicológico u ontológico, sino una categoría socialmente configurada.

[2285] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.
[2286] Vid., así, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429.
[2287] Vid., ENGISCH, *La teoría*, p. 76.
[2288] Vid., ENGISCH, *La teoría*, p. 106 y s.

Así, por ejemplo, ROXIN asume que la libertad es fundamentalmente una atribución social, una aserción normativa, con independencia de si realmente exista o no[2289], e incluso desarrolla dentro de la culpabilidad una nueva categoría que se encuentra informada por la necesidad social de pena (la llamada responsabilidad[2290]). Como puede verse, la culpabilidad jurídico-penal deja de ser una categoría determinada por las capacidades individuales de la persona para ser una construcción dependiente de las necesidades sociales de pena.

En una línea extrema de la configuración social de la culpabilidad se encuentra la concepción defendida por JAKOBS, quien, a partir de la función del Derecho penal de proteger la identidad normativa de la sociedad, desestima al sujeto individual con todas sus premisas antropológicas[2291]. Persona solamente puede ser aquél que puede realizar comunicaciones en el sistema social y, en concreto, en el Derecho penal[2292]. En este orden de ideas, la culpabilidad jurídico-penal no se sustenta en un reproche al autor individual que realiza el delito, sino en la necesidad de solventar la defraudación de la norma con la imposición de una pena a quien se le imputa dicha defraudación[2293]. Si el sistema social puede hacer frente a la referida defraudación mediante otro mecanismo (como el tratamiento médico del autor), entonces no será necesario considerarlo culpable de la defraudación y, por tanto, reestabilizar normativamente la norma defraudada.

2. La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito

La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, después de haber determinado la existencia de un injusto penal[2294]. Este parecer actualmente dominante no ha sido siempre tal, pues ya en el sistema de imputación de los hegelianos se entendió la culpabilidad como

---

[2289] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35.

[2290] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 26.

[2291] Vid., así, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 74; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y ss.

[2292] En este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y s.; EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 108 y ss.

[2293] Vid., estas ideas JAKOBS, *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, en *Estudios*, p. 385; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 132 y ss.; LA MISMA, *LH-Bacigalupo* (España), p. 279.

[2294] Así, expresamente, ARMAZA GALDÓS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, 1993, p. 41.

capacidad de imputación[2295], e incluso en el sistema dogmático de BINDING, construido sobre la base de su teoría de las normas, se configuró una categoría similar como capacidad de acción[2296].

Fue a partir de la concepción naturalista del delito cuando la culpabilidad dejó de ser un presupuesto de la imputación y pasó a constituir, junto con los otros aspectos subjetivos, una categoría analítica del delito al lado del injusto objetivo[2297]. Esta ubicación sistemática no se vio modificada con el posterior abandono de la visión psicológica de la culpabilidad y su sustitución por una concepción normativa construida sobre la base de un reproche dirigido al autor[2298], sino que los intentos de normativización de la culpabilidad mantuvieron intacta su ubicación como categoría posterior a la antijuridicidad penal. Las modernas interpretaciones doctrinales se esfuerzan todavía por resaltar el carácter normativo de la culpabilidad, pero no cuestionan en lo absoluto el hecho de que ésta deba establecerse a partir de un hecho antijurídico previamente determinado como tal[2299].

Debe quedar claro que la culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto[2300], pues toda imputación penal establece necesariamente una vinculación entre el hecho y el autor[2301]. Una determinación del injusto con criterios puramente naturalistas u objetivistas resultaría francamente vana[2302], si no se tiene en cuenta al sujeto de la imputación[2303]. Esta vinculación funcional entre injusto y culpabilidad

---

[2295] En este sentido, KÖSTLIN, *Grundbegriffe*, p. 131 y ss. Sobre el concepto de culpabilidad en las interpretaciones hegelianas del delito, vid., la referencia a autores de finales del siglo XIX, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 20 nota 6.

[2296] Vid., BINDING, *Handbuch*, p. 158; EL MISMO, *Normen*, II, p. 102 y s.

[2297] La verificación del delito comenzaba con una determinación del hecho y su falta de conformidad con el derecho, y luego se procedía a determinar la relación subjetiva (culpabilidad). Vid., sobre este proceder, con mayores referencias, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 24 y s.

[2298] Vid., así en un principio las teorías de base ética de la culpabilidad (ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.), y luego la formulación normativa de la culpabilidad de FRANK, *Sobre la estructura*, p. 40.

[2299] Así, por ejemplo, la concepción de ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 229.

[2300] En el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 217 y ss.

[2301] Vid., LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 8.

[2302] Sobre esta forma de comprobación en el sistema naturalista del delito fundado por von Buri y von Liszt, vid., ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 37 y ss.

[2303] Precisamente en el tema de la culpabilidad, FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 63 y s., se quejaba de la poca consideración que tenían los penalistas al construir sus conceptos

no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación penal, en el que primero se establezca provisionalmente la existencia de un injusto penal y luego se afirme propiamente la imputación con la determinación de la culpabilidad del autor. Pero tampoco sería rechazable de plano una construcción conceptual del delito que inicie con la categoría de la culpabilidad y entre después a determinar si hay un injusto penal. En la realidad el injusto y la culpabilidad se presentan en una interrelación lógica y conceptual que sólo cabe distinguirlos en un plano puramente explicativo.

El carácter estrictamente didáctico de la exposición diferenciada se confirma por el hecho, constatable en la práctica de los tribunales, de que en los casos claros de ausencia de culpabilidad se entra directamente en el análisis de esta categoría sin discutir previamente si ha habido un injusto penal o no. Por ejemplo: Si el hecho fue cometido por un menor de edad, se pone en evidencia directamente la inimputabilidad para negar la responsabilidad penal sin que previamente se determine si el hecho era antijurídico o no. Por lo demás, puede suceder incluso que ciertos aspectos de la culpabilidad sean incluso lógicamente previos a la propia configuración del injusto penal. Por ejemplo, para determinar si el autor actuó con dolo es necesario que conozca el carácter antijurídico de su proceder. Así las cosas, la sistematización de unos aspectos en la categoría del injusto o en la categoría de la culpabilidad no depende, en estricto, de cómo se expresen en la realidad, sino de las consecuencias dogmáticas que se desprenden de su ubicación sistemática en uno u en otro lugar.

III. El fundamento material de la culpabilidad

1. El concepto de persona

La concepción jurídico-penal de JAKOBS acierta al definir a la persona en un contexto social. Pero lo correcto de esta perspectiva no debe llevar a pensar que la persona constituye un simple constructo determinado por las

frente al uso de los tribunales. El injusto específico del Derecho penal requiere de manera necesaria una persona con capacidad de imputación (GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 122).

necesidades del sistema social[2304]. Ser persona significa sin duda poseer un estatus que hace referencia a la situación social del individuo, pero esta titularidad no depende de una decisión de reconocimiento del sistema social o de sus órganos competentes (Constitución Política, Congreso e incluso tribunales judiciales)[2305]. El reconocimiento de una persona no se debe al acuerdo social o a las especiales reglas de constitución de la sociedad, sino al hecho natural de ser un ser humano[2306]. La calidad de persona le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano[2307], por lo que puede decirse que la naturaleza posee, en este sentido, fuerza normativa[2308].

Las afirmaciones precedentes encuentran sustento en el hecho de que el reconocimiento social de la persona no se debe a una eventual configuración social, sino a su dignidad. Esta dignidad humana se manifiesta de dos maneras. Por un lado está la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que no se encuentra históricamente condicionada[2309]. Desde esta perspectiva, a ningún ser humano se le puede negar socialmente el estatus de persona derivado de la dignidad humana absoluta. Junto a la dignidad absoluta se presenta la dignidad humana relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal *en sociedad*. Esta actuación práctica de la persona, como puede apreciarse, tiene una clara referencia al contexto social, por lo que su determinación no siempre alcanza en todos los ámbitos sociales un mismo sentido.

La incondicionalidad del reconocimiento social de la persona se desprende de la dignidad humana absoluta, mientras que la expresión histórica de la personalidad se corresponde con la dignidad humana relativa. Dado que el reconocimiento de la personalidad tiene lugar en una sociedad concreta, su manifestación se encuentra claramente condicionada por el grado de desarrollo de la sociedad de la que se trate[2310]. Pero esto no quiere decir

---

[2304] En este sentido, la crítica de NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 150 y s.

[2305] Vid., en este sentido, SPAEMANN, *Personen*, p. 195.

[2306] En este sentido, con una profunda fundamentación filosófica, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, p. 78; EL MISMO, *Personen*, p. 252 y ss., con base en la idea de "reconocimiento".

[2307] En este sentido, SPAEMANN, *Personen*, p. 264.

[2308] De una opinión contraria, JAKOBS, *FS-Roxin*, p. 796.

[2309] Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

[2310] Vid., en este sentido, RADBRUCH, en *Der Mensch im Recht*, p. 81, al indicar que "*todo punto de vista material en el Derecho solamente es válido bajo el presupuesto de una determinada situación de la sociedad o un determinado sistema de valores*".

que las consecuencias sociales del reconocimiento de la persona dependan exclusivamente de la constitución de la sociedad correspondiente, sino que las características de la sociedad concreta deben tenerse en cuenta en la expresión histórica de tal reconocimiento[2311]. En la actual configuración de la sociedad, la atribución de sentido a las actuaciones de una persona tiene en consideración una faceta individual y otra social[2312].

A. La individualidad

La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocerle la capacidad de expresar esta libertad hacia el mundo exterior mediante acciones[2313]. Como puede verse, la comprensión de la culpabilidad que parte de la individualidad se inclina por resolver la eterna disputa filosófica entre determinismo e indeterminismo a favor del segundo[2314], pero no en su versión radical que alcanzaría a los valores y que negaría la posibilidad de un orden y de la propia responsabilidad[2315], sino dejando al individuo un margen de indeterminación en cuanto a la ordenación de su comportamiento hacia los valores objetivamente existentes. Desde estas consideraciones, la libertad no debería entenderse como libertad frente al valor, sino como libertad hacia el valor[2316]. La crítica que se le ha hecho a esta comprensión en el sentido de que la culpabilidad se reduciría finalmente también a una elección de valores, es decir, a una decisión de autodeterminarse conforme a los valores o dejarse caer en los impulsos contrarios a valor[2317], no resulta acertada, pues, tal como lo explica SPAEMANN, debe diferenciarse la voluntad primaria de la secundaria, en donde la primera implica una determinación al valor,

---

[2311] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50, sobre la imposibilidad de acceder racionalmente a la esencia del hombre, de manera que hay que conformarse con una imagen del mismo que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo.

[2312] En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Ius et veritas* 12, p. 102.

[2313] Similarmente, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208; EL MISMO, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102, señalando que debe diferenciarse entre libertad de acción y libertad de voluntad.

[2314] Una exposición de la llamada disputa de escuelas (los clásicos y los modernos) en el Derecho penal, vid. en ENGISCH, *La teoría*, p. 58 y ss.

[2315] Así, correctamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p. 19.

[2316] En este sentido, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 450; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, pp. 118, 280 y s.

[2317] Así, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 14 y s.

mientras que la segunda ofrece a la persona un espacio libre de juego[2318]. Es en este segundo ámbito en el que el individuo decide libremente y, por lo tanto, no está absolutamente determinado por factores que no dependen de él mismo.

El rechazo que se hace a un determinismo causal-monista que niega toda libertad al equiparla con los procesos causales[2319], no debe llevar a fundamentarla en el mismo plano en el que se mueve esta teoría, pues eso obligaría a tener que comprobar empíricamente la existencia de la libertad de actuación, lo que desde hace mucho se sabe que es imposible[2320] y además inadecuado, pues la libertad no es un dato empírico verificable experimentalmente, sino un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona[2321]. Sin embargo, las ciencias empíricas han procurado en los últimos tiempos darle una estocada final a la libertad a través de los estudios de la neurociencia, según los cuales todas las personas están determinadas en sus comportamientos por procesos que no pueden controlar y de los que, por tanto, no se les debería hacer responsables[2322]. Así las cosas, el determinismo sería científicamente más plausible que la idea metafísica y no comprobada empíricamente del indeterminismo.

El que la neurociencia haya develado cómo tendría lugar la actividad neuronal en el cerebro, no debe llevar a un abandono del reconocimiento de márgenes de libertad del individuo. Si bien es cierto que la actuación de un individuo precisa de una cierta actividad neuronal, esta actividad, por sí sola, no es suficiente[2323]. Es evidente que en las actuaciones de un individuo influyen diversos factores que éste no controla, pero eso no excluye la capacidad humana de poder decidir conforme al valor. El desarrollo de las ciencias empíricas permite ir precisando cuáles serían esos factores,

---

[2318] SPAEMANN, *Personen*, p. 209 y ss.

[2319] Vid., la crítica al determinismo causal-monista en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 146 y ss.

[2320] Acierta en este sentido RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, p. 9 y ss., al señalar que la determinación de la libre voluntad no puede hacerse de ninguna forma desde las ciencias empíricas.

[2321] En este sentido, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, p. 78, que considera que la libertad no es un *factum* verificable, sino que se fundamenta en un reconocimiento recíproco y liberación del ser natural. En la misma línea, para el Derecho penal, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 114; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 214, aunque con un concepto distinto de persona.

[2322] Vid., al respecto, ROTH, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit, passim.*

[2323] Vid., así, PARDO/PATTERSON, *InDret* 2/2011, p. 7

pero no puede pretender negar la experiencia vital de la libertad. La razón humana muestra lo evidente de la libertad del individuo por su propia naturaleza, lo que no significa tener completamente definido cómo tienen lugar los procesos de decisión. Son estos márgenes de actuación lo que las ciencias que estudian la conducta humana deben ir delimitando con mayor precisión, pero no sustituir el atributo esencial de la persona que consiste en su libertad de actuación.

Así como no se comparte las interpretaciones deterministas construidas sobre la base de la imposibilidad de comprobación empírica del libre albedrío, tampoco se siguen las posturas agnósticas que formulan la libertad como un aspecto puramente sociológico de "tratar a las personas como si fuesen libres"[2324]. Si la premisa básica de la imputación penal no es algo cierto, entonces todo el sistema penal no sería más que una suposición. Por esta razón, algunos autores, con la finalidad de dar mayor solidez a la libertad de actuación, la han caracterizado como una atribución social desprendida de todo tipo de referencia antropológica[2325]. Si bien cabe coincidir con estas últimas que la libertad constituye un concepto normativo, disentimos en el total abandono de puntos de partida antropológicos para fundamentar dicho concepto. La normatividad del estatus de persona no está determinada por simples condicionalidades sociales[2326], sino por su finalidad: la realización individual en sociedad. Y para poder individualizar la realización de la persona en sociedad resulta indispensable la libertad.

[2324] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35. Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p.23 y ss.

[2325] En este sentido se presenta el pensamiento de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 97, en el sentido de una libertad imputada por el orden jurídico, en tanto se considera al hombre sujeto de una imputación jurídica. Similar es la identificación que hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 24; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392, de la libertad con la autónoma organización de la propia esfera de organización sin la intervención de terceros. Por el contrario, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 154 y s.; EL MISMO, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss., intenta explicar el libre albedrío y el "poder actuar de otro modo" a partir del uso del lenguaje ordinario como estructuras elementales de nuestras comunicaciones sociales. Desde el punto de vista del consenso fundamenta la libertad, GÜNTHER, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 334, a lo que es muy cercano el planteamiento de FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p. 18.

[2326] Al parecer en esta línea, PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 283 y ss.

B. La socialidad

La sola individualidad de la persona no basta para determinar la relevancia de su actuación práctica[2327], sino que resulta necesario considerar su socialidad, la cual dota a su actuación de un sentido comunicativo específico[2328]. Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social[2329]. Pero esto no quiere decir que siempre se le atribuya el mismo sentido comunicativo o tenga la misma capacidad de conexión en los distintos ámbitos sociales. Para poder comunicar socialmente se requiere que la actuación de la persona exprese algo necesitado de una respuesta social específica para el desarrollo o mantenimiento del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable[2330]. Esta responsabilidad de la persona constituye un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra[2331]. No obstante, la afirmación precedente no debe llevar a entender la responsabilidad como un aspecto basado exclusivamente en la necesidad social de imputar a alguien determinado resultado. La responsabilidad está necesariamente ligada al ejercicio de la libertad personal frente a los demás[2332], aunque la forma de responder requiera evidentemente contextualizar socialmente la actuación de la persona.

[2327] Por el contrario, en la construcción de la culpabilidad penal de FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 147 y ss., bastaba únicamente la libertad de voluntad y negaba por tanto la culpabilidad si esa libertad no se manifestaba en la acción.

[2328] Similarmente, KARGL, *Kritik*, p. 137, en el sentido de rechazar una fundamentación de la libertad en una idea abstracta de libertad y la necesidad de vincularla a factores económicos, técnicos e históricos.

[2329] De otra opinión, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 60, en tanto el actuar sin culpabilidad es naturaleza, es decir, carece de sentido.

[2330] Vid., en este sentido, VAN DER VEN, en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 33. Como lo pone de relieve LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 8: (...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*" (las cursivas son del original).

[2331] En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 83 y s. De una opinión distinta, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 143, en tanto entiende que el hombre es responsable ya en un plano existencial.

[2332] Similarmente, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208: "*La persona está orientada a su autorrealización y ella decide libremente sobre los objetivos de sus acciones y responde por sus acciones*".

2. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal

La individualidad y la socialidad de la persona que se acaban de describir proveen la base material para configurar dogmáticamente la culpabilidad jurídico-penal. La individualidad de la persona no debe entenderse en un sentido naturalista como capacidad de motivarse psicológicamente, sino como capacidad de ser autor de un suceso externo. Por esta razón, para el juicio de culpabilidad no interesa la constitución motivacional del autor, sino solamente la posibilidad de reconducir un hecho a una unidad, a algo indivisible: a una persona. Dado que el delito se basa en una acción, resultaría incorrecto configurar la imputación personal sin el presupuesto antropológico de la libertad de las personas[2333].

En la actualidad la doctrina penal renuncia cada vez más a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad. Sin embargo, resulta necesario precisar que sin la atribución de libertad al autor no es posible fundamentar la imputación del hecho delictivo como propio. En tanto se trata de una sociedad de personas, la culpabilidad jurídico-penal sólo puede tener lugar si se considera su individualidad, es decir, su capacidad de manifestar libertad en sus actuaciones[2334].

La importancia de la libertad para la imputación penal no debe llevar a la errónea conclusión de que la culpabilidad debe sustentarse únicamente en la individualidad. Para poder llevar a cabo un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social correspondiente es necesario tener en cuenta la socialidad de la persona. En este sentido, la configuración de la culpabilidad jurídico-penal no puede estar referida únicamente a la capacidad de la persona de poder manifestar libertad en sus actuaciones, sino que requiere además la presencia de responsabilidad[2335], lo que quiere decir que el sistema social necesita, para el mantenimiento

---

[2333] Sobre la importancia de la antropología filosófica como fundamento para la comprensión de la constitución espiritual del hombre, vid. WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429. Igualmente este reconocimiento a partir de la dignidad de la persona constitucionalmente reconocida, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 33. De una opinión contraria sobre la necesidad de entrar en estas cuestiones antropológicas, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, pp. 71, 80; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17 n.m. 23; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392.

[2334] Similarmente, VAN DER VEN, en *Schuld und Verantwortug*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 37 y s.

[2335] Un concepto de responsabilidad que, como se verá, no tiene coincidencia con la categoría de la responsabilidad de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3.

de su identidad, *responder* ante el sentido expresado por la persona, esto es, negación del orden social[2336]. El autor de un delito expresa el sentido social de una conducta prohibida en el ámbito jurídico-penal que requiere, por tanto, de una respuesta social para mantener el orden social.

Tanto la individualidad como la socialidad necesarias para poder sustentar una imputación penal se alcanzan con la atribución del estatus de ciudadano a la persona, pues, por un lado, solamente el ciudadano puede organizarse libremente en sociedad y, por el otro, sólo a él se le reconoce la capacidad de poder cuestionar el orden normativo vigente de la sociedad[2337]. En este sentido, la culpabilidad jurídico-penal presupone la capacidad individual de una persona (ciudadano) de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos. En la culpabilidad se tienen en cuenta los aspectos que permiten atribuirle al autor el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho como injusto penal. En términos materiales, puede decirse que el autor del delito será culpable por su falta de fidelidad al Derecho puesta de manifiesto por la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos.

IV. El contenido de la culpabilidad

En la doctrina tradicional desde el finalismo, la culpabilidad abarca tres elementos constitutivos: La imputabilidad, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho y la exigibilidad de otra conducta. De estos tres elementos es el referido al conocimiento del carácter antijurídico del hecho el que sufre, en esta lección, una especial modificación de contenido, pues, tal como se expuso en la lección sobre la tipicidad subjetiva, dicho conocimiento resulta necesario ya para la determinación del dolo. Por lo tanto, el conocimiento que se exige a nivel de la culpabilidad es únicamente el referido a la regulación jurídico-penal. En lo que sigue, se va a abordar cuál es el contenido de cada uno de los elementos de la culpabilidad en función de los aspectos que, desde nuestro parecer, deben fundamentar la categoría de la culpabilidad.

[2336] El concepto funcional de culpabilidad se centra precisamente en este aspecto. Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 22; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 63; EL MISMO, *ADPCP* 1989, p. 646; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 27 y ss.

[2337] JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50, habla de la competencia para poder intervenir en asuntos públicos.

1. La imputabilidad

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de una persona para poder responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales. Dado que esta situación es predicable de todos los ciudadanos, la imputabilidad es expresión del principio de igualdad[2338]. En nuestro sistema penal la capacidad de recibir imputaciones penales empieza a partir de los 18 años[2339]. Pero, por otra parte, no basta con ser mayor de edad para ser imputable, sino que es necesario que la persona esté en pleno uso de las facultades físicas y mentales que le permitan percibir adecuadamente la realidad, comprender el orden social y determinarse conforme a esta comprensión. Una persona es penalmente imputable únicamente bajo estas condiciones.

La condición de la mayoría de edad para la imputabilidad penal constituye un estado permanente que no admite graduaciones ni diferenciaciones, salvo el caso legalmente previsto de la imputabilidad restringida. La situación se presenta distinta en el caso de la salud física y mental, en la medida que no se requiere necesariamente de un nivel óptimo, ni tampoco que esta situación sea permanente. En efecto, para la imputabilidad penal resulta necesario solamente que el autor cuente con las capacidades de percepción, de comprensión y de determinación que le permitan evitar la realización del injusto penal. Por lo tanto, la merma en alguna de estas capacidades que no le impida aún actuar conforme a Derecho, no excluirá la imputabilidad penal, aunque podría ser considerada a efectos de disminuir la culpabilidad. Por otro lado, la existencia de momentos en los que el autor pierde alguna de las capacidades mencionadas no debería afectar la imputabilidad respecto de un injusto realizado en un momento en el que contaba con dichas capacidades, pues cuando actuó era propiamente un sujeto imputable.

La imputabilidad puede verse disminuida y, por lo tanto, provocar una situación especial en la culpabilidad del autor que justifique una atenuación de la pena al momento de ser individualizada[2340]. En el caso de la edad, el

---

[2338] En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48.

[2339] Así, como una presunción de la capacidad de actuar culpablemente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1663.

[2340] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1726, aunque destacando que no se trata de una categoría intermedia entre imputabilidad e inimputabilidad, sino de supuestos de imputabilidad que aceptan una atenuación de la pena.

artículo 22 del CP establece la disminución de la imputabilidad para los mayores de edad hasta los 21 años y los que tienen más de 65 años. Esta disminución autoriza al Juez Penal a reducir prudencialmente la pena prevista para el delito cometido. Conforme al Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 (acuerdo 4) se acordó, por mayoría, que esta circunstancia de atenuación es facultativa y opera a partir del mínimo legal hacia abajo[2341]. Por otra parte, debe tenerse presente que el propio artículo 22 del CP excluye la repercusión de la imputabilidad restringida en la determinación de la pena cuando se trata de delitos graves como la comisión reiterada de delitos culposos contra la vida y la salud, la violación sexual, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la traición a la patria y, en general, los delitos sancionados con una pena no menor de 25 años o cadena perpetua.

En el caso de la salud física y mental, la disminución de la imputabilidad puede tener lugar en razón de algún padecimiento o situación especial que, sin negarle al autor la capacidad de percibir, valorar o actuar conforme a sus valoraciones, la afecte sustancialmente y, por lo tanto, acerque su estado al de un inimputable[2342]. El artículo 21 del CP admite precisamente la posibilidad de que las situaciones de inimputabilidad no se den plenamente, autorizando al juez, de producirse una disminución sustancial de la imputabilidad, a atenuar la pena por debajo del mínimo legal previsto para el delito correspondiente. El Acuerdo Plenario de Iquitos de 1999 precisa que esta regulación atenuatoria no es facultativa, sino que es de aplicación obligatoria por parte del juez (acuerdo 4)[2343].

2. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

A. Contenido

Luego de que el finalismo trasladara el dolo natural al ámbito del injusto, en la categoría de la culpabilidad se dejó el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el llamado *dolus malus*). El acierto de esta inclusión empezó, sin embargo, a ponerse en tela de juicio en el ámbito del Derecho penal no convencional (por ejemplo, en los delitos económicos), por lo que un sector importante de la doctrina penal consideró conveniente aplicar,

---

[2341] Vid., así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 608.
[2342] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 33.
[2343] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 608.

en este ámbito de la criminalidad, criterios similares a los establecidos por la teoría del dolo, esto es, requerir para la imputación dolosa también un conocimiento efectivo de la antijuricidad del hecho[2344]. Esta propuesta no sólo ha sido acogida con una frecuencia cada vez mayor, sino que también se ha visto conveniente tenerla en cuenta, en general, para todas las formas de criminalidad. Para determinar la viabilidad de esta propuesta de carácter general, resulta necesario llevar a cabo primeramente algunas consideraciones sistemáticas.

La teoría del delito es entendida como una teoría de la imputación penal, en la que el injusto y la culpabilidad se encuentran funcionalmente vinculados, siendo sólo razones expositivas las que permiten una diferenciación conceptual. En el análisis del injusto penal, se trabaja con una categoría provisional que permite imputar el hecho a una persona. Esta imputación no sólo debe cumplir con ciertos requisitos objetivos, sino que debe tener también una base subjetiva. La vertiente subjetiva del injusto no se limita, como ya se vio, a una imputación de conocimiento de la realización de un determinado suceso, sino que debe incluir también su carácter penalmente relevante. En consecuencia, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho constituye un aspecto que debe determinarse en la imputación del hecho y no propiamente en la culpabilidad. La pregunta obligada será entonces: ¿Qué queda del conocimiento en el ámbito de la culpabilidad?

La culpabilidad parte de reconocerle al autor la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico-penal y recibir, por tanto, la imputación de hechos perturbadores por parte del sistema penal. Tal capacidad presupone que la persona pueda ajustar su actuación al ordenamiento jurídico, lo que implica poder realizar una valoración de su específica incidencia social[2345]. Para poder llevar a cabo esa valoración debe existir, ante todo, un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico –o la posibilidad de este acceso–[2346], pues de lo que no se conoce o

---

[2344] En este sentido, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.; HARDWIG, *ZStW* 78 (1966), p. 21; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 41; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 281 y ss., 327; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 391 y ss.; MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281 y s.

[2345] Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 9 y ss.

[2346] Vid. MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 21 y s. No debe entenderse el conocimiento del ordenamiento jurídico como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos

puede conocerse difícilmente se puede decir responsablemente algo. Sobre la base de este acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, el autor podrá enjuiciar suficientemente dicho ordenamiento y orientar adecuadamente su actuación. Si el autor contó o no con la disposición de conocer el ordenamiento jurídico-penal es un tema absolutamente irrelevante en términos normativos[2347].

En la determinación del injusto penal (provisional) se parte de la idea de un sujeto con acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, por lo que lo único que se tematiza en dicho nivel de análisis del delito es si el autor enjuició correctamente la relevancia jurídico-penal de su comportamiento concreto. Por el contrario, a nivel de la culpabilidad lo que se discute es si el sujeto tuvo realmente la capacidad general de conocer y valorar suficientemente el ordenamiento jurídico[2348]. Se trata de determinar, en concreto, si el autor contó con ciertas condiciones mínimas de socialización como para poder acceder cognitivamente al ordenamiento jurídico, del mismo modo que la imputabilidad exige ciertas condiciones mínimas de carácter físico, mental y de madurez emocional.

La opinión precedente podría ser cuestionada en el sentido de si resulta razonable discutir primero en el injusto si el autor conoció el carácter antijurídico de su actuación, procediendo después, a nivel de culpabilidad, a determinar recién si el autor contó con un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a los criterios para poder evaluar la antijuridicidad de su comportamiento. A ello habría que responder que, como ya se ha señalado, la distinción entre injusto y culpabilidad es puramente explicativa y que, en la realidad, ambos aspectos se hayan funcionalmente imbricados. La distinción conceptual de los elementos del delito no signifi-

---

jurídicos, sino como un orden de valores que permiten el desarrollo de la persona en sociedad, (vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 329).

[2347] Como lo ha puesto de manifiesto JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 9; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), p. 848 y s., el ordenamiento jurídico no puede abandonarse a un acto de voluntad de conocimiento de las normas jurídicas. De la misma opinión, LESCH, *JA* 1996, p. 351.

[2348] Esto explica también por qué un sector importante de la doctrina penal considera la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto; vid., así, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22. Sostiene, por el contrario, la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

ca que injusto y culpabilidad se presenten en la realidad separados. Así, por ejemplo, si un bebé de dos años rompe un jarrón valioso, su imputabilidad debe llevar a solucionar el caso directamente sin entrar en la cuestión de si ha realizado el injusto doloso del delito de daños.

La pregunta que podría suscitarse es por qué dejar algo del conocimiento del autor en la culpabilidad y no trasladarlo todo al injusto, dando lugar así a una unificación del tratamiento del error como supuesto de exclusión del conocimiento. Al respecto hay que responder señalando primeramente que existe una razón legal que se opone a ello, pues el artículo 14 del CP establece una regulación diferenciada del error, lo que obliga a mantener el conocimiento en niveles analíticos distintos. En segundo lugar, hay que indicar que la regulación legal establece consecuencias jurídicas distintas, por lo que habrá que determinar, en función de las consecuencias legales, los ámbitos que entran en uno u otro error. Al respecto debe tenerse presente que el artículo 14 del CP prevé en el caso del llamado error de prohibición vencible la imposición de una sanción penal como delito doloso atenuado. Sin entrar a discutir la razonabilidad de la regulación legal prevista, este supuesto debería limitarse a los casos de *imprudentia iuris*, es decir, de desconocimiento evitable del Derecho.

B. Determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

Para poder decidir cómo se configura el elemento del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal, no se necesita de teorías epistemológicas[2349], ni psicológicas[2350], sino que constituye también una imputación. Si se aprecia detenidamente, podrá comprobarse con facilidad que los tribunales no verifican si el procesado ha tenido efectivamente, o ha podido tener, el conocimiento de las normas jurídico-penales infringidas[2351], sino que, con base en ciertos criterios normativos, se le atribuye dicho conoci-

[2349] Muestra las limitaciones de una teoría del conocimiento para explicar y justificar el concepto jurídico-penal del error, GÖSSEL, *Bedeutung des Irrtums*, p. 8 y s.

[2350] Entiende el conocimiento del hecho a partir de un presupuesto psicológico para un juicio de culpabilidad, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 33. Crítico ante esta perspectiva, GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 34.

[2351] Vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 322 y s. Por el contrario, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 55, entiende que se tiene que determinar este aspecto, en tanto sólo así el autor habría podido adecuar su conducta concreta conforme al derecho.

miento[2352]. La labor de análisis deberá centrarse, por lo tanto, en precisar cuáles son esos criterios normativos con los que se sustenta la imputación del conocimiento de la regulación jurídico-penal.

Podría discutirse, en primer lugar, si el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*)[2353], resulta igualmente vinculante en el ámbito penal. Al respecto hay que precisar que no se trata aquí de una imputación general de conocimiento a todas las personas sin que pueda admitirse supuestos excepción. Esta imputación de conocimiento requiere de un presupuesto normativo: Debe tratarse de una persona integrada en la sociedad como ciudadano. En la medida que sólo el ciudadano puede reproducir internamente el orden jurídico y orientar sus actuaciones conforme al mismo, solamente éste es capaz de recibir una imputación del sistema jurídico(-penal) por hechos que afectan tal ordenamiento. Por el contrario, el conocimiento en el caso concreto del carácter antijurídico del hecho no constituye en estricto un aspecto perteneciente a la culpabilidad[2354]. En consecuencia, para afirmar la culpabilidad se requiere determinar solamente que el ciudadano conocía o debía conocer el ordenamiento jurídico-penal por la posición social en la que se encontraba.

El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal no debe entenderse como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídico-penales[2355], pues queda claro que conocer toda la legislación penal resulta una exigencia de imposible cumplimiento[2356]. En este sentido, el conocimiento del orden jurídico-penal debe entenderse como una imputación del conocimiento de prohibiciones que están referidas a la preservación

---

[2352] Una interpretación vinculada a una comprensión psicologicista pretende afirmar en estos casos la existencia de una presunción [vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 269; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 50]. No se trata, sin embargo, de una presunción, pues no interesa si psicológicamente el sujeto conoce o no el ordenamiento jurídico, sino si normativamente posee tal conocimiento.

[2353] En este sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Superior de Lima Exp. N° 3016-97 de 26 de agosto de 1997 [*Revista peruana de jurisprudencia* 23 (2003), p. 35 y s.].

[2354] En este sentido, RADBRUCH, *SJZ* 1948, p. 309, a partir de un predominio de la norma de valoración sobre la norma de determinación. De una opinión contraria, WELZEL, en *Abhandlungen*, pp. 250, 256; FELIP I SABORIT, *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y s., en tanto constituye una garantía del ciudadano frente a posibles abusos de Estado.

[2355] vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 329.

[2356] Sobre la imposibilidad de conocer el conjunto de normas jurídicas en un determinado momento, REHBINDER, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.

de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona en sociedad. En términos resumidos, podría decirse que no se trata de imputar el conocimiento de la legislación formal, sino de las normas penales por su contenido material.

En la discusión penal se ha planteado la cuestión de si es posible sustentar siempre la imputación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal con un conocimiento material de las prohibiciones penales. A propósito de esta cuestión, un sector de la doctrina diferencia entre Derecho penal nuclear y Derecho penal accesorio[2357], señalando que si bien para el Derecho penal nuclear no se requiere el conocimiento formal de la prohibición, bastando que el autor conozca que su hecho resulta merecedor de pena, para el Derecho penal accesorio se exige conocer además la prohibición formal, pues se trata de actos en principio neutrales[2358]. Esta opinión podría parecer correcta quizá en situaciones muy concretas, pero fracasa si se presenta como un criterio general de diferenciación. Como bien lo puso de manifiesto WELZEL en su momento[2359], pueden encontrarse en el Derecho penal nuclear supuestos en los que se requiere saber la prohibición formal del hecho para conocer el carácter prohibido del hecho (por ejemplo, la omisión del deber de socorro), del mismo modo que toda infracción del Derecho penal accesorio podría conocerse materialmente si se entra a actuar en el contexto específico en el que se configura el delito (por ejemplo la comercialización de camélidos sudamericanos en el caso del delito de tráfico de dichos animales).

En nuestra opinión, al ciudadano socialmente integrado siempre se le puede imputar el conocimiento (material) de la normativa penal, pues el conocimiento de las reglas básicas de interactuación es una condición

---

[2357] Vid., en este sentido, con distintas denominaciones y matices, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 7, 11 y ss.; TIMPE, *GA* 1984, p. 52 y s.; LESCH, *JA* 1996, p. 608 y ss. En esta línea se mueve también la doctrina jurisprudencial de los delitos naturales del Tribunal Supremo Español (vid., con mayor detalle, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 80 y ss.) y que fue seguida en parte por nuestro Código Penal de 1924 en el segundo párrafo del artículo 87 (vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1749). Una particular diferenciación ofrece VELTEN, *Normkenntnis*, p. 266 y ss., en referencia a las normas de obediencia, las cuales se admiten sobre todo en ámbitos profesionales y en las que se legitima la pena si el autor hubiese podido reconocer en la situación de acción la finalidad del deber correspondiente.

[2358] Así, en concreto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

[2359] Vid., así, WELZEL, *JZ* 1956, p. 241. Similarmente, GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un) kenntnis*, p. 90 y s.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 161.

para su integración en sociedad. Sin embargo, en el caso de los delitos cuya prohibición penal no se muestra como evidente en la interrelación social, la falta de conocimiento del ordenamiento jurídico-penal puede aceptarse también en caso de sujetos socialmente integrados si es que existe una complejidad de la estructuración de las leyes o sucesivas remisiones legales que hacen inmanejable para un ciudadano diligente el conocimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico-penal[2360]. En estos casos, es el propio sistema penal el que debe cargar con su complejidad, de manera tal que podrá levantarse la imputación del conocimiento de la normativa penal y, por consiguiente, liberar al ciudadano de responsabilidad penal. Por lo general, estos casos de excesiva complejidad en las técnicas legislativa se presentan en el ámbito del llamado Derecho penal accesorio.

En la doctrina penal se ha discutido si la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal debe considerarse un aspecto de la imputabilidad[2361] o si se trata de otro elemento de la culpabilidad[2362]. Los que sostienen lo primero señalan que quien no conoce el orden jurídico debe ser tratado como un inimputable, en la medida que no tiene la capacidad de comprender el sentido de su hecho. Para los segundos se trataría de un supuesto de error, generado por la falta de conocimiento de la normatividad penal. Este desconocimiento se sustentaría en la falta de integración del sujeto al esquema de valores que rige en la sociedad. La regulación expresa de un supuesto de error por razones culturales en el artículo 15 del CP (el llamado error culturalmente condicionado), daría respaldo legal a la opinión de que la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal constituye un aspecto del conocimiento exigido como elemento de la culpabilidad distinto de la imputabilidad.

3. La exigibilidad de otra conducta

La exigibilidad de otra conducta, como elemento de la culpabilidad, se constituye a partir de la idea de que una conducta delictiva solamente

---

[2360] Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 641 y ss.

[2361] Así, consideran la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22.

[2362] Sobre la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

puede reprochársele al autor si éste contaba con un grado de resistencia personal que le habría llevado a no cometer el delito. En la actualidad este elemento de la culpabilidad es entendido como una situación de motivación normal que le permite al autor actuar de manera conforme al ordenamiento jurídico-penal[2363]. No obstante, queda claro que no es la verificación de esta situación interna la que permite afirmar la exigibilidad de otra conducta[2364], sino la normalidad de las circunstancias en las que el autor actúa. En este orden de ideas, no basta con que el autor pueda físicamente actuar conforme a Derecho, sino que es necesario además que, dadas las circunstancias específicas, le pueda ser exigido un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico como alternativa de comportamiento.

V. La ausencia de culpabilidad

A partir de los elementos constitutivos de la culpabilidad, se pueden sistematizar los supuestos en los que falta la culpabilidad del autor y, por lo tanto, decae la imputación del injusto penal. Así, hablaremos primero de los casos de inimputabilidad, luego del error de prohibición y finalmente de los casos de inexigibilidad de otra conducta.

1. La inimputabilidad

La inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal. La exclusión de la culpabilidad se sustenta en la falta de idoneidad del agente de poder comunicar, mediante sus actos, un hecho penalmente relevante[2365]. Los supuestos que se califican como supuestos de inimputabilidad se ordenan en dos grandes grupos.

Por un lado, está el caso de los menores de edad, a quienes se les excluye de culpabilidad debido a que no tienen la suficiente madurez o experiencia como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social (artículo 20 inciso 2 del CP). Debe quedar

---

[2363] Vid., así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L20/50; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 638.

[2364] En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 54, sostiene que en la exigibilidad no importa sólo la situación psíquica en el instante del hecho.

[2365] Como lo dice JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48: "*Falta un sujeto capaz de responder a una interpelación*".

claro que la imputabilidad penal por razón de la edad constituye una condición determinada normativamente, por lo que no depende de situaciones particulares. En este sentido, la imputación penal igualmente decaerá aun cuando en el caso concreto el menor de edad sea consciente de la lesividad social de su comportamiento. Se ha dicho, en este orden de ideas, que son razones de seguridad jurídica las que disponen que mientras el agente no sea mayor de edad no hay manera de sustentar una imputación penal en su contra[2366]. Para el tratamiento de los actos socialmente perturbadores de los menores de edad se cuenta con el llamado Derecho Penal del menor que tiene en el Código del Niño y el Adolescente sus principales criterios legales de regulación.

La incompetencia para negar el orden jurídico-penal se presenta, por otro lado, en el caso de las personas con problemas de salud que no reúnen las condiciones físicas y mentales para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a esa comprensión[2367]. Se trata de enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades personales mínimas para poder recibir una imputación penal. El Código Penal regula los supuestos de esta causa de exclusión de la culpabilidad en el artículo 20 inciso 1, mencionando expresamente la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y las alteraciones de la percepción.

Antes de entrar en el análisis de cada una de las causas de inimputabilidad por razones de salud expresamente previstas en el Código Penal, cabe hacer algunas precisiones generales. Para que las causas expresamente reguladas por el Código penal eximan de responsabilidad penal, éstas deben afectar gravemente el concepto de la realidad del autor, su capacidad de comprender el carácter delictivo de su hecho o de determinarse conforme a esta comprensión. A diferencia de la minoría de edad, este grupo de supuestos de falta de imputabilidad penal se determina en cada caso, teniendo en consideración el análisis empírico que ofrece la ciencia médica correspondiente. No obstante, lo determinante para afirmar si el sujeto ha perdido la capacidad de imputación, no es el informe de los peritos médicos consultados, sino la valoración que hace el juez penal para determinar si, dadas las condiciones de salud expuestas por los peritos, el sujeto ha perdido el concepto de la realidad, la comprensión del carácter antijurídico

[2366] Vid., VILLA STEIN, *La culpabilidad*, p. 56.
[2367] JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3.

de su hecho o la capacidad de determinarse conforme a dicha comprensión[2368]. La determinación de esta condición de la imputación penal en cada caso, permite que se considere posible atenuar incluso la pena cuando se da el estado de anormalidad, pero no se excluyen totalmente las capacidades antes mencionadas, recurriendo para ello al artículo 21 del CP.

Por otra parte, hay que señalar, de manera general, que si bien la formulación legal de los casos de inimputabilidad por razones físicas o psíquicas tiene un carácter amplio que permitiría, en principio, abarcar las distintas circunstancias que se planteen, resulta en principio posible aplicar analógicamente esta regulación legal a todo supuesto de déficit constitutivo del agente que impida su acoplamiento con el orden normativo[2369]. No hay ninguna objeción desde el punto de vista de los principios jurídico-penales para excluir la analogía en este ámbito de la imputación penal. No sólo no se trata de una analogía prohibida (*in malam partem*), sino que negarlo, por el contrario, podría significar una afectación al principio de culpabilidad[2370].

A. La anomalía psíquica

Por anomalía psíquica se entiende los trastornos mentales serios originados por causas corporales-orgánicas de carácter patológico[2371]. Este estado psíquico defectuoso no se limita a los trastornos de la actividad intelectual, sino a todos los ámbitos psíquicos[2372]. Con esta formulación legal tan amplia se intenta abarcar, de manera genérica, las diferentes manifestaciones anormales de la siquis[2373]. Dentro del término "anomalía síquica" se engloban las psicosis, las oligofrenias, las psicopatías y las neurosis[2374].

[2368] Así, respecto del método psicológico-normativo, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3: "*Lo psicológico se refiere a los estados (...) Lo normativo se refiere a la capacidad, ésta no es un estado psíquico, sino una atribución*". Con consideraciones críticas, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 2. En la doctrina nacional, sobre este método en relación con los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República, PEÑA TERREROS, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 75 y s.

[2369] Por el contrario, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 18, n.m. 7, considera que la amplitud de la formulación hace innecesario discutir la posible aplicación analógica.

[2370] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 7.

[2371] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 8.

[2372] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 8.

[2373] Así, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 96.

[2374] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 97.

Las psicopatías son propiamente las enfermedades mentales y se clasifican en endógenas y exógenas. Las primeras son originadas por el propio organismo del enfermo, tales como la esquizofrenia, la paranoia, la ciclotimia o demencia maniaco-depresiva[2375]. Las segundas son aquellas que penetran al organismo desde fuera, cuyo origen puede ser traumático (por lesiones cerebrales), por intoxicación (debido al consumo de drogas o alcohol) o por infección como la parálisis progresiva, las dolencias convulsivas orgánico-cerebrales y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral como la artereoesclerosis o la atrofia cerebral[2376].

Las oligofrenias son estados de debilidad intelectual congénita o adquirida en los primeros años de vida[2377]. Esta anomalía síquica se clasifica, en función del grado de debilidad intelectual, en tres clases: la debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia. La primera es el grado más ligero de oligofrenia, la cual permite la terminación de los estudios escolares, pero muy difícilmente el aprendizaje de una profesión. La segunda es el grado medio de afectación a la capacidad intelectiva del enfermo que le impide el desarrollo de una vida independiente. Finalmente, la idiocia es el grado más severo de oligofrenia que no permite ni siquiera el aprendizaje del lenguaje[2378].

La demencia supone igualmente una situación de debilidad mental, pero, a diferencia de la oligofrenia, no se debe a razones congénitas o adquiridas en los primeros años, sino a la pérdida de las facultades que posee un cerebro ya desarrollado[2379]. Se produce así un deterioro progresivo del conjunto de las funciones intelectuales como la memoria, la atención, el juicio y la capacidad de razonamiento, lo que produce evidentemente trastornos de la conducta. Las causas principales de la demencia son las de carácter degenerativo (como el Alzheimer o la enfermedad de Parkinson), pero también las que tienen un origen cardiovascular (derrames cerebrales).

Las psicopatías son anormalidades del carácter de naturaleza constitucional o heredada que merman notablemente la capacidad de vida social en común[2380]. El padecimiento no es de tipo intelectivo, sino de naturaleza

---

[2375] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 12.
[2376] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 9.
[2377] Vid., PEÑA TERREROS, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 79.
[2378] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 21 y s. En la doctrina nacional, igualmente, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.
[2379] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.
[2380] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24.

afectiva y volitiva. En la doctrina penal se destaca que la psicopatía no es propiamente una enfermedad, sino una anormalidad de la personalidad que desconecta permanentemente al sujeto del entorno[2381]. A partir de esta idea, se discute si se puede considerar una causa de inimputabilidad o no. En la jurisprudencia de los tribunales penales españoles, las psicopatías se han tratado como una eximente incompleta, pues el sujeto no estaría privado de la capacidad de culpabilidad[2382]. En la doctrina penal, por el contrario, se admite que las psicopatías, aunque no sean una enfermedad como la psicosis, puedan dar lugar a una situación de inimputabilidad, siempre que sean de tal intensidad que mermen la asequibilidad normativa del sujeto[2383].

Las neurosis constituyen anomalías de conducta adquiridas y, a menudo, susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales[2384]. Estas anomalías se derivan directamente de una causa psíquica no somática que llevan a una reacción anormal ante algunas experiencias de la vida[2385]. Si bien cabe distinguir conceptualmente las neurosis de las psicopatías en cuanto al origen de la anormalidad de la personalidad, para el Derecho Penal esta distinción no es decisiva, pues de lo que se trata es de determinar si su incidencia sobre la personalidad es tal que excluye el acceso cognitivo del individuo a la norma penal.

B. La grave alteración de la conciencia

Dentro de la causa de inimputabilidad de la grave alteración de la conciencia, se agrupan los casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad. No se trata de una situación de inconsciencia, sino de una reducción sustancial del grado de conciencia para mantener un contacto adecuado con la realidad. Se trata de supuestos que no tienen un origen patológico, sino que se presentan respecto de personas psicológicamente normales[2386]. Cabría mencionar,

---

[2381] Así, VILLA STEIN, *La culpabilidad*, p. 97; GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2382] Vid., CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 824.

[2383] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 26.

[2384] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24.

[2385] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2386] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1683. Por el contrario, admite que las causas de grave alteración de la conciencia puedan tener un trasfondo patológico, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 99.

por ejemplo, los trastornos producidos por el consumo de alcohol o drogas, los debidos al agotamiento, la fatiga, el pánico, las acciones bajo hipnosis, los estados posthipnóticos, así como determinadas formas de estado pasional[2387]. Es importante destacar la exigencia legal de que estas alteraciones de la conciencia sean graves, lo que significa que debe ser de tal intensidad que se suprima la estructura psíquica del afectado[2388].

C. Las alteraciones de la percepción

Por alteraciones de la percepción deben entenderse los defectos físicos que impiden una adecuada representación sensorial de la realidad[2389]. Como defectos físicos pueden mencionarse, por ejemplo, los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos[2390]. Las alteraciones de la percepción que tienen su origen en trastornos psíquicos se pueden incluir, por el contrario, en los dos supuestos anteriormente mencionados. Algunos autores sostienen que la alteración de la percepción debe producir una anomalía psíquica, por lo que la regulación expresa de este supuesto no se justifica dada la existencia de una causa de inimputabilidad general de anomalía psíquica[2391].

2. El error de prohibición

El error de prohibición tiene lugar cuando no es posible imputar al autor el conocimiento de la normativa jurídico-penal. En estos casos, el autor no cuenta con un elemento esencial para dotar de sentido jurídico-penal a su actuación, pues solamente el que conoce un orden normativo puede tomar posición en relación con dicho orden[2392]. No se trata del error sobre el carácter antijurídico del hecho (*error iuris*), pues, tal como se vio, este supuesto de error excluye el dolo y se ubica a nivel del injusto. Se trata del desconocimiento del orden jurídico-penal (*ignorantia legis*), el cual se mueve en el plano de la categoría de la culpabilidad.

[2387] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 603.

[2388] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13.

[2389] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1687; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 606.

[2390] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 100.

[2391] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1689.

[2392] Sobre la relatividad de la norma penal en atención a la cultura correspondiente, HASSEMER, *FS-E.A. Wolff*, p. 104.

El planteamiento precedente del error de prohibición no se corresponde con la concepción dominante, pues se limita únicamente a ciertos supuestos excepcionales de ignorancia del ordenamiento jurídico-penal. Esta vinculación con la ignorancia del derecho no debe llevar, sin embargo, a calificar nuestra propuesta como un retorno a la vieja clasificación del error: error de derecho y error de hecho[2393]. El error de derecho defendido por el RG alemán se encontraba referido a un hecho concreto[2394], mientras que la interpretación propuesta del error de prohibición alude a un desconocimiento del Derecho atribuido a la persona sin referencia al hecho concreto[2395]. Por esta razón, se mantiene la bipartición "error de prohibición/error de tipo", aunque debe reconocerse que con un contenido distinto al que tradicionalmente se le asigna[2396]. Si bien nuestro Código Penal en el artículo 14 ha seguido de alguna forma la interpretación dominante del error de prohibición y error de tipo[2397], entendemos que tampoco se opone categóricamente a otra forma de in-

[2393] Esta clasificación del error fue utilizada por los antiguos tribunales alemanes (vid., sobre este rechazo general, por todos, BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 420 y s.), aunque un sector minoritario de la doctrina penal actual destaca su plausibilidad (PUPPE, en *El error*, p. 137). Algunos autores sostienen que la clasificación actual de error de tipo/error de prohibición se mantiene en la misma línea de interpretación del error del RG, MAYER, H., *MDR* 1952, p. 392; SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 361 y ss.

[2394] Sobre la interpretación del RG, vid., KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 48; FRISCH, en *El error*, p. 17 y ss.

[2395] Más cercanos nos encontramos, por ello, a la clasificación de SAVIGNY, *System*, III, p. 327: "*El error de derecho tiene por objeto el contenido de una regla jurídica, esto es, el derecho objetivo; el error de hecho se refiere a los hechos jurídicos, es decir, a las condiciones reales de aplicación de una regla jurídica*".

[2396] Sobre la necesidad de una comprensión normativa del error, MANSO PORTO, *RPCP* 12, p. 73 y ss. No obstante, debemos advertir que los defensores de la normativización del error consideran conveniente que la norma que regula el error permita un manejo de las consecuencia jurídicas en los supuestos de error (atenuación facultativa) que posibilite dejar de lado los supuestos de ceguera (vid., JAKOBS, *Sociedad norma y persona*, p. 55 y s.; LESCH, *JA* 1996, p. 351; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 48). Esta solución me parece, sin embargo, contradictoria, pues si se asume una comprensión normativa del error, no tiene porqué partirse de una comprensión psicológica del error que luego deba ser corregida normativamente en las consecuencias. Si el error es definido en clave normativa, entonces no interesa lo que el autor conoció psicológicamente, sino que el ordenamiento jurídico considera que hubo un error relevante y, por tanto, aplica la consecuencia jurídica pertinente. Los supuestos de ceguera no constituyen un supuesto de error jurídico-penalmente relevante y, por tanto, no debe discutirse siquiera la posibilidad de una disminución de la pena.

[2397] Así ARMAZA GALDÓS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 51, que incluso refiere que se asume la teoría estricta de la culpabilidad.

terpretar el contenido del error[2398]. Hay que admitir ciertamente que se recurre a una interpretación que fuerza de alguna manera la redacción del artículo 14 del CP, pero consideramos que este proceder resulta dogmáticamente más correcto que ofrecer soluciones ajustadas a la letra de la ley, aunque con claras incoherencias internas[2399]. El error de prohibición constituye un desconocimiento del ordenamiento jurídico-penal que no puede imputarse al autor.

A. La vencibilidad del error

La consecuencia jurídica de afirmar una situación de error de prohibición no es, sin embargo, la exoneración de responsabilidad, pues ese error debe pasar todavía por el filtro normativo de la vencibilidad. En este sentido, solamente el error de prohibición que resulta invencible para el autor le libera de responsabilidad penal, mientras que el error vencible autoriza todavía a la imposición de una sanción penal aunque con un mandato de atenuación de la pena, tal como se desprende del tenor del artículo 14 segundo párrafo del CP. Parte de la doctrina ha utilizado para estos casos el criterio de la culpa o imprudencia ante el derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*), el cual constituye un criterio normativo que centra su atención en la relación entre el autor y las normas jurídicas[2400].

B. Formas de error de prohibición

La doctrina penal divide el error de prohibición en diversas formas de error. Esta diferenciación de los supuestos no tiene efectos meramente clasificatorios, sino que permite establecer ciertas particularidades que repercuten finalmente en el tratamiento de cada una de estas formas de error de prohibición.

[2398] En el mismo sentido respecto de la regulación en el Código Penal Alemán SAUER, *ZStW* 69 (1957), p. 10; OTTO, *ZStW* 87 (1975) p. 595; LANGER, *GA* 1976, p. 214; SCHÜNEMANN, H., *NJW* 1980, p. 738; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 87. Sobre la poca relevancia de las cuestiones terminológicas en la denominación del error MANSO PORTO, *RPCP* 12, p. 70.

[2399] En este mismo sentido, SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 369, para interpretar la regulación positiva del error en el Código Penal Alemán.

[2400] Vid., con mayor detalle, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 892 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 458; TIMPE, *GA* 1984, p. 69; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 112; TORÍO LÓPEZ, *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 330 y ss. Crítico ante la viabilidad dogmática de este concepto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 74 y ss.

a. Error de prohibición directo

El error de prohibición directo es aquél que se produce cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal[2401]. Este desconocimiento lleva a que el autor desconozca luego el carácter antijurídico de su hecho, por lo que se presentaría una superposición con el error sobre el carácter antijurídico del hecho, el cual ha sido ubicado en el ámbito de la imputación subjetiva del injusto. Ante esta situación, se precisa de una delimitación conceptual que permita asignar las distintas consecuencias jurídicas para el tratamiento del error.

Es cierto que todo desconocimiento de la prohibición penal trae como consecuencia forzosa el error sobre el carácter antijurídico del hecho, pero no toda evaluación errónea sobre el carácter antijurídico del hecho presupone un desconocimiento de la prohibición penal. Esta situación sucede en el caso de errores de subsunción de una conducta en el ámbito de prohibición de la norma penal. Este error será mucho más plausible cuando la tipificación penal recurre a conceptos indeterminados o cláusulas generales cuyo alcance puede ser razonablemente entendido de modo distinto por el autor.

El ejemplo típico de esta forma de error de prohibición es el del ciudadano árabe que contrae segundas nupcias en el Perú sin conocer la prohibición penal de la bigamia. El autor actúa con desconocimiento de la prohibición penal de celebrar segundas nupcias sin haber disuelto previamente el vínculo matrimonial derivado del primer compromiso. Para saber si esta situación de error exonera de responsabilidad o solamente la atenúa, habrá que determinar si la situación de desconocimiento fue vencible o no. Es evidente que podrá alegarse que este caso también es un error de prohibición, pero dado que la causa de dicho error reside en la falta de acceso cognitivo del autor al ordenamiento jurídico, entonces este caso debe tratarse como un caso de error de prohibición en sede de culpabilidad.

b. Error de prohibición indirecto

El error de prohibición indirecto tiene lugar respecto de la existencia y alcance de una regulación permisiva que levantaría la prohibición pe-

---

[2401] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 617.

nal[2402]. En estos casos, el autor cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en los hechos. Por ejemplo, el padre que castiga corporalmente a sus hijos bajo la creencia de que su poder disciplinario le autoriza a dicho castigo, o los estudiantes que destruyen las cosas que encuentran durante su marcha como parte de un supuesto derecho a manifestarse.

Respecto de esta forma de error de prohibición un sector importante de la doctrina penal considera que no necesariamente en todos los casos cabe afirmar el dolo y decidir la imputación penal en el ámbito de la culpabilidad. En efecto, se discute si el llamado error sobre los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación, tales como la existencia de una agresión efectiva en la legítima defensa o la situación de peligro en el estado de necesidad, constituye realmente un error de prohibición o no. Por ejemplo: Una persona asume incorrectamente que otra persona que se le acerca va a agredirlo y procede a lesionarlo con la finalidad de defenderse. Los defensores de la llamada teoría estricta de la culpabilidad se mantienen en la idea de que se trata de un error de prohibición. Pero esta solución resulta altamente discutible, pues el error del autor recae sobre un defecto de percepción al igual que el error de tipo. A partir de esta idea, se ofrecen en la doctrina penal diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad, dando origen a distintas formas atemperadas de la teoría de la culpabilidad que coinciden en entender que estos casos de error deben tratarse como un error de tipo.

Sin entrar a discutir las particularidades de las distintas propuestas de atemperación de la teoría de la culpabilidad, el hecho es que desde la concepción aquí defendida todos los casos son supuestos de error sobre el carácter antijurídico del hecho, por lo que deben tratarse en la imputación subjetiva a nivel del injusto penal. El error no se deriva de una falta de acceso cognitivo al orden jurídico-penal, sino de una incorrecta determinación del carácter prohibido del hecho por defectos de percepción o valoración. En consecuencia, el error de prohibición indirecto no sería un error de prohibición en el sentido que le hemos dado, sino de un error sobre el carácter prohibido del hecho que excluye, más bien, el dolo.

[2402] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 618; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1766.

c. *El error de validez*

El error de validez se presenta cuando el autor conoce la prohibición penal, pero considera que dicha prohibición no es válida[2403]. Las razones en las que se puede basar esta suposición de falta de validez pueden ser de diverso orden, así, por ejemplo, por entender que es ilegítima o que ha sido derogada. No obstante, debe quedar claro que la validez no se puede sustentar en un cuestionamiento moral, religioso o de conciencia a la ley aprobada[2404], sino que tiene que existir datos objetivos que podrían hacer pensar que la ley penal no tendría validez. Hay que tener presente que la presunción de constitucionalidad que tiene toda ley expedida conforme a los procedimientos legalmente previstos, lleva a reducir el margen para admitir un supuesto de error penalmente relevante en estos casos. En consecuencia, la admisión de esta forma de error de prohibición resulta muy excepcional.

d. *El error culturalmente condicionado*

El error culturalmente condicionado se encuentra regulado en el artículo 15 del CP y tiene lugar cuando el que comete un hecho punible no puede comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión por su cultura o costumbres[2405]. En la doctrina penal se diferencian dos modalidades de condicionamiento que darían lugar a la figura contenida en el artículo 15 del CP: por un lado, el condicionamiento por la cultura que afectaría la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de actuar conforme a esa comprensión (el error culturalmente condicionado propiamente dicho); y, por el otro, el condicionamiento derivado de la costumbre que reduciría la capacidad de internalizar la antijuridicidad de la conducta (la llamada conciencia disidente)[2406]. A nuestro entender, el artículo 15 del CP se limita a los supuestos referidos a cuestiones de carácter cultural, sean valores o costumbres culturales[2407]. Los casos de conciencia disidente deben abordarse en el ámbito de la actuación por razones de conciencia que, como se verá, se enmarca en las situaciones de inexigibilidad.

[2403] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24.
[2404] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24.
[2405] CASTRO CORNEJO, *El error en el Derecho penal*, p. 119.
[2406] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 624.
[2407] Rechaza igualmente que el artículo 15 del CP abarque el supuesto de conciencia disidente, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 458.

En la doctrina penal se discute cuál es la naturaleza jurídico-penal del llamado error culturalmente condicionado. Algunos autores sostienen que, aun cuando se hable de un error, se trata, en realidad, de un supuesto de inimputabilidad, pues se parte de que el autor no poseería las condiciones personales necesarias para actuar conforme a Derecho[2408]. Si bien la falta de comprensión derivada de condicionamientos culturales afecta la capacidad del sujeto para realizar una comunicación jurídico-penalmente relevante, este déficit no es equiparable a los derivados de razones de salud física o mental, sino que se debe a una integración cultural divergente. En consecuencia, resulta más adecuado sostener que el error culturalmente condicionado es propiamente un supuesto de error y no una causa de inimputabilidad.

Dentro de los que sostienen que se está ante un supuesto de error, hay divergencias a la hora de precisar si se trata de un supuesto de error de prohibición o, más bien, de un error especial. A favor de este último parecer se podría alegar que la regulación diferenciada del error culturalmente condicionado en el artículo 15 del CP, llevaría a la conclusión sistemática de que se trata de un supuesto de error distinto al error de prohibición regulado en el segundo párrafo del artículo 14 del CP. A ello cabría agregar que de la propia exposición de motivos se desprende que el legislador penal le dio al error de prohibición un carácter independiente al calificarlo como "*una forma especial de error*". Pese a estos argumentos de orden sistemático e histórico, un sector de la doctrina penal señala que la estructura del error culturalmente condicionado es igual a la de un error de prohibición, con la particularidad de que el desconocimiento tiene su origen en la cultura o en costumbres del autor[2409]. Por lo tanto, la autonomía regulativa del error culturalmente condicionado se explica únicamente en lo que causa el error de prohibición, pero no en una naturaleza distinta.

A nuestro entender, el error culturalmente condicionado es una forma de error que puede ser de tipo o de prohibición. Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibi-

---

[2408] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1708; MEINI, *Imputación y responsabilidad penal*, p. 83; CASTRO CORNEJO, *El error en el Derecho penal*, p. 129.

[2409] De esta opinión, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 625. Por su parte, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 457, señala que se trata de un supuesto de desconocimiento de la antijuridicidad antes que de una clase de error de prohibición, pero no se precisa cuál es la diferencia entre ambos tipos de error.

ciones penales (por ejemplo, por razones de aislamiento étnico o por barreras idiomáticas), entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo. Por ejemplo, si razones culturales no le permiten al autor calificar como obscena su actuación o hacen que no sigan la prohibición absoluta de mantener relaciones sexuales con menores de 14 años. Lo particular del error culturalmente condicionado no está, por lo tanto, en una estructura distinta al error de tipo o de prohibición, sino en la asunción de un criterio más laxo para admitir una situación de error, lo que justifica que se haya hecho una regulación diferenciada. En efecto, el error culturalmente condicionado no parte de un ciudadano integrado socialmente, sino de una persona que, por su pertenencia a ámbitos culturales con parámetros divergentes, no está en capacidad de poder conocer o asumir la prohibición penal.

D. El error de prohibición en los delitos culposos

La ubicación del error de prohibición en el plano de la culpabilidad ha llevado a plantear el tema de si cabe un error de prohibición también en los delitos culposos[2410]. Si es que el autor no tiene acceso cognitivo a la normativa penal que prohíbe la realización de un delito culposo, entonces podrá admitirse también un error de prohibición en los delitos culposos. Por ejemplo, el ciudadano de un país en el que los homicidios culposos no se sancionan penalmente sino que se solucionan con estrictas reglas indemnizatorias, viene de turismo a nuestro país y atropella negligentemente a otra persona produciéndole la muerte. En este caso, podrá sostenerse la ausencia de un conocimiento de la prohibición penal de la producción culposa de la muerte, lo que en caso de ser invencible producirá un decaimiento de la responsabilidad penal, mientras que si es vencible se mantendrá la imputación a título de culpa con la atenuación correspondiente.

[2410] Vid., con mayores referencias, ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 43 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 34; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 86 y ss. En el sentido de negar importancia al error de prohibición en los delitos culposos, LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 235 y ss.

3. Situaciones de inexigibilidad

La culpabilidad del autor se puede descartar también si, en el contexto específico de actuación, no se le puede exigir actuar conforme a Derecho. Si bien al autor cuenta en estos casos con cierto margen de actuación, el ordenamiento jurídico decide no someterlo a sus parámetros de actuación. Este razonamiento podría levantar la sospecha de que la inexigibilidad es producto de cierto decisionismo del legislador, pero lo cierto es que no constituye un decisión puramente política, sino que debe sustentarse en la idea de hasta dónde el Derecho resulta vinculante para una persona. La inexigibilidad parte de la idea de que en el caso concreto pueden presentarse ciertas situaciones excepcionales que levantan la obligatoriedad del Derecho, ya que el cumplimiento de lo legalmente dispuesto significaría una afectación a aspectos existenciales del autor. Esta situación especial hace que no resulte razonable reprochar al autor haber actuado en el caso concreto en contra de la norma penal.

A. Exceso en la legítima defensa

Un supuesto de inexigibilidad de otra conducta se presenta en el caso de reacciones excesivas realizadas en el contexto de una situación de legítima defensa[2411]. Si la defensa del agredido se mueve en el marco de las condiciones de regularidad de la defensa, la acción defensiva se encontrará justificada, no siendo necesario entrar en el plano de la culpabilidad. No obstante, si el agredido recurre a una defensa excesiva (irracional), el exceso no podrá encontrar justificación alguna, por lo que no habrá más remido que calificarlo de ilícito. Este exceso en la legítima defensa puede ser intensivo, cuando el agredido se defiende de modo desproporcional, o extensivo, cuando se defiende antes de que tenga realmente la agresión o después de que ésta se ha producido[2412].

Pese al carácter antijurídico del exceso en la legítima defensa, el ordenamiento jurídico entiende que no se le puede exigir a una persona sometida a las circunstancias de una agresión ilegítima que realice una ponderación exacta de la racionalidad y oportunidad de su defensa. En este orden de ideas, si el exceso en la legítima defensa se debe a un estado pasional

---

[2411] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28.
[2412] Vid., así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1812.

asténico (ofuscación, miedo, temor[2413]) que suscita la agresión ilegítima, no cabrá afirmar un injusto culpable. Al agredido no se le puede reprochar haberse excedido en su acto de defensa, sino que cabrá que la víctima asuma como riesgo de la vida el exceso en los estados generados por su actuación responsable[2414].

Lo anteriormente indicado no debe llevar a la conclusión equivocada de que todo exceso en la legítima defensa constituye una situación de inexigibilidad de otra conducta. Si el agredido doblega completamente al agresor y procede a darle un escarmiento por su intento de agresión, no cabrá tratar este caso como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Solamente en los casos en los que la situación excepcional de una agresión ilegítima no le permite al agredido ponderar adecuadamente la intensidad de su defensa, podrá admitirse un supuesto de inexigibilidad y, por lo tanto, exonerarlo de responsabilidad penal por el exceso. Si el agredido mantuvo en el caso concreto la capacidad de ajustar su defensa a la intensidad de la agresión, entonces sí le será exigible actuar en el marco que le impone la racionalidad de la defensa.

B. Estado de necesidad exculpante

a. Concepto y fundamento

El estado de necesidad exculpante tiene como contexto situacional un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona[2415]. Esta amenaza debe darse en una situación tal que no exista más alternativa que la realización de un hecho antijurídico para evitar su concreción en una lesión. Si quien realiza el hecho antijurídico para alejar el peligro es el propio afectado o una persona estrechamente vinculada con el afectado, entonces las circunstancias excepcionales producirán un efecto exculpatorio. Como puede verse, el ordenamiento jurídico no exige un deber de tolerar la materialización del peligro antes descrito, por lo que la

[2413] Vid., así, la diferenciación que hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 29, de los estados pasionales asténicos como la ofuscación, el miedo o el terror frente a los estados pasionales esténicos como la ira, el furor, etc. Sin embargo, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 71, precisa que no basta esta situación pasional especial, sino que hay razones de prevención general que fundamentan la inexigibilidad en caso de exceso en la legítima defensa.

[2414] Similarmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28.

[2415] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1804.

realización del hecho antijurídico para alejar el peligro no podrá dar lugar a un juicio de reproche con el que sustentar la culpabilidad[2416]. Un deber de tolerancia surge, por el contrario, si existe una particular relación jurídica que le obliga a aceptar o soportar el peligro, o si el afectado ha causado previamente el peligro (artículo 20 inciso 5 del CP *in fine*)[2417]. En estos casos, la realización del hecho antijurídico destinado a alejar el peligro podrá imputársele culpablemente a su autor, pues el ordenamiento impone la obligación de asumir el peligro.

El efecto exculpatorio del estado de necesidad exculpante se ha procurado fundamentar desde distintas perspectiva. El punto de partida común es que el que actúa en situación de necesidad pudo haber actuado de otra forma, esto es, asumiendo para sí o para la persona con la que está estrechamente vinculada un deterioro en bienes jurídicos esenciales. Por lo tanto, la razón de la exculpación no puede encontrarse en que el agente no tuvo otra alternativa de actuación, sino en alguna razón para no reprocharle una actuación antijurídica que evita afectaciones de carácter existencial. Al respecto se han ensayado diversas propuestas.

Un sector de la doctrina penal considera que en el estado de necesidad exculpante se produce una doble reducción de la culpabilidad en razón de la presión anímica del agente y la preservación de un bien jurídico valioso[2418]. Sin embargo, esta fundamentación no resulta del todo satisfactoria, pues deja sin piso diversos supuestos como la tentativa fallida de salvación[2419]. Por esta razón, se ha creído conveniente sustentar la exclusión de la culpabilidad a partir de los fines de la pena, lo que se ha hecho desde dos líneas de interpretación distintas. Por un lado, cierto sector de la doctrina penal considera que el hecho antijurídico cometido en situación de necesidad exculpante, no necesita ser penado por razones de prevención general y especial de la pena[2420]. Dado que no se trata de un contexto normal de actuación, no se requiere que la norma penal despliegue sus efectos motivatorios[2421]. Por otro lado, en la doctrina penal se defiende también

---

[2416] Resuelve el estado de necesidad exculpante con el criterio de la exigibilidad, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 271 y ss.

[2417] Sobre estos supuestos, en los que se mantiene la competencia por la situación de peligro, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.; TIMPE, *JuS* 1985, p. 35 y ss.

[2418] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 178 y s.

[2419] Así la crítica de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 9.

[2420] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 11.

[2421] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 6.

un parecer que no centra el fundamento de la exculpación en el proceso de motivación, sino en el tratamiento social de la situación de necesidad. La solución del estado de necesidad mediante un hecho antijurídico no resulta imputable culpablemente a quien realizó dicho hecho, sino a la fatalidad[2422].

En nuestra opinión, el efecto exculpatorio del que actúa amparado en un estado de necesidad exculpante no se fundamenta en un déficit motivacional[2423], pues el autor siempre puede motivarse conforme a la norma aceptando el sacrificio de los bienes personales en situación de peligro. Simplemente sucede que el ordenamiento jurídico admite que existan situaciones excepcionales en las que pierde vinculatoriedad respecto de determinadas personas y precisamente una de esas situaciones es el caso de la amenaza actual, y no evitable de un modo conforme a Derecho, de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal y la libertad. En la medida que se trata de una amenaza a condiciones esenciales para la existencia de una persona, el ordenamiento jurídico no le exige al autor actuar conforme a Derecho, pese a seguir afirmando el carácter antijurídico del hecho destinado a alejar el peligro.

b. *Requisitos*

- *Peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad*: El primer requisito es una situación de peligro actual para un bien jurídico[2424]. En principio parecería que este requisito es exactamente igual al del estado de necesidad justificante. Sin embargo, existe una limitación de los bienes jurídicos susceptibles de este estado de necesidad que lo diferencia del justificante, a saber, que solamente cabe un estado de necesidad exculpante respecto de los bienes jurídicos vida, integridad corporal y libertad. Pero en cuanto a su intensidad, el peligro es igual en el estado necesidad justificante y exculpante[2425]. Por esta razón, se exige también que el peligro sobre los bienes jurídicos personalísimos sea actual.

[2422] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 4, por lo que cabe solucionar el conflicto como accidente.

[2423] Por el contrario, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 638.

[2424] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805.

[2425] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 6.

En cuanto al bien jurídico "vida", que no admite graduación[2426], la doctrina penal discute que se pueda englobar la vida humana en formación. Frente a la opinión de los que sostienen que, en tanto el concebido no es persona, el peligro contra su vida no puede ser apartado mediante un estado de necesidad exculpante[2427], cabe alegar que este parecer no resulta conciliable cuando menos con la Constitución que reconoce al concebido como sujeto de derecho y el propio Código Penal que reprime el aborto[2428]. Respecto a la integridad corporal y la salud, la doctrina concuerda en requerir que el peligro no debe ser insignificante[2429]. En este orden de ideas, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, por lo que no bastará, por ejemplo, la amenaza de simples golpes. Por su parte, la afectación a la libertad que admite un estado de necesidad exculpante debe limitarse a sus expresiones más importantes como la libertad de movimiento o la libertad sexual.

Para la relevancia del peligro no es determinante que dicho peligro provenga de personas, fuerzas naturales o cosas[2430], aunque queda claro que no podrá alegarse un estado de necesidad si el peligro que amenaza los bienes jurídicos ha sido causado por el que realiza el hecho antijurídico dirigido a alejarlo. Como puede verse, se sigue la misma lógica del peligro empelada en el estado de necesidad justificante, por lo que también abarca periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en la legítima defensa que se rige por el criterio de la inminencia[2431].

Un punto de especial importancia es si se requiere alguna ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. Está claro que al

---

[2426] Sin embargo, esta regla ha empezado a relativizarse en los casos en los que el peligro de muerte que se cierne sobre un número considerable de personas solamente puede apartarse con la provocación de la muerte de unos pocos, llegándose desde particulares consideraciones a postular ciertos supuestos de justificación, es decir, de estado de necesidad justificante. Vid., al respecto, HÖRNLE, *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.

[2427] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1807.

[2428] A favor de incluir la vida del concebido como bien jurídico susceptible de un estado de necesidad exculpante, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 8.

[2429] Sobre la significancia del peligro en el caso de la integridad física, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 25.

[2430] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 16; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 5.

[2431] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 17.

margen quedan los casos en los que el bien jurídico preservado resulta siendo preponderante sobre el sacrificado, pues en tal caso estaremos ante un estado de necesidad justificante. Así las cosas, solamente quedan para el ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante los casos en los que el bien sacrificado es de igual o de superior jerarquía que el bien preservado. La doctrina dominante admite, en principio, ambos casos. Por nuestra parte, consideramos que la exigibilidad puede levantarse en caso de bienes de igual jerarquía, pero si es que lo sacrificado es mayor que lo preservado, hay que realizar ciertas matizaciones. Si lo sacrificado es cuantitativamente mayor que lo preservado, no habrá problemas para aceptar un estado de necesidad, como sería el caso de la persona que preserva su vida sacrificando la vida de dos o más personas. Sin embargo, en caso que la diferencia sea cualitativa, la situación se torna distinta. La preservación de la libertad o de la integridad física que lleve a la lesión de la vida de un inocente no puede levantar la exigibilidad de otra conducta, por lo que el amenazado tendrá que aceptar el peligro si es que quiere evitar una sanción penal. La irreversibilidad de la afectación a la vida obliga a mantener la exigibilidad de otra conducta frente a alternativas de lesión reversibles como las referidas a la integridad corporal o a la libertad.

- *No evitable de otro modo*: El estado de necesidad exculpante requiere además que no haya otro modo lícito o menos lesivo para alejar el peligro que amenaza los bienes jurídicos personalísimos. En este sentido, si el peligro resultaba evitable mediante un comportamiento conforme a Derecho o un comportamiento menos lesivo, la responsabilidad penal no se verá excluida[2432]. Al igual que el estado de necesidad justificante, este requisito debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el autor en el momento concreto de la realización del hecho antijurídico.
- *El círculo de personas privilegiado*: El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la responsabilidad penal abierta a cualquier persona. Solamente se exime de pena al sujeto cuando el peligro le afecte al él mismo o a una persona con

[2432] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 18.

quien tiene una estrecha vinculación[2433]. Por estrecha vinculación deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos. El sentido más extensivo sería el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, mientras que el más restrictivo lo limitaría a los abuelos, esposos, padres, hijos y hermanos. En segundo lugar, la estrecha vinculación puede determinarse en términos fácticos, de manera que podrían incluirse casos como las uniones de hecho o la estrecha amistad.

- *Deberes especiales de tolerancia*: El propio Código penal establece que no procede la exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias. El texto punitivo señala, a modo de ejemplo, la causación por uno mismo del peligro y los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Como puede verse, se trata de una cláusula general abierta que le permite al juez incluir supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro por razones de organización (creación del peligro) o por competencias institucionales (posiciones especiales)[2434]. Otras situaciones que las circunstancias obliguen a soportar los peligros serían, por ejemplo, las posiciones de garantía y la desproporción del daño causado (por ejemplo, matar para preservar la integridad física).

c. *Efectos*

El principal efecto del estado de necesidad exculpante es la exclusión de la culpabilidad del que actuó para alejar la situación de peligro amenazante. No obstante, debe tenerse en cuenta que la conducta de alejamiento del peligro constituye un hecho antijurídico, pero que, por las circunstancias excepcionales en las que se encuentra el autor, no se le exige actuar de una forma distinta. El hecho de que la conducta del que actúa en estado de necesidad exculpante sea antijurídica, produce ciertas consecuencias sistemáticas que resulta conveniente resaltar[2435]. Así, por ejemplo, el que se ve afectado por el que actúa en estado de necesidad puede oponer perfectamente una legítima defensa, pues si bien la actuación de este último no daría pie a una imputación culpable, mantiene su carácter antijurídico. Por

[2433] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1808.
[2434] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.
[2435] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 3.

otro lado, la antijuridicidad del acto de preservación de los bienes jurídicos personales determina que los actos de auxilio de aquellas personas que no están estrechamente vinculadas con quien está en una situación de necesidad, constituyan actos de participación punible. Si bien el autor del hecho antijurídico no responderá por estar en una situación de inexigibilidad, los partícipes no vinculados al afectado podrán responder culpablemente por su contribución prohibida al hecho[2436].

C. Miedo insuperable

El miedo insuperable es una causal de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20 inciso 7 del CP. Según el texto legal, está exento de responsabilidad penal el que obra compelido por un miedo insuperable de un mal igual o mayor. La naturaleza del miedo insuperable ha sido muy discutida en la doctrina penal. Por un lado, existen voces que lo ordenan como un supuesto de inimputabilidad por afectar la lucidez mental que supone la vivencia del miedo, o como un estado de necesidad por la existencia de bienes jurídicos en conflicto[2437]. Por el otro, un sector doctrinal sostiene que se trata de un supuesto de inexigibilidad que tiene una naturaleza distinta a la inimputabilidad y al estado de necesidad[2438].

En nuestra opinión, el miedo insuperable no es un supuesto de inimputabilidad, pues no precisa una situación de temor que nuble el juicio y, por lo tanto, la capacidad de orientar las acciones a lo jurídicamente debido. Tampoco comparte una similitud estructural con el estado de necesidad, pues no se exige una racionalidad de la defensa en el sentido de que la realización del hecho antijurídico sea la única alternativa para superar la situación de peligro. El carácter insuperable está referido, más bien, a la situación de miedo, de manera que se estará ante este supuesto de inexigibilidad precisamente cuando existen alternativas menos lesivas de alejamiento del peligro, pero que el afectado, por el miedo que padece, no puede apreciar. Por lo demás, el miedo insuperable se limita solamente a las personas a las que les amenaza un

---

[2436] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 66.

[2437] Vid., al respecto, con mayores referencias doctrinales, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/18 y ss.

[2438] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/20; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 641.

mal, lo que no sucede en el estado de necesidad exculpante, en donde la eximente se extiende a personas estrechamente vinculadas al afectado por la situación de peligro.

El primer requisito del miedo insuperable es la existencia de un mal igual o mayor. La redacción asumida por nuestro Código penal pone este requisito como un dato objetivo, de manera tal que si el mal es solamente aparente no podrá apreciarse esta causal de exención de responsabilidad[2439]. En todo caso, podrá aplicarse el artículo 21 del CP y tratar el caso como una eximente imperfecta que traiga consigo la imposición de una pena atenuada. El texto legal dice que el mal debe ser igual o mayor, pero no precisa respecto de qué. Hay que entender que esta relación de comparación está referida a los males que amenazan a la persona que actúa compelida por la situación de miedo insuperable. Podría pensarse que si el mal es mayor al que realiza el que actúa con miedo insuperable, no tendría sentido recurrir a esta causal, pues bastaría con utilizar la causa de justificación del estado de necesidad justificante. No obstante, hay que tener presente que, como ya se dijo, el miedo insuperable no comparte la estructura del estado de necesidad, de manera que podrá desplegar sus efectos exoneratorios aun cuando no se cumpla con algunos de los requisitos del estado de necesidad, en especial la racionalidad de la defensa.

El agente debe actuar compelido por una situación de miedo. Hay que precisar que el miedo no es un estado psíquico equiparable al pánico en el que el agente pierde absolutamente control de sí mismo. En caso de pánico o temor podría discutirse un estado de demencia transitoria que permita excluir la imputabilidad del autor[2440]. Por el contrario, en una situación de miedo el autor comprende lo que está haciendo, con la única particularidad de que se produce una reducción de su capacidad de análisis de la realidad y de las alternativas de actuación de las que dispone. No cabe duda que se trata de un estado interno, el cual debe ser determinado, sin embargo, con parámetros objetivos que permitan asumir la reducción de la capacidad de análisis antes mencionada.

[2439] De otro parecer, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14; n.m. 1830; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 643; PAREDES VARGAS, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 758 y s.

[2440] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/25; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 642.

La situación interna de miedo pasa por el filtro normativo de su insuperabilidad. En este sentido, no basta con que el agente alegue haber actuado compelido por una situación de miedo, sino que el juez debe determinar si esa situación de miedo no pudo ser superada por el autor, de manera que habría podido ponderar adecuadamente las alternativas de acción de las que disponía. Como criterio de valoración el juez debe recurrir a la figura del hombre promedio en las circunstancias particulares del autor[2441]. Como puede verse, esta causa de inexigibilidad no está definida en términos subjetivos, sino con base en parámetros de carácter objetivo[2442].

Hay que tener presente que el miedo insuperable se sustenta precisamente en la insuperabilidad del miedo, por lo que no se abarcarán los casos en los que simplemente la amenaza de un mal puede superarse con la lesión de otro bien jurídico. De darse este último supuesto, habría que aplicar, más bien, la figura del estado de necesidad (justificante o exculpante). El miedo insuperable es un supuesto de inexigibilidad que se aplica a casos en los que existía una alternativa de comportamiento menos lesiva, pero que el autor no pudo percibir precisamente por una situación de miedo que no estuvo en posibilidad de superar.

D. La objeción de conciencia

El artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia. En este sentido, a nadie se le puede obligar a actuar en contra de sus convicciones personales[2443]. A partir de esta idea se ha desarrollado la llamada objeción de conciencia, según la cual la vinculatoriedad del ordenamiento jurídico se desvanece si una persona objeta aspectos de conciencia que se oponen al cumplimiento de lo legalmente dispuesto. Esta situación, sin embargo, no tiene lugar propiamente si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad, de forma tal que no se encontraría obligado imperativamente a hacer valer el mejor orden según su parecer[2444]. La

---

[2441] Recurren a la figura del hombre medio (generalidad de los hombres) en la posición del autor, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/25; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 643. Críticamente, PAREDES VARGAS, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 756 y s.

[2442] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14; n.m. 1832.

[2443] Igualmente recurre a la disposición constitucional que reconoce la libertad de conciencia, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 102.

[2444] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 21.

situación de conflicto se presentará, más bien, en aquellos casos en los que si no hace caso a su convicción daña a su persona. Se trata de un criterio ético que internamente es determinada por el autor como forzosa e incondicionalmente obligatoria, incluso en caso de ser inculpado por seguirlo[2445].

Relativamente extendido está el caso de la libertad religiosa que lleva a determinadas personas a oponerse a ciertas prácticas médicas para preservar la vida o la integridad física. Muy conocido es el caso de los testigos de Jehová que se niegan a las transfusiones sanguíneas, aun cuando la propia vida dependa de ello. Así, si quien asume el cuidado de un enfermo no le convence de practicarse una transfusión sanguínea necesaria para preservar su vida, no podrá responder como autor de homicidio, pues por razones de conciencia no se le puede exigir realizar algo que considera religiosamente inaceptable. Esta libertad religiosa no debe extenderse, sin embargo, a impedir que terceros como un médico realicen un acto de salvataje, así como tampoco a desautorizar la orden de un juez que dispone la práctica médica rechazada. La objeción de conciencia es una causa de inexigibilidad de otra conducta que se limita a la persona que la alega y que no puede ser impuesta a otras personas.

E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante

Un supuesto de inexigibilidad regulado en la Parte Especial del Código Penal se encuentra en el capítulo que regula los delitos de aborto. Concretamente, en el artículo 119 del CP se contempla la figura del aborto terapéutico, según el cual no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Sobre la naturaleza de esta causa de exención de pena se aprecian distintos pareceres en las exposiciones doctrinales. Algunos autores se mueven en el plano de la categoría de la antijuridicidad y, en esta línea, sostienen que el aborto terapéutico es un supuesto de estado de necesidad justificante[2446] o una causa de justificación específica[2447]. Otros autores, por el contrario, parten del carácter antijurídico del aborto terapéutico, por lo que su falta de sanción penal lo

---

[2445] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 22.
[2446] SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 157.
[2447] CASTILLO ALVA, *El delito de aborto*, p. 198.

explican, más bien, por tratarse de un supuesto de estado de necesidad exculpante[2448] o de una causa de exclusión de la punibilidad[2449].

Si se analiza con mayor detalle las posturas antes mencionadas, podrá concluirse sin mayores reparos que la diferencia sustancial entre la postura de la justificación frente a las posturas de la exculpación o de la falta de punibilidad es que para la primera el aborto terapéutico no es un injusto penal (se trataría de una privación legítima de la vida del feto), mientras que para las segundas el aborto terapéutico constituiría una privación ilegítima de la vida de otro, pero que no resulta penalmente sancionada porque el responsable actuó en situación de inexigibilidad de otra conducta o porque no hay necesidad, en estos casos, de imponer una pena a pesar de ser merecida. Al respecto cabe señalar que no existe una razón científica para establecer una diferencia cualitativa entre la vida humana intrauterina y la vida humana extrauterina, y mucho menos para poner la salud de una persona nacida por encima de la vida de una persona no nacida[2450]. Si bien se ha procurado recurrir a argumentos como la viabilidad o el mayor desarrollo de la vida humana independiente para sustentar esta diferenciación, estos argumentos llevarían a consecuencias que no resultan socialmente asumibles.

A mi entender, el fundamento de la falta de castigo del aborto terapéutico sólo puede ubicarse en sede de culpabilidad, concretamente en la idea de que el ordenamiento jurídico no le puede exigir a una mujer embarazada que prosiga con el embarazo si su continuación le va a producir la muerte o un mal grave y permanente a su salud[2451]. Se trata de una situación de

---

[2448] Así, CARO JOHN, *Informe legal sobre los alcances del aborto terapéutico*, p. 14, no obstante luego (p. 18 y s.) considera correcta una regulación estandarizada del aborto terapéutico, de manera que entiende como plenamente lícito el aborto terapéutico practicado por el médico (*lex artis médica*). Como puede verse, existe una mezcla poco conciliable del estado de necesidad exculpante y la figura de las conductas neutrales.

[2449] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 94.

[2450] En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *FS-Maurach*, p. 340; LESCH, *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1 (2001), p. 2. A la debilidad del concepto de persona para abarcar a los concebidos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *RECPC* 11-11 (2009), p. 11:16 y ss., propone dotarlos de fortaleza con el apoyo de los conocimiento científicos.

[2451] En este punto, resulta conveniente precisar que por aborto terapéutico se hace alusión a la acción que directamente está dirigida a eliminar la vida del feto. Por el contrario, los casos en los que el médico emprende una conducta salvadora de la vida de la madre, pero que produce indirectamente la muerte del feto, se estará claramente ante una colisión de deberes justificante. Por su parte, VAN WEEZEL, *Revista Chilena de Derecho* vol. 36 N° 1, p. 206, considera que si la acción del médico está dirigida a salvar la vida de ambas personas, aunque se produzca con ello la muerte del feto, no habrá ni una colisión de deberes, sino una conducta socialmente adecuada.

inexigibilidad que levanta la posibilidad de hacer un juicio de culpabilidad a la persona a la que se le atribuye la realización del injusto (que, en este caso, está constituido por la muerte de un feto)[2452]. Si se asume la idea de la inexigibilidad, se evita que la excesiva vaguedad y amplitud que tienen las indicaciones en la legislación penal de muchos países[2453], termine autorizando, en los hechos, una libre interrupción del embarazo, pues se requiere que el peligro ponga efectivamente en riesgo bienes jurídicos existenciales y no simplemente una vida más cómoda o sin mayores complicaciones.

Del tenor legal que regula el aborto terapéutico se desprende aspectos comunes con el estado de necesidad, pues se exige que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud. Se ha dicho, sin embargo, que el aborto terapéutico no es un estado de necesidad por varias razones. Por un lado, se dice que el aborto terapéutico excluye la responsabilidad penal no sólo de la madre que está en situación de necesidad, sino también la del médico que no lo está. Esta afirmación no es concluyente, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la intervención de un tercero, siempre que esté estrechamente vinculado a la víctima. Por otro lado, se ha dicho que el riesgo no debe ser inminente en el aborto terapéutico, lo que tampoco habla en contra de considerarlo un estado de necesidad exculpante, pues la inminencia es un requisito de la agresión ilegítima en la legítima defensa, pero no del peligro en el estado de necesidad, el cual solamente debe ser actual. En tercer lugar, se ha señalado que el aborto terapéutico requiere del consentimiento de la madre o de su representante legal, lo que no es necesario en el estado de necesidad. Esta afirmación tampoco es decisiva para quitarle al aborto terapéutico el carácter de estado de necesidad exculpante, pues el requisito del consentimiento puede interpretarse simplemente como el reconocimiento legal de la posibilidad de que una persona en situación de necesidad pueda asumir voluntariamente el riesgo, a pesar de que el ordenamiento jurídico no le exija hacerlo.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que el aborto terapéutico es un caso concreto del estado de necesidad exculpante. En este sentido, la

---

[2452] Similarmente, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB-Kommentar*, 51. Aufl., preliminares a los §§ 218-219b, n.m. 7. Por su parte, ESER, *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56, reconoce que el principio de exigibilidad se encuentra en la base de las indicaciones.

[2453] Como lo destaca, por ejemplo, ESER, *Estudios*, p. 245, nota 19.

determinación del alcance y los presupuestos establecidos en el artículo 119 del CP debe hacerse necesariamente en coordinación con los presupuestos generales del estado de necesidad exculpante establecidos en el artículo 20 inciso 5 del CP. La única particularidad del aborto terapéutico es la flexibilización del deber de tolerancia de la gestante, pues en la medida que ésta causó el peligro (al quedar embarazada) o tiene una relación jurídica particular[2454] (es la madre), tendría que soportar los riesgos del embarazo. Sin embargo, la regulación del aborto terapéutico exime a la gestante de un deber de tolerancia del riesgo que produce el embarazo. Esta flexibilización podría encontrar sustento en el hecho de que el embarazo no es una consecuencia que necesariamente se pueda prever con certeza, por lo que no tiene que atribuirse necesariamente como un riesgo que forma parte del ámbito de competencia de la gestante. Por otra parte, la percepción sensorial de la vinculación institucional puede ser una condición para la exigencia del deber positivo de protección, o puede entenderse que el deber positivo frente a un tercero no puede exigirse a niveles que impliquen comprometer la propia existencia[2455]. Con estas consideraciones podrían explicarse, de alguna manera, porqué no existe, a pesar de todo, un deber jurídico de tolerancia de la madre respecto de los riesgos existenciales del embarazo.

La figura del aborto terapéutico requiere, en primer lugar, la existencia de un peligro de muerte o de un mal grave y permanente para la salud de la gestante. Este peligro debe ser actual, no simplemente posible. En este sentido, debe determinarse en cada caso concreto, mediante los exámenes médicos correspondientes, que la vida o la salud de la madre está realmente en grave peligro. Resulta pertinente poner de manifiesto que todo embarazo lleva consigo cierto riesgo habitual, como sucede con diversas actividades cotidianas (por ejemplo, conducir un automóvil, viajar en avión, etc.). Por esta razón, los riesgos propios del embarazo no pueden considerarse un peligro en los términos del aborto terapéutico, sino solamente aquellos que alcancen un carácter excepcional y que, por lo tanto, no cuenten con medios seguros para reducir su incidencia.

La situación de peligro antes descrita no basta para la afirmación de un aborto terapéutico, sino que es necesario que la muerte del feto sea el

---

[2454] Sobre la posición de garante de la embarazada, MERKEL, *StGB-NomosKommentar*, §218, n.m. 102 y ss.

[2455] Vid., FRISTER, *Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität-Düsseldorf*, 2003, p. 386.

único medio para evitar el riesgo de muerte o de grave lesión. De lo anterior se desprende que el examen médico no sólo debe determinar la existencia del riesgo, sino que su conclusión más importante es que no hay otra manera, distinta a la interrupción abrupta del embarazo, de evitar el peligro de muerte o de grave afectación a la salud de la gestante. Si el riesgo para la vida o la salud de la madre pueden ser controlados con un tratamiento riguroso sobre la madre, ésta debe realizarlo y no ir por la vía fácil del aborto. El artículo 119 del CP es sumamente claro al señalar que el aborto debe ser el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud.

Para poder practicar un aborto terapéutico que sea impune es necesario que la gestante o, en caso de que ella no pueda manifestar su voluntad, su representante legal consientan en la práctica del aborto. Este requisito particular pone de manifiesto que es perfectamente posible que la madre asuma los riesgos de llevar un embarazo riesgoso, lo que no puede sorprender a nadie por la natural protección maternal. Por esta razón, la madre debe expresar su voluntad de no exponerse a sí misma para traer al mundo a su hijo a través del consentimiento de la práctica abortiva. Sin embargo, debe precisarse que el consentimiento de la madre solamente podrá ser válido si ella ha sido suficientemente informada sobre la entidad del riesgo y las probabilidades de reducirlo. Si se llega a determinar que el médico dio una información falsa o, en todo caso, incompleta, podrá hacérsele responsable como autor mediato del aborto, en la medida que ha utilizado a la madre como un instrumento en situación de error sobre la situación de inexigibilidad.

El principal escollo a una propuesta de interpretación del aborto terapéutico como un caso especial de estado de necesidad exculpante es que no se excluiría la responsabilidad penal del médico que practica el aborto, al no encontrarse éste en estado de necesidad[2456]. Esta afirmación debe ser, sin embargo, relativizada, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la posibilidad de intervención de terceros, siempre que estén estrechamente vinculados a la víctima como lo dispone el artículo 20 inciso 5 del CP[2457]. Por lo tanto, si bien no cualquier médico podrá calificar para

[2456] Así, por ejemplo, ESER, *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56.

[2457] Por el contrario, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, p. 328 y s., parte de entender que el médico no está en el círculo de allegados a la gestante, por lo que justifica su impunidad en el hecho de considerar al aborto terapéutico un supuesto de exclusión de

gozar de la exención del aborto terapéutico, lo estará el médico que se encuentra estrechamente vinculado a la gestante, esto es, cuando exista una relación de confianza especial que explique su intervención en defensa de su paciente. Por el contrario, un médico cualquiera que se dedique a practicar abortos por el solo pago de honorarios no podrá gozar de la situación de necesidad de la gestante, pues no hay una relación especial con la gestante que le dé acceso al círculo de sujetos a los que el Derecho Penal no les pueda exigir el respeto de la vida de un inocente.

F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento

En la Parte Especial del Código Penal se contemplan otros supuestos de inexigibilidad que se sustentan en una estrecha vinculación con ciertas personas[2458]. Por ejemplo, en los delitos de encubrimiento, el artículo 406 del CP considera exentos de responsabilidad penal a los que tienen relaciones tan estrechas con la persona favorecida como para excusar su conducta. Así, por ejemplo, no se le puede exigir a la madre que no oculte a su hijo prófugo de la justicia, por lo que la realización de esta conducta antijurídica por parte de la madre, no traerá consigo un castigo para ella como autora del delito de encubrimiento personal.

Un supuesto problemático en relación con la inexigibilidad por estrecha vinculación se presente cuando varias personas han intervenido en el delito y, por lo tanto, la acción de encubrimiento beneficia no sólo a la persona con la que existe la estrecha vinculación, sino también con otras con las no está estrechamente vinculada. Al respecto cabe señalar que si la acción está dirigida a eludir la persecución penal de la persona con estrecha vinculación, no interesa si además se favorece a otras personas[2459]. La inexigibilidad estará presente mientras se consiga con el acto de encubrimiento impedir que la persecución penal alcance a la persona con la que existe la relación especial.

---

la responsabilidad por el hecho (una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad), que permitiría fundamentar el no castigo de los partícipes por una sustancial reducción de la ilicitud del hecho.

[2458] Como una causa de exculpación en el Derecho penal español, GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento*, p. 147. Por el contrario, como una exención de pena lo explica SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, p. 169.

[2459] Similarmente, GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento*, p. 149.

LECCIÓN 17
LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. Introducción

La intervención en el delito es un aspecto de la imputación penal que se establece en el tipo penal, en la medida en que es allí donde se indica quienes pueden realizar la conducta típica. Por lo general, el tipo penal determina al sujeto activo del delito como un autor individual, sea de manera general ("el que ..."), sea concretándolo en determinado contexto de actuación o con una calidad especial (ascendiente, juez, funcionario público, deudor, etc.)[2460]. Sólo de manera excepcional el tipo penal hace una referencia a una pluralidad de personas al establecer los elementos constitutivos del delito[2461], tal como sucede en el caso de los denominados delitos colectivos como el delito de conspiración regulado en el artículo 349 del CP. Sin embargo, el hecho de que, por lo general, la conducta típica está en referencia a un autor individual, no impide en lo absoluto que diversas personas pueden participar en la realización de un mismo delito.

Si varias personas intervienen en un delito, surge la pregunta lógica de si todos deben responder penalmente de la misma manera. Para los defensores de un concepto unitario de autor la respuesta es afirmativa. En efecto, conforme a esta concepción de la intervención delictiva, toda contribución causal al hecho da lugar a una intervención en calidad de autor, con independencia de la importancia de dicha contribución[2462]. El criterio de de-

---

[2460] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 459; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2204.

[2461] Así, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2205.

[2462] Vid., al respecto, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 5; Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L14/10; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2213. Un concepto unitario de autor ha sido asumido en el Código Penal Austríaco, el Código Penal Italiano y el Código Penal Noruego en ciertos delitos contra la vida como lo pone de manifiesto Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 460.

terminación sería fundamentalmente la causalidad, no existiendo ninguna relación de accesoriedad entre los diversos aportes al hecho delictivo[2463]. Al concepto unitario de autor se le ha objetado, sin embargo, que si todas las contribuciones causales al hecho fuesen una lesión penalmente relevante del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose las fronteras legalmente establecidas y, por tanto, la función garantista del Derecho penal[2464]. Así, por ejemplo, constituiría una acción de homicidio dar un arma a otro o una acción de defraudación tributaria el simple hecho de hacer facturas ficticias. Por lo demás, no se apreciaría ninguna razón para no castigar como delito la sola realización de un acto de preparación (por ejemplo, entregar el arma), del mismo modo que se perdería la restricción de algunos requisitos típicos como la propia mano o los delitos especiales, pues la responsabilidad penal del autor se sustentaría únicamente en la pura contribución causal[2465].

Nuestra legislación penal no sigue un criterio unitario de autor, sino que se alinea con la tendencia dominante que asume una visión diferenciadora de la intervención punible[2466]. Esta intervención puede ser principal o secundaria. A la intervención principal se le conoce como autoría, mientras que a la intervención secundaría se le ha venido a llamar participación en sentido estricto. Dentro de la autoría se incluye no sólo al que realiza directamente la acción delictiva, sino también a aquel que se vale de otro para realizar el delito y a aquellos que se distribuyen el trabajo con la finalidad de cometer el delito (artículo 23 del CP). Por su parte, la participación está referida a los actos de complicidad (artículo 25 del CP), así como a los actos de inducción (artículo 24 del CP). En la tradición hispana se incluyó también al encubridor como una forma de participación, pero en la actualidad el encubrimiento, pese a cierta vinculación con el hecho encubierto, se regula como un delito autónomo[2467]. Así, el Código Penal Peruano tipifica los actos de encubrimiento del delito en sus artículos 404 y 405.

[2463] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 461 y s. Sobre las teorías causales de la autoría, ROXIN, *Autoría*, p. 21 y ss.

[2464] Vid., en este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2214.

[2465] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 6.

[2466] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2218; URQUIZO OLAECHEA, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 608.

[2467] Vid., con mayor detalle, SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ, *Los delitos de encubrimiento*, p. 41 y ss.

II. La autoría

La determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una única persona. Se trata de una autoría en solitario que no requiere mayor análisis en cuanto a su intervención en el delito. Los problemas surgen, más bien, cuando son varias las personas que intervienen en el hecho punible, suscitándose la cuestión de quiénes deben responder como autores del delito. La respuesta a este interrogante requiere identificar cuál es el criterio que utiliza el Derecho penal para determinar la autoría[2468]. No se trata de un aspecto pacífico en la discusión doctrinal, más aún si no se cuenta con referentes legales que establezcan indiscutidamente cuál es dicho criterio. Bajo estas circunstancias, resulta conveniente exponer brevemente las propuestas más importantes que se han esbozado por la doctrina penal, para luego optar por alguna de dichas propuestas. Solamente teniendo claro en qué se sustenta la imputación a título de autor, es posible llevar a cabo una adecuada interpretación del artículo 23 del CP.

1. Las teorías para determinar la autoría

A. El concepto restrictivo de autor

Para el concepto restrictivo de autor, autor solamente puede ser quien comete el hecho descrito por el tipo penal. La sola contribución causal al resultado mediante alguna acción no típica no podría fundamentar una imputación a título de autor[2469]. Sin embargo, la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, dando lugar a las figuras de la participación como son la inducción y la complicidad[2470]. Pero como se trata de una extensión de la punibilidad, los aportes de los partícipes solamente podrán penarse si existe una ley que contemple dichos casos como una participación punible. Por el contrario, los actos de auxilio o contribución al hecho típico que no se encuentren abarcados por la normativa penal, no podrán ser sancionados penalmente.

[2468] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p 463.
[2469] Vid., Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L14/17.
[2470] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 465.

Si la realización de la acción típica da pie a la autoría y el favorecimiento mediante actos no típicos a la participación, habría que buscar el criterio que permita diferenciar ambos supuestos de intervención en el delito. Dado que se abandona el criterio causal en la determinación de la autoría, resulta entonces posible que este criterio de diferenciación sea de carácter objetivo. La búsqueda por parte de la doctrina penal de este criterio objetivo de determinación de la autoría ha dado lugar a dos teorías de base objetiva: La teoría objetivo-formal y la teoría objetivo-material.

La teoría objetivo-formal atiende a la literalidad de las descripciones típicas de la acción. Autor del delito es aquel cuyo comportamiento cae dentro del círculo que abarca el tipo penal, mientras que el comportamiento del partícipe será un aporte causal, pero negativo, en la medida que no está dentro del tipo[2471]. Sólo quien realiza la acción típica (matar, apropiarse, privar de la libertad) responderá como autor del delito. A esta teoría objetivo-formal, sin embargo, se le ha cuestionado dejar fuera de la autoría los casos de autoría mediata[2472] (por ejemplo, el sujeto que envía a su hijo de cinco años a que entregue los bombones envenenados a la víctima) y de los coautores que no realizan un hecho típico (por ejemplo, el jefe la banda que sólo dirige el asalto[2473]). Este serio defecto ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal.

La teoría objetivo-material recurre a la perspectiva de la mayor peligrosidad que debe tener la contribución del autor en comparación con la del cómplice[2474]. Sin embargo, la sola mayor peligrosidad de la aportación del autor no permite calificar, en muchos casos, la aportación como autoría si no se tiene en consideración los aspectos que determinan la imputación subjetiva[2475]. Así, por ejemplo, si A sirve un café a B que ha sido previamente envenenado por C por solicitud de A, A será autor y C el cómplice. Por el contrario, si A no conociera el envenenamiento del café por C, C sería autor. Como puede verse, en ambos casos el aporte de C es objetiva-

---

[2471] Vid., ROXIN, *Autoría*, p. 52; GIMBERNAT ORDEIG, *Autores y cómplices*, p. 21.

[2472] Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Autores y cómplices*, p. 35 y s.; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 465.

[2473] Así, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 465.

[2474] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L14/22. Con mayor detalle sobre las formulaciones doctrinales que siguen el criterio objetivo-formal, ROXIN, *Autoría*, p. 56 y ss.

[2475] Así, la crítica de MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L14/24, en el sentido de desconocer la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. Igualmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 466.

mente el mismo, pero en función del contexto de actuación su calificación como autor o cómplice varía.

B. El concepto extensivo de autor

Por los defectos acusados a la teoría del concepto restrictivo de autor, un sector de la doctrina penal ha contrapuesto el llamado concepto extensivo de autor[2476]. El fundamento dogmático básico de esta teoría es, como en el concepto unitario de autor, la equivalencia de todas las condiciones del resultado[2477], de manera tal que todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico es autor aunque no haya realizado una acción típica. El inductor y el cómplice también serían autores, pero su regulación expresa de manera especial hace que se distingan de la autoría misma. La inducción y la complicidad constituirían supuestos de restricción de la pena[2478].

Si autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente en un concepto extensivo de autor, pues son causalmente equivalentes, el criterio de distinción solamente podrá encontrarse en el plano subjetivo[2479]. Por esta razón, el concepto extensivo de autor va unido a una teoría subjetiva de la participación. Para la teoría subjetiva, lo fundamental para diferenciar la autoría y la participación es el *animus* del sujeto. Si el *animus* es *auctoris* (o sea, querer el hecho como propio) el interviniente será autor. Por el contrario, si el *animus* es *socii* (o sea, querer el hecho como ajeno), el interviniente deberá ser tratado como un partícipe[2480]. Como puede verse, la distinción entre autoría y participación deja de ser una cuestión del tipo penal para convertirse en un problema de mayor reproche por las motivaciones internas de los intervinientes.

A la teoría extensiva de autor se le ha reprochado las mismas críticas hechas a la equivalencia causal del concepto unitario de autor. En cuanto al complemento subjetivo, se le ha cuestionado que la animosidad pueda ser determinante, en todos los casos, para la calificación del aporte como de autor o de partícipe. Así, por ejemplo, en el famoso caso de la bañera[2481],

---

[2476] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8.

[2477] Así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 463.

[2478] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 464.

[2479] Vid., jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 8.

[2480] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 465. Sobre las distintas variantes de las teorías subjetivas, vid., Roxin, *Autoría*, p. 69 y ss.

[2481] La referencia en Roxin, *Autoría*, p. 73; jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 30.

resulta inaceptable que a la persona que da muerte a un niño recién nacido ahogándolo en la bañera por solicitud y en interés de la madre, se le castigue solamente como cómplice del delito y no como autor. Del mismo modo, habría que concluir que la producción de la muerte por encargo de otro llevaría al ejecutor a responder solamente como cómplice del delito de homicidio[2482], lo cual resulta contrario al sentido común.

C. La teoría del dominio del hecho

La exposición hasta ahora llevada a cabo parece conducirnos a la conclusión de que ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva fundamentan convincentemente la autoría y la delimitan adecuadamente de la participación. Por esta razón, se ha intentado encontrar el criterio de determinación de la autoría en formulaciones que combinen satisfactoriamente ambos aspectos del hecho, siendo, sin duda, la llamada teoría del dominio del hecho la que mejor ha alcanzado ese objetivo[2483]. Esto explica la extendida aceptación de la que goza esta teoría en los escritos especializados y las líneas jurisprudenciales actuales.

El punto de partida de la teoría del dominio del hecho es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal[2484]. No toda contribución causal puede fundamentar autoría, sino en principio sólo la realización de una acción típica. ¿Pero qué es realización de una acción típica? Para la teoría del dominio del hecho la realización de la acción típica no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho, pues el hecho constituye una unidad objetivo-subjetiva. El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solamente podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho[2485]. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad, conocida por el agente, de poder decidir sobre la configuración del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito[2486].

[2482] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 466.

[2483] Así, ROXIN, *Autoría*, p. 84.

[2484] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2231.

[2485] En este sentido, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 99, señalaba que "*en los delitos dolosos autor solamente será el que es señor de la realización del tipo mediante conducción final del acontecer causal hacia el resultado típico*".

[2486] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 467.

En la actualidad el dominio del hecho es entendido como un concepto abierto que requiere de una labor de concreción[2487]. Posiblemente la formulación de la teoría del dominio del hecho más exitosa en términos de concreción sea la hecha por el profesor muniqués Claus ROXIN[2488]. Esta formulación no sólo ha gozado de la adhesión de buena parte de la doctrina penal[2489], sino que, en nuestro caso, la propia Corte Suprema se ha decantado por asumir esta teoría para explicar las distintas formas de autoría expresamente reguladas en el artículo 23 del CP[2490]. Así, en la Ejecutoria Suprema del 11/03/1999 (Exp. 5315-98-La Libertad), se señala expresamente que "*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*".

Conforme al planteamiento de ROXIN, el dominio del hecho debe concretarse en las tres formas de autoría: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. La autoría directa se sustenta en el dominio de la ejecución que tiene el autor, pues es él quien de propia mano realiza responsablemente todos los elementos del tipo penal. La realización del hecho por uno mismo de forma dolosa y libre constituye la manifestación más evidente de dominio sobre el hecho[2491]. Pero el dominio del hecho no se reduce solamente al dominio de su ejecución, en tanto hay otras formas de dominio que suscitan una consideración equivalente desde un punto de vista valorativo. Así, el dominio puede presentarse bajo la forma de un poder sobre la voluntad rectora del hecho, lo que tiene lugar en la llamada autoría mediata[2492]. En este caso, la voluntad del ejecutor del hecho se encuentra subordinada a la de un hombre de atrás, a quien se le considera como el señor del hecho[2493]. El dominio del hecho puede adquirir también un carácter funcional en el caso de una ejecución conjunta, dando lugar a lo que se conoce como coautoría[2494]. Se habla de un

---

[2487] Así, ROXIN, *Autoría*, p. 144.

[2488] Vid., el desarrollo de este planteamiento en ROXIN, *Autoría*, p. 149 y ss.

[2489] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 469; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2234; URQUIZO OLAECHEA, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 609.

[2490] Aunque HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2232, resaltan el carácter confuso de la exposición.

[2491] ROXIN, *Autoría*, p. 149.

[2492] ROXIN, *Autoría*, p. 164.

[2493] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 476.

[2494] Vid., ROXIN, *Autoría*, p. 307.

dominio funcional del hecho en la medida que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo[2495].

Pese al éxito de su propuesta, el propio ROXIN reconoce que no en todos los delitos la autoría se puede determinar con base en el criterio del dominio del hecho. Existe un grupo de delitos, a los que llama delitos de infracción de un deber, en el que la autoría no se sustenta en el criterio del dominio del hecho, sino en la infracción de un deber específico extrapenalmente configurado[2496]. En estos casos, autor del delito será el especialmente obligado por el tipo penal, con independencia de si su actuación en el hecho concreto tuvo lugar con un dominio del hecho o no. Así, el funcionario público será, por ejemplo, autor del delito de peculado tanto si se apropia directamente de los bienes (con dominio), como si no impide que otro se los apropie (sin dominio). Si el obligado especial tuvo el poder de configurar el hecho, no es algo que interese a efectos de determinar la autoría del delito, sino la infracción del deber (en el ejemplo planteado, el deber de custodia de los caudales públicos que están encargados al funcionario público).

D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho

En los últimos tiempos se ha comenzado a cuestionar la teoría del dominio del hecho como un criterio adecuado para determinar la autoría. Si por dominio del hecho se entiende la capacidad de poder decidir sobre el "si" y el "cómo" del delito, un análisis detenido de los aportes de los distintos intervinientes en el delito permite comprobar que todos tienen, de alguna manera, cierto dominio del hecho[2497]. Quizá el caso más patente sea el del cooperador necesario, quien realiza un aporte indispensable para la realización del delito. El carácter indispensable del aporte del cooperador necesario pone de manifiesto un grado importante de configuración del hecho delictivo, pese a lo cual no se le considera un autor, sino un cómplice. A partir del análisis de la entidad de los aportes en la configuración del hecho punible, JAKOBS concluye que todos los intervinientes en el delito

[2495] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 472.
[2496] Así, ROXIN, *Autoría*, p. 385.
[2497] Así, JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 179.

tienen cierto dominio del hecho, siendo la diferencia entre sus aportes de carácter meramente cuantitativo, es decir, de grado de dominio en la configuración del hecho[2498].

Para la determinación de la intervención delictiva, Jakobs deja de lado conceptos orientados fácticamente, para asumir un criterio normativo: La competencia por el hecho[2499]. Sin embargo, reconoce que la determinación de esta competencia jurídico-penal no asume los mismos contornos en todos los contactos sociales, sino que depende del tipo de rol infringido. Los roles atribuidos al sujeto responsable pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar se encuentra el rol general de ciudadano que le autoriza a organizarse libremente sin afectar a otras personas. La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio. La competencia por esta clase de delitos se sustenta en haber afectado a otra persona mediante una configuración prohibida de la propia esfera de organización[2500]. Si en esa organización participan de manera vinculante varias personas, todas serán competentes por el hecho conjuntamente realizado, es decir, por el delito de dominio.

Para distinguir entre autor y partícipe en los delitos de dominio, Jakobs no recurre a un criterio cualitativo. La única diferencia cualitativa se presenta respecto de aquellos que realizan un aporte penalmente irrelevante (prohibición de regreso) y los que actúan con una división vinculante del trabajo (actuar en conjunto)[2501]. Todos los que actúan en un contexto delictivo son competentes por el delito, siendo el autor simplemente un competente preferente por la mayor cantidad de dominio en la configuración del delito (criterio cuantitativo)[2502]. Esta configuración debe entenderse en un sentido normativo, no fáctico, por lo que puede ser que la ejecución fáctica del delito no necesariamente implique un mayor dominio del hecho, si es que el aporte esencial se encuentra en una etapa anterior (por ejemplo, el jefe de la banda que ha planeado hasta el último detalle y no participa en la ejecución del atraco)[2503]. En este sentido, la ejecución del delito propia del

---

[2498] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 235 y s.
[2499] Vid., Jakobs, en *El Sistema funcionalista*, p. 193; Jakobs, *RPDJP* 5, pp. 228, 240.
[2500] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 67 y s.
[2501] Vid., con mayor detalle, Jakobs, *RPDJP* 5, p. 235; El Mismo, en *El Sistema funcionalista*, p. 192; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 58.
[2502] Vid., con mayor detalle, Lesch, *Intervención delictiva*, p.73 y ss.
[2503] Así, Jakobs, *RPDJP* 5, p. 236.

autor debe ser configurado normativamente en función de la relevancia del aporte y no de la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. Desde estas consideraciones, autor será quien tenga una competencia preferente por el hecho, en la medida que configuró el delito con un dominio cuantitativamente mayor.

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales que surgen por una institución social elemental que vincula de una manera especial a una persona con otra (la relación paterno-filial en la institución "familia") o con una situación socialmente deseable (la recta Administración de Justicia de la institución "Estado")[2504]. Estas vinculaciones se manifiestan mediante relaciones de deber, cuya infracción da lugar a los llamados delitos de infracción de un deber[2505]. Competente por esta clase de delito solamente podrá serlo el que está vinculado institucionalmente por la posesión de un determinado estatus (padre o juez), cuya competencia no admite cuantificaciones[2506]. En este sentido, autor del delito de infracción de un deber será únicamente el institucionalmente obligado, con independencia de su poder de configuración sobre el hecho que ha dado lugar a la realización del delito[2507].

Pese a que el planteamiento de JAKOBS sobre la intervención delictiva no cuenta con el mismo nivel de aceptación del que dispone la propuesta de ROXIN, no hay duda que muchas de sus críticas a la teoría dominante del dominio del hecho resultan certeras. Por ello, lo menos que debe suceder es que se proceda a una revisión crítica del planteamiento dominante de la teoría jurídico-penal de la autoría. Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de JAKOBS es plenamente suscribible, aun cuando no goce de mayor aceptación en la jurisprudencia nacional, lo que, por otro parte, no la hace menos válida. En este sentido, la exposición que sigue sobre la autoría y la participación va a corresponderse, en líneas generales, con la propuesta del Profesor Emérito de la Universidad de Bonn, con la esperanza de que poco a poco sus planteamientos adquieran un mayor reconocimiento jurisprudencial.

[2504] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 193.
[2505] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 2.
[2506] Así, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 39.
[2507] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 193.

2. La autoría en los delitos de dominio

Un delito de dominio puede ser realizado por un hecho en el que han intervenido varias personas. En este caso, la creación del riesgo prohibido y, si se trata de un delito de resultado, su realización en el resultado, tienen lugar gracias al aporte de diversas personas. Debe quedar claro que no se trata de una simple aportación causal al hecho o del incumplimiento de una posibilidad fáctica de impedir el resultado[2508], sino que la competencia conjunta por el delito de dominio solamente se podrá sustentar si el aporte de cada interviniente ha tenido lugar en un contexto social delictivo, es decir, que su significación social posee el sentido de haber configurado alguno de los aspectos del hecho concreto que le dan a éste relevancia delictiva. El aporte que no se realiza en tal contexto social, no tendrá un carácter vinculante respecto del hecho delictivo[2509], por lo que el autor de dicho aporte no podrá ser considerado un interviniente en sentido jurídico-penal.

Dentro de los intervinientes en el hecho, los autores son aquéllos cuya competencia por el hecho resulta preferente[2510]. La razón de esta preferencia no se sustenta en un aspecto cualitativo de su aportación, sino en un criterio meramente cuantitativo. El autor del delito tiene una competencia preferente en el hecho debido a que su posición de mayor dominio hace que haya configurado lo característico del delito de dominio concretamente realizado. Esta situación de mayor dominio cuantitativo del hecho penalmente relevante se puede apreciar en las tres formas de autoría reconocidas en el artículo 23 del CP. Veamos las particularidades de cada una de estas formas de autoría.

A. La autoría directa

La autoría directa es la forma de autoría que tiene lugar por la ejecución del hecho delictivo. Dada la cercanía de la ejecución con la consumación del delito, parece ser que esta forma de autoría necesitaría solamente que el sujeto que ejecuta el hecho sea penalmente responsable[2511]. No obs-

---

[2508] Así, claramente, Jakobs, *RPDJP* 5, p. 227.

[2509] Vid., en este sentido, Jakobs, *GA*, 1996, p. 253 y ss.

[2510] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 3, nota 1a. En la discusión nacional, del mismo parecer, Vilcherrez Ato, *Gaceta Penal & procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 62.

[2511] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 469.

tante, la propuesta normativa asumida no se vincula a consideraciones empíricas como podría ser la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. La creación de un riesgo penalmente prohibido por un sujeto responsable no autoriza, sin más, a asumir una autoría directa, sino que es necesario que ese sujeto sea competente preferente por la creación de dicho riesgo y, dado el caso, por su realización en el resultado.

En primer lugar, puede ser que el sujeto responsable no sea competente por el riesgo creado por su acción, sino otra persona que ha asumido el dominio de ese riesgo. Se trata de un caso de división restringida del trabajo, en donde el que aporta algo lo hace de forma fija sin tener que ocuparse de lo provechoso que resulte su inclusión en una obra global[2512]. Así, por ejemplo, el trabajador de la fábrica que levanta las compuertas para verter los residuos tóxicos al río, no será autor del delito de contaminación medioambiental, sino el encargado de la empresa de llevar a cabo ese control, que le ordena al trabajador subir las compuertas que dan al río. Aun cuando el trabajador sea un sujeto imputable y conozca la aptitud lesiva de los residuos que envía al río, la competencia por el dominio de ese riesgo prohibido no recae sobre él, sino directamente sobre el jefe de la planta. En consecuencia, no hay intervención delictiva del ejecutor y menos, por lo tanto, una autoría directa.

Pero aun asumiendo una competencia por organización del ejecutante, su aportación al hecho no necesariamente lo convierte en autor. Para determinar si el ejecutor directo de la conducta típica es autor del delito es necesario cuantificar su competencia en función del dominio del riesgo prohibido. En este sentido, puede ser que las aportaciones en una etapa anterior a la ejecución resulten determinantes del hecho, de manera que habría que buscar la autoría en esa fase del delito. Así, por ejemplo, puede ser que, en el caso del servicio secreto de un Estado, el dominio del espía que ejecuta un delito sea cuantitativamente inferior al de los miembros que están en la cúpula de la organización y que únicamente ordenaron la ejecución del delito. En casos como éstos, resultaría plenamente posible, en un plano normativo, imputar el delito cometido a los dirigentes en calidad de autor y a los ejecutores en calidad de cómplices[2513].

[2512] JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 226.

[2513] Vid., en este sentido, JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 235 y ss.; EL MISMO, en *El Sistema funcionalista*, p. 183.

En atención a las consideraciones hechas, puede ensayarse la siguiente interpretación del artículo 23 del CP. Cuando se establece que hay que sancionar con la pena prevista en el tipo penal al que "*realiza por sí el hecho punible*", esta disposición requiere no sólo que el ejecutante haya realizado responsablemente el delito, sino que se le pueda imputar penalmente la configuración del delito en un grado relevante, de manera que pueda afirmarse tanto su competencia por el hecho, como una competencia preferente respecto del resto de intervinientes.

B. La autoría mediata

a. Fundamento

El artículo 23 del CP regula la figura de la autoría mediata, la cual tiene lugar cuando quien realiza el tipo penal se sirve, para la ejecución de la acción típica, de otra persona. Así como el autor puede utilizar ciertos instrumentos mecánicos para la realización del delito, puede también valerse, en algunos casos, de ciertos sujetos[2514]. No obstante, no se trata de utilizarlos como objetos (empujar a un sujeto sobre una vitrina), pues en esos casos se estará ante una autoría directa en el que se utiliza la corporeidad de una persona como objeto[2515]. Una autoría mediata se presenta cuando se utiliza el comportamiento de otra persona penalmente irresponsable para realizar un hecho delictivo.

Para fundamentar la imputación penal a título de autor del hombre de atrás, la teoría del dominio del hecho recurre al llamado dominio sobre la voluntad. Se dice concretamente que el autor mediato domina la voluntad rectora que lleva a la ejecución del delito por parte del sujeto penalmente irresponsable[2516]. Precisamente al carecer el ejecutor de responsabilidad penal, la voluntad criminal resulta dirigida por el hombre de atrás, quien al dominar este aspecto del delito debe responder como autor mediato. Por el contrario, en una comprensión normativa de la autoría mediata, el fundamento de esta forma de autoría no podría encontrarse en un aspecto subjetivo del hecho como la voluntad. El fundamento por el cual el hombre

---

[2514] Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 62.

[2515] Así, correctamente, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 62; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2245; Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 476.

[2516] Vid., Roxin, *Autoría*, p. 164.

de atrás responde como autor se debe a su competencia normativamente configurada por lo realizado por el ejecutor. Esta competencia se alcanza cuando el hombre de atrás impide que el ejecutor inmediato pueda evitar la realización del delito[2517]. El hombre de atrás no sólo es competente por el hecho ejecutado por otro, sino que además lo es en un grado tal que configura lo propio del delito, debiendo responder como autor.

La opinión dominante entiende que, en algunos casos, puede presentarse una autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable[2518], a lo que no se opone el tenor de la regulación legal de la autoría mediata, pues no exige que el intermediario sea penalmente irresponsable, sino que el autor mediato *realice "por medio de otro el hecho punible"*. Sin embargo, esta apertura del tenor legal no hace obligatoria la consecuencia de que el ejecutor pueda ser también responsable. En mi opinión, si se quiere establecer fronteras claras entre la autoría mediata y la inducción, debe recurrirse necesariamente al criterio de la responsabilidad penal del ejecutor como criterio de distinción. Un autor mediato sólo cabe encontrarlo en el caso de un ejecutor penalmente irresponsable y de una competencia del hombre de atrás por el déficit del segundo[2519]. Si, por el contrario, el ejecutor es penalmente responsable (aunque se trate de una responsabilidad culposa o atenuada), el hombre de atrás pierde el control absoluto del hecho y, por lo tanto, la competencia primaria. Admitir una responsabilidad penal concurrente de un autor doloso mediato con un autor culposo directo, presentaría además serios problemas para determinar el comienzo de la tentativa, pues tendría que admitirse finalmente dos comienzos de la tentativa distintos[2520].

La posición que aquí se sostiene de limitar la autoría mediata a los casos de instrumentos irresponsables, posiblemente obligue a hacer algunos reajustes a la dogmática penal tradicional, como admitir una instigación en delitos culposos, una actuación conjunta con dolo y culpa, o la figura de

---

[2517] Similarmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 63.

[2518] En la doctrina nacional existen diversos pronunciamientos expresos sobre la posibilidad de una responsabilidad penal del instrumento o intermediario. Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2249; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 474, para los casos de ejecutor con culpa consciente; REVILLA LLAZA, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 881.

[2519] De una orientación similar, JAKOBS, *GA* 1996, p. 267 y s.; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Perú), p.617 y s.

[2520] Así, JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 191.

los delitos de infracción de un deber para hacer responsable, como autor, al *intraneus* que convence al *extraneus* de realizar el delito especial. Pero, en lo que alcanzo, no tener clara la frontera entre autoría mediata e inducción (o instigación) lleva a generar cierta indeterminación en el tratamiento de la intervención delictiva. Por eso, se debe partir de la idea clara de que en la autoría mediata el suceso se manifiesta como obra del hombre de atrás, lo que sólo puede afirmarse si la persona que ejecuta el delito lo hace de manera penalmente irresponsable. No es posible relajar este presupuesto mínimo de la autoría mediata.

b. Clases

En la doctrina penal se suelen exponer las formas de autoría mediata en función de la causa que genera la irresponsabilidad del ejecutor. En este sentido, se habla de autoría mediata cuando el ejecutor actúa atípicamente, cuando el ejecutor actúa justificadamente o cuando el ejecutor actúa sin culpabilidad[2521]. Sin negar la posibilidad de sistematizar así los supuestos de autoría mediata, resulta mucho más útil ordenarlos en función de la forma en la que surge la competencia del hombre de atrás que permite imputarle el delito a título de autor mediato.

b.1) Competencia primaria por el comportamiento

La autoría mediata tiene lugar primeramente cuando alguien lleva a cabo una aportación específica a un instrumento que le lleva a ejecutar una determinada conducta lesiva[2522]. Se trata de un caso de autoría directa disfrazada, pues la competencia no recae directamente sobre el instrumento que ejecuta fácticamente el delito, sino sobre quien ha contribuido a dicha ejecución[2523]. Para que la contribución a la ejecución del instrumento pueda sustentar la competencia por el delito, es necesario que dicha contribución al sujeto irresponsable vaya más allá de lo socialmente adecuado[2524]. Así, por ejemplo, será autor mediato de lesiones el que azuza a un ebrio a agredir a otra persona o el coleccionista de armas que muestra un arma al visitante que, suponiendo que está descargada, se dispara en la mano.

[2521] Así, por ejemplo, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 473 y ss.
[2522] Vid., Jakobs, en *El Sistema funcionalista*, p. 185.
[2523] Vid., Jakobs, en *El Sistema funcionalista*, p. 184.
[2524] Vid., Jakobs, en *El Sistema funcionalista*, p. 185; El Mismo, *La autoría mediata*, p. 17.

b.2) Competencia por la condición de instrumento

La competencia del hombre de atrás como autor mediato puede sustentarse también en haber organizado la condición de instrumento del ejecutor[2525]. No basta una mera causación de la condición de instrumento, sino que es necesario que la colocación en la situación de instrumento sea consecuencia de un riesgo no permitido atribuido al hombre de atrás. La condición de instrumento puede producirse por varias razones: por error, por una situación de justificación o por una situación de exculpación.

En el caso del error, el hombre de atrás responderá como autor mediato si genera la situación de error o si no revoca una situación de error existente estando obligado a hacerlo. Ejemplo del primer supuesto sería el caso la persona que mete en la maleta de un viajero objetos que deben ser declarados como mercancía afecta a tributos aduaneros (autor mediato del delito de contrabando). Ejemplo del segundo supuesto sería el médico que ordena a la enfermera suministrar cierta medicación al paciente, constándole que en el lugar de dicha medicación hay otra sustancia letal (autor mediato del homicidio). El error del ejecutor que permite fundamentar una autoría mediata del hombre de atrás no se reduce al error sobre algunos de los elementos típicos del delito que excluye el dolo, sino que también abarca el desconocimiento del carácter de autolesión de la conducta[2526]. Por lo tanto, será autor mediato del delito de lesiones el que, mediante engaño, hace que una persona se autolesione (por ejemplo, pidiéndole que recoja un cable de alta tensión que el ejecutor no sabe que está indebidamente aislado).

Tal como se ha dicho de manera general, no cabe una autoría mediata del hombre de atrás si la situación de error es evitable, pues hay un componente de responsabilidad que impide que la competencia preferente por el hecho pase al hombre de atrás[2527]. Lo que podrá existir es una determinación al hombre de adelante a cometer un delito culposo o imprudente (inducción), pero no una autoría mediata dolosa del hombre de atrás por el delito imprudente del hombre de adelante. Por otro lado, debe indicarse que no todo engaño del hombre de atrás sobre el ejecutor configura autoría

---

[2525] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 186 y s.
[2526] Así, JAKOBS, *La autoría mediata*, p. 28 y s.
[2527] De otro parecer, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 74.

mediata por ausencia del tipo subjetivo. El engaño que no afecta el dolo del autor, mantendrá la responsabilidad del ejecutor como autor del delito, asumiendo el hombre de atrás, en todo caso, el papel de instigador. Así, por ejemplo, no existirá una autoría mediata cuando el engaño recae sobre el valor del objeto robado o dañado o cuando se refiera a la identidad sobre la persona a matar o lesionar[2528].

La competencia del autor mediato por la condición de instrumento del ejecutor puede producirse también por la creación de una situación justificada de afectación de bienes jurídicos en la que el ejecutor del hecho lesivo actúa. En estos casos, la situación de justificación no es fruto del azar, sino que ha sido organizada por una persona, la que debe asumir la competencia por el desenvolvimiento de los hechos[2529]. La situación creada puede ser de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, cargo u oficio, cumplimiento de un deber, etc. Así, por ejemplo, responderá como autor mediato de secuestro el que mediante una acusación falsa de delito flagrante hace que el funcionario policial, que actúa de buena fe, proceda a una detención. De la misma manera, responderá el que envía a un demente a agredir a otro, para que éste se defienda con daño para el incapaz.

La autoría mediata por colocar al ejecutor en situación de falta de culpabilidad incluye diversos supuestos. En primer lugar, podría mencionarse la generación de una situación de inimputabilidad, como sería el caso de embriagar al ejecutor para que realice un delito. En segundo lugar, la autoría mediata por un ejecutor no culpable puede tener lugar cuando se coloca al ejecutor en situación de inexigibilidad de otra conducta, como sería el caso, por ejemplo, de un estado de necesidad exculpante. Así, será autor mediato del delito de homicidio el novio que, mediante amenazas contra la vida, obliga a otro a disparar sobre la novia de la que está harto. Por último está el caso en el que se coloca al ejecutor en situación de error de prohibición invencible. Por ejemplo, será autor mediato de delito contra la intimidad el abogado que le informa documentadamente al periodista que la información reservada que tiene sobre aspectos de la intimidad personal de la víctima, pueden ser divulgados lícitamente por ser temas de interés público. Por el contrario, si el error es

---

[2528] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2250.
[2529] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 81.

vencible, habrá, en todo caso, una inducción sobre un sujeto responsable, pero no una autoría mediata[2530].

b.3) Competencia independiente de la conducta

Existen supuestos en los que la competencia como autor mediato se sustenta en la sola posibilidad fáctica de facilitar la realización del hecho por parte del instrumento. Tal como ya lo indicamos, la competencia por una contribución específica al instrumento requiere que dicha contribución vaya más allá de lo socialmente adecuado. Sin embargo, existen casos en los que no es posible ni siquiera un aporte en principio adecuado, pues se trata de personas inimputables cuya integración social solamente es posible si todos tienen en cuenta esa situación de inferioridad[2531]. En este sentido, por ejemplo, será autor mediato de un delito de peligro común quien da fósforos a un niño que provoca un incendio[2532].

b.4) Un caso especial: ¿Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder?

La autoría mediata se ha planteado respecto de la actuación de ejecutores que no son penalmente responsables por atipicidad, por justificación de su conducta o por su falta de culpabilidad. Por el contrario, si el ejecutor es penalmente responsable, la responsabilidad penal del hombre de atrás que influye sobre el ejecutor sólo podrá ser a título de inducción. No obstante, la teoría de los aparatos organizados de poder de ROXIN ha dado lugar a una excepción a esta regla general, pues en estos casos el que da la orden de ejecutar un delito resulta penalmente responsable como autor, aun cuando el ejecutor también lo sea sin ninguna situación de inferioridad[2533]. La autoría mediata se fundamentaría aquí en el dominio que tendría la cúpula dirigencial sobre la ejecución de los delitos por los subordinados, los cuales podrían ser intercambiados en caso se nieguen al cumplimiento de la orden. Para poder afirmar el dominio propio del autor mediato en estos casos serían necesarias tres condiciones: La existencia de un aparato organizado de poder al mar-

---

[2530] De otro parecer JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 190 y s., con los supuestos que denomina condición parcial de instrumento.

[2531] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 188 y s.

[2532] Así, el ejemplo puesto por JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 188.

[2533] Con, con mayores referencias, ROXIN, *Autoría*, p. 267 y ss.

gen del Derecho, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores[2534].

La teoría de los aparatos organizados de poder se formuló a partir del caso Eichmann, funcionario nazi de asuntos judíos capturado en la Argentina y juzgado en Jerusalén por las innumerables muertes de judíos durante la segunda guerra mundial. Aun cuando fueron los soldados alemanes los que exterminaron responsablemente a los judíos, la responsabilidad penal de Eichmann no sería a título de inductor, sino de autor mediato por el dominio a través del aparato de poder que constituía el régimen nacionalsocialista[2535]. Esta teoría ha encontrado con posterioridad repetida aplicación jurisprudencial, tal como lo demuestra la imputación de responsabilidad penal a los mandos militares argentinos por las desapariciones durante la dictadura militar en la década de los setenta, la imputación penal a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana por las ejecuciones de los francotiradores del muro del Berlín y la reciente imputación penal al ex Presidente Alberto Fujimori por los casos de Barrios Altos y la Cantuta[2536].

Pese a la utilidad jurisprudencial de la teoría de los aparatos organizados de poder, esta formulación artificiosa no parece ser en el fondo necesaria para imputar responsabilidad penal como autor a los miembros con capacidad de decisión en un aparato de poder[2537]. En la medida que estos miembros de la organización aportan la decisión y los ejecutores la ejecución no tendría que haber problemas para sustentar una coautoría[2538]. Sin embargo, la exigencia de una contribución esencial en la ejecución del hecho para fundamentar la coautoría, entre otros aspectos, impediría optar por esta construcción de la autoría en aparatos de poder[2539]. Esta objeción tendría pleno sentido en una teoría de la autoría de base naturalista que considera esencial para la autoría la intervención en la ejecución del delito. Sin embargo, en una teoría normativa que sustenta la imputación en el

---

[2534] Vid., el desarrollo del contenido de los presupuestos para una autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, Roxin, *La teoría del delito*, p. 513 y ss.

[2535] Vid., Roxin, *Autoría*, p. 271 y ss.

[2536] Vid., al respecto, con mayores referencias, García Cavero, en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, p. 189 y ss.

[2537] De otro parecer, Meini Méndez, *El dominio de la organización*, p. 11 y ss.; Pariona Arana, *Autoría mediata por organización*, p. 21, con diferentes orientaciones.

[2538] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 103.

[2539] Así, Roxin, *La teoría del delito*, p. 519 y s.

sentido social del hecho, la participación en la ejecución del hecho no es esencial para la fundamentación de la coautoría. En este sentido, no apreciamos ninguna razón de fondo para negar la posibilidad de sustentar una imputación en grado de (co)autor a quien se encarga de decidir sobre la realización de un delito ejecutado por un sujeto también responsable[2540].

c. Límites

La posibilidad de sustentar una autoría (mediata) en el hombre de atrás no autoriza, sin embargo, a imputarle todo lo que ha realizado el ejecutor. Existen determinados límites a esta forma de imputación. En primer lugar, existen delitos en los que estructuralmente no cabe una autoría mediata, como sería el caso de los delitos de propia mano[2541]. Así, por ejemplo, no cabrá un delito de bigamia en autoría mediata. Si esta restricción alcanza a todos los delitos especiales, es más discutible, pues en el caso de delitos especiales que están estructurados como delitos de domino no habría objeción dogmática alguna para imputar la autoría también a un no cualificado que domina como autor el hecho. Sin embargo, la limitación de la cláusula del actuar en lugar de otro a la actuación en lugar de las personas jurídicas, establece un serio obstáculo de legalidad para extender la imputación como autor a sujetos no cualificados en delitos especiales de dominio[2542].

Por otra parte, al autor mediato no se le podrán imputar los excesos que el ejecutor pudiese cometer, como sería el caso en el que se utiliza a un menor de edad para matar a una persona y este menor procede, por propia iniciativa, a causar la muerte con gran crueldad[2543]. Por lo demás, en el momento en el que el ejecutor comienza a actuar responsablemente, reasume la competencia penal por el hecho, limitando la competencia del hombre de atrás a la actuación no responsable. Así, por ejemplo, si el cartero se da cuenta que el paquete que lleva contiene una bomba y se lo entrega a su enemigo, el hombre que envió la bomba no responderá más como autor mediato de la muerte producida por la explosión, sino, en todo caso, como autor mediato en grado de tentativa de la muerte planificada, pero no materializada conforme a su planificación.

[2540] Así, JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 189.
[2541] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L14/78.
[2542] Así, GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, p. 117 y s.
[2543] Vid., Ejecutoria Suprema R.N. N° 3840-Ayacucho, de 9 de octubre de 1997.

d. La tentativa en la autoría mediata

Un aspecto discutible en la autoría mediata es cuándo se da inicio al delito y, por lo tanto, desde cuándo puede responder por tentativa el autor mediato. Roxin diferencia dos supuestos: Si el autor mediato pierde el dominio de la acción y deja el resto a la conducta del instrumento aquí empezará la tentativa. Pero si continúa con el dominio, la tentativa comenzará cuando el instrumento empiece a actuar. Así, en el caso de una sopa que es envenenada por la esposa, el inicio de la tentativa cambia si ella se va o espera a que el marido la tome[2544]. En el primer caso la tentativa empezará cuando deje la sopa para que el marido la tome cuando quiera. En el segundo supuesto, cuando efectivamente se la sirva.

Mir Puig ha criticado el criterio utilizado por Roxin para determinar el inicio de la tentativa por ser en cierta forma arbitrario, pues beneficia al autor mediato que trata de cerciorarse de la realización del resultado con una tentativa que comienza después[2545]. Por esta razón, debe buscarse un criterio único aunque cambie de caso en caso. En este orden de ideas, consideramos que la tentativa empieza cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el ejecutor (darle la sopa, dejarla servida, etc.). Al terminar de realizar esta incidencia sobre el ejecutor, tendrá lugar ya una tentativa acabada[2546].

C. La coautoría

a. Fundamento y elementos

La coautoría tiene lugar cuando varias personas cometen un delito en común. El artículo 23 del CP habla de "*cometer conjuntamente*" el hecho punible. Como puede verse, se trata de una forma de autoría que se caracteriza por la división del trabajo en la realización del delito[2547], lo que no sólo lo posibilita de forma más óptima, sino que reduce el riesgo de su evitación. A cada uno de los coautores se le considera autor del delito y, por lo tanto, la pena aplicable será la prevista en el tipo penal correspondiente.

[2544] Vid., Roxin, *JuS* 1979, p. 9; El Mismo, *La teoría del delito*, p. 407 y ss. Sigue este planteamiento Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 899.

[2545] Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L14/74 y ss.

[2546] En el mismo sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 105.

[2547] Resaltan la división del trabajo en la coautoría, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 40; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 481.

El fundamento para considerar a la coautoría una forma de autoría se ha intentado explicar, al igual que la autoría mediata, con la teoría del dominio del hecho, afirmando la existencia de un dominio del hecho al que se califica de funcional[2548]. Se dice concretamente que esta forma de dominio tiene lugar cuando los intervinientes toman la decisión común de realizar el delito y cada uno realiza un aporte esencial en el estadio de ejecución. Si se dan estas dos condiciones, cada uno de los intervinientes habrá tenido en sus manos el destino del hecho total, por lo que podrá afirmarse una situación de coautoría[2549]. Sobre la base de esta idea se afirma que en la coautoría no rige el principio de accesoriedad de la participación, sino el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones[2550].

La Corte Suprema de la República ha asumido en diversas ejecutorias la idea de la coautoría como dominio funcional. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 11/03/1999 (Exp. 5315-98-La Libertad) señala textualmente que: "*la coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución del delito obren con un dominio funcional*". De esta forma de dominio la propia jurisprudencia nacional ha derivado, siguiendo la propuesta de ROXIN, los tres elementos constitutivos de la coautoría. Así, la Ejecutoria Suprema del 18/10/2000 (Exp. 3005-2000 Lima) establece textualmente lo siguiente: "*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*"[2551].

Respecto del *acuerdo común* se ha dicho que mediante este elemento de la coautoría cada uno de los intervinientes asume una parte necesaria del plan general de cometer un delito, lo que permite la imputación recíproca del hecho[2552]. No basta un consentimiento unilateral[2553], sino que todos deben actuar en una cooperación voluntaria y consciente. No obstante, se ha aceptado la posibilidad de que haya un acuerdo común tácita-

---

[2548] Así, ROXIN, *Autoría*, p. 306 y ss.
[2549] Vid., ROXIN, *Autoría*, p. 307.
[2550] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/2.
[2551] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2293, con amplias referencias jurisprudenciales.
[2552] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/15. Críticamente, VAN WEEZEL, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 292 y ss.
[2553] Así, ROXIN, *Autoría*, p. 314 y s.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/17.

mente contraído[2554] (por ejemplo, dos hinchas de un equipo de fútbol se encuentran con un hincha del equipo contrario y comienzan a agredirlo conjuntamente). El acuerdo puede darse en diversos momentos del hecho: Antes de la ejecución del delito, como sería el caso de la conspiración, o durante la realización del hecho hasta su terminación, lo que daría lugar a una coautoría sucesiva[2555]. Con posterioridad al hecho no es posible una especie de adhesión posterior, pues no habría dominio en la co-configuración del hecho. Si dos o más sujetos realizan un hecho común sin un acuerdo previo que los vincule, concurrirá una autoría independiente, pero no una coautoría. El requisito del acuerdo común excluye, por otra parte, la imputación recíproca de los excesos, los cuales serían atribuibles sólo al sujeto que se excede (ejemplo, matar al vigilante en el atraco cuando el acuerdo era sólo lesionarlo)[2556].

Para la teoría del dominio del hecho, la coautoría no se queda solamente en la exigencia del elemento subjetivo del acuerdo común de cometer un delito, sino que resulta imprescindible la *ejecución de dicho acuerdo*. No obstante, no basta cualquier intervención en la realización del hecho, sino que resulta necesario que esa intervención reúna un requisito de cualidad (aporte indispensable para la realización del plan de acuerdo a la valoración judicial de las circunstancias) y otro de temporalidad (en la ejecución)[2557]. En consecuencia, si el aporte no es indispensable aunque se haga en la etapa de ejecución o si se hace en la fase de preparación aunque sea indispensable[2558], no podrá dar lugar a una coautoría, sino, a lo más, a una participación en el delito. La imputación recíproca a cada coautor de todas las contribuciones al hecho global solamente podrá hacerse si el aporte indispensable tiene lugar en el momento de la ejecución del delito.

El cuestionamiento general que se ha hecho aquí a la idea del dominio del hecho, nos lleva a asumir una teoría distinta de la autoría en atención al criterio de la competencia por el hecho. En este lugar no se va a reproducir la crítica a la teoría del dominio del hecho, sino, más bien, a precisar cómo

---

[2554] Vid., Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L15/16; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2274; Pérez Alonso, *La coautoría*, p. 286.

[2555] Vid., Pérez Alonso, *La coautoría*, p. 286.

[2556] Vid., Roxin, *Autoría*, p. 315; Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L15/20; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 485.

[2557] Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 473.

[2558] Roxin, *Autoría*, p. 323.

se determina la competencia del coautor de un delito. El planteamiento del dominio del hecho propuesto por ROXIN apunta a trasladar el paradigma del autor solitario al ámbito del actuar en conjunto, en la medida que cada coautor, por el dominio de su parte, domina el hecho total[2559]. Por ello, en esta teoría es fundamental la imputación recíproca de todos los aportes esenciales, pues, de no ser así, no sería posible afirmar el dominio del hecho total en cada coautor. En nuestra opinión, la coautoría es tan originaria como la autoría en solitario, de manera tal que no se trata de reproducir el paradigma de ésta en aquélla[2560]. En la coautoría no se trata de imputar a cada coautor el hecho total, sino de determinar una competencia común por el hecho total[2561]. La cuestión a decidir es si para afirmar esta competencia común es necesario el acuerdo común o los requisitos exigidos en la ejecución del hecho.

La competencia conjunta por el delito se produce cuando varias personas han contribuido culpablemente a su realización mediante aportes prohibidos. En este nivel cualitativo no se diferencian los autores de los partícipes[2562]. Para que la competencia por el hecho pueda alcanzar el grado de autoría es necesario que la medida cuantitativa de dominio permita considerar socialmente que se ha configurado lo característico del delito, mientras que en el caso de los partícipes solamente alcanza para considerarlo una facilitación del delito[2563]. En la coautoría no se facilita el delito, sino que se comete conjuntamente. Para ello no es necesario ni un acuerdo común entre los coautores, ni una intervención en el momento ejecutivo del hecho[2564]. Solamente se requiere una repartición objetiva del trabajo[2565], en donde los aportes de los coautores configuran conjuntamente, con base en esquemas sociales de interpretación, la realización de la conducta delictiva.

[2559] Así, VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, (Colombia) II, p. 292.
[2560] Así, claramente WELZEL, *Estudios*, p. 98.
[2561] LESCH, *Intervención delictiva*, p. 51.
[2562] Vid. JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 235.
[2563] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 179.
[2564] Así, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 89 y ss.
[2565] LESCH, *Intervención delictiva*, p. 98 y ss. En la doctrina penal nacional, CORCINO BARRUETA, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 397, sigue esta línea normativa en la coautoría, pero agrega innecesariamente que, además del reparto vinculante del trabajo, tenga lugar "un acuerdo de carácter objetivo sobre el hecho, sobre la infracción de la norma".

b. La tentativa en la coautoría

La caracterización de la coautoría como un supuesto de infracción conjunta de la norma permite asumir la tesis de la solución conjunta en la determinación del comienzo de la tentativa. En este sentido, existe una tentativa en caso de actuación conjunta cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un solo interviniente, llegaría al estadio de la tentativa[2566]. Por lo tanto, la competencia conjunta no depende del momento en que cada interviniente realiza su prestación, sino del momento en que se produce la infracción conjunta de la norma penal[2567].

3. La autoría en los delitos de infracción de un deber

En los delitos de infracción de un deber la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico, lo incumple. A diferencia de los delitos de dominio, lo que origina la competencia del autor en un delito de infracción de un deber no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica[2568]. En este punto resulta conveniente dejar claramente establecido que la categoría de los delitos de infracción de un deber, como se vio en la lección sobre la acción, es un criterio de imputación jurídico-penal que contrasta con el criterio de las competencias por organización de los llamados delitos de dominio. Por lo tanto, no es una institución específica que repercute únicamente en el capítulo de la intervención delictiva, sino que es, en general, una forma de estructurar la imputación penal sobre la base de ciertas condiciones materiales[2569].

En la medida que el incumplimiento de los deberes institucionales no admiten graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes en los delitos de infracción de un deber[2570]. En este sentido, por ejemplo, será autor de parricidio el padre tanto si acuchilla directamente al hijo, como si le entrega

---

[2566] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 61; VAN WEEZEL, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 307; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 489.

[2567] Vid., VAN WEEZEL, en *LH-Jakobs* (Colombia), II, p. 308.

[2568] Vid., JAKOBS, en *El Sistema funcionalista*, p. 193.

[2569] Del mismo parecer, CARO JOHN, *Normativismo*, p. 76. De otro parecer, PARIONA ARANA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 71.

[2570] Así, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 70.

el cuchillo al asesino[2571]. El *quantum* organizativo del hecho no interesa a afectos de determinar la autoría, solamente es relevante el incumplimiento de un deber especial impuesto al poseedor de un estatus institucional[2572]. Desde estas consideraciones, tampoco cabrá una configuración conjunta del hecho incluso entre vinculados institucionalmente (coautoría), sino que cada uno responderá por su propia infracción del deber institucional[2573].

III. La participación

La palabra participación suele entenderse en dos sentidos distintos. Por un lado, se utiliza en un sentido amplio, de manera que incluye toda forma de intervención en el delito (así, por ejemplo, en el artículo 19 del CP). Por otro lado, se la interpreta en un sentido estricto, en el que sólo se incluye los actos de participación secundaria en un hecho delictivo y se contrapone, por tanto, a la autoría[2574]. En nuestra exposición hemos decidido utilizar el término intervención para la primera acepción[2575], reservado la segunda a lo que se ha venido a llamar participación en sentido estricto. En lo que sigue se va a abordar precisamente este segundo grupo de intervinientes en el delito.

Si bien el partícipe responde penalmente al igual que el autor, tiene, respecto del autor, un papel secundario en la realización del delito. A partir de esta idea, resulta lógico que no pueda admitirse una participación sin autoría, del mismo modo que, en determinados casos, se justifique un marco penal atenuado para el partícipe respecto del marco penal previsto para el autor. No obstante, ambas consecuencias derivadas de admitir el carácter secundario de la participación presuponen el hecho de que la

---

[2571] Vid., SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 43 y s.

[2572] Vid., CARO JOHN, *Normativismo*, p. 74.

[2573] Vid., SALAZAR SÁNCHEZ, en *Dogmática actual*, Salazar Sánchez (coord.), p. 573 y ss.; CARO JOHN, *Normativismo*, p. 86 y s.; VILCHERREZ ATO, *Gaceta Penal & procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 66.

[2574] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 492; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 485.

[2575] Diversos autores nacionales utilizan también la expresión de "intervención delictiva" como es el caso de MEINI MÉNDEZ, *Imputación y responsabilidad penal*. p. 181 y ss.; CARO JOHN, en *Estudios de Derecho penal*, LH-García Rada, Armaza (coord.), p. 85 y ss.; REAÑO PESCHIERA, en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, p. 191 y ss.; GUILLERMO BRINGAS, *Revista Jurídica*, 1998, Colegio de Abogados de La Libertad, p. 204 y ss., REVILLA LLAZA, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 871.

participación resulta punible. Por lo tanto, antes de entrar en las particularidades de la participación, resulta conveniente que precisemos el fundamento general de su castigo. Esta precisión permitirá no sólo definir adecuadamente cómo se configura el injusto en la participación, sino dotar de un contenido coherente a las formas de participación reconocidas en nuestra legislación penal.

1. Fundamento

A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad

Conforme a la teoría de la corrupción, el partícipe es castigado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo. De alguna manera, esta teoría parte de la idea de que el partícipe hace al autor culpable del hecho[2576]. La teoría de la corrupción fue abandonada en Alemania cuando legalmente se consideró que, para castigar al partícipe, bastaba que el autor realice un hecho antijurídico, lo cual sucedió concretamente con la reforma de 1943[2577]. Si bien el Código Penal Peruano no tiene la misma precisión conceptual que su homólogo alemán, algunos autores consideran que el término "hecho punible", utilizado en el texto punitivo peruano, no debe interpretarse como delito, sino como conducta antijurídica[2578], de manera tal que asumiría la misma orientación que la legislación penal alemana.

En nuestra opinión, parece una interpretación un tanto forzada interpretar el término "hecho punible" solamente como hecho antijurídico, pues un hecho mientras no sea culpable no será punible. El hecho antijurídico estará, en todo caso, sujeto a medidas de seguridad (de darse la peligrosidad criminal requerida), pero no a una pena en sentido estricto. Por esta razón, no consideramos que, en nuestro caso, sea el propio Código penal el que rechace expresamente una teoría de la corrupción con una accesoriedad extrema para el castigo de la participación. La teoría de la corrupción debe rechazarse por fundamentar el castigo del partícipe en la corrupción personal del autor, olvidando que la participación, por

---

[2576] Vid., Mayer, H., *Strafrecht*, AT, § 49, II, 1 b, a´.
[2577] Vid., Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L15/29.
[2578] Así, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 499; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2304.

definición, requiere necesariamente una intervención en el hecho realizado por el autor. Si se considera reprochable corromper a las personas, entonces habría que tipificar los actos de corrupción, en general, como un delito autónomo[2579], lo cual sucede solamente con los menores y los funcionarios públicos.

B. Teoría de la pura causación

Conforme a la teoría de la causación, el partícipe es sancionado por causar o favorecer la lesión de un bien jurídico por parte del autor[2580]. No es el injusto del autor, por tanto, el que se imputa al partícipe, sino la causación, ciertamente mediata, del resultado producido directamente por la acción del autor[2581]. A esta teoría se le ha reprochado que, al centrarse en la pura causación, convertiría la participación en un delito autónomo, esto es, no habría una participación en el delito, sino un delito de participación[2582]. No habría, por tanto, que exigir ninguna relación de accesoriedad en la participación. Por otro lado, si el fundamento de la participación está en la causación, la tipicidad de la conducta desaparecería como requisito constitutivo del injusto[2583], lo que afectaría el principio del hecho que exige una perturbación efectiva de los intereses penalmente protegidos.

Por lo demás, la formulación de la teoría de la pura causación podría ajustarse a la participación activa y a los delitos de lesión, pero tendría que reformularse para abarcar la participación por omisión o los casos en los que no se requiere que el autor cause un resultado de lesión del bien jurídico. Así, si el delito se configura con la producción de un resultado de peligro (peligro concreto), con la sola realización de una conducta peligrosa (delitos de peligro abstracto), o si se trata de una tentativa, el fundamento de la causación de una lesión para sustentar la participación devendrá en inapropiado, pues no habrá un resultado causalmente reconducible a la conducta del interviniente que permita afirmar la participación.

[2579] Así la crítica de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 2.
[2580] Vid., entre diversos autores, LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, p. 119 y ss.
[2581] Vid., la exposición de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 3.
[2582] Vid., ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 121.
[2583] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 486.

C. Teoría de la participación en el injusto

Para la teoría de la participación en el injusto, el fundamento del castigo de la participación se encuentra en el hecho de que el partícipe hace posible el injusto de otro[2584]. El injusto ajeno sería el resultado de la acción de participación. La prohibición de la participación estaría contenida en las disposiciones de la Parte General, no en los tipos penales de la Parte Especial[2585]. Así, por ejemplo, el artículo 106 del CP, que contiene el mandato dirigido a los ciudadanos de no matar, sería infringido únicamente por el autor, respondiendo los partícipes en razón de las disposiciones generales de la participación que establecen la prohibición de inducir o contribuir a la realización de conductas infractoras de la norma penal.

La teoría de la participación en el injusto parte de un injusto propio del partícipe, pero lo vincula estructuralmente al injusto del autor al colocarlo como el resultado de su injusto. De esta manera, se consigue darle a la participación un carácter accesorio, dependiente del hecho del autor. Sin embargo, este planteamiento tiene el problema de vulnerar el principio de autorresponsabilidad[2586], pues el injusto propio del partícipe estaría determinado por el hecho de otro (el hecho principal del autor). Pero, además, si el desvalor del resultado del injusto de participación es el hecho principal del autor, entonces se abriría la posibilidad dogmática de castigar la sola realización del acto de participación como una tentativa de participación (desvalor de la acción). Está claro que esta posibilidad dogmática no tiene cabida en la regulación penal actualmente vigente.

Las críticas a la teoría de la participación en el injusto han motivado intentos dirigidos a perfilar su punto de partida. Por ejemplo, la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, propuesta por Roxin, constituye una posición ecléctica entre la teoría de la pura causación y la teoría de la participación en el injusto[2587]. Si bien sustenta la responsabilidad penal del partícipe en un injusto propio, este injusto es determinado por el injusto del hecho principal conforme a una relación de accesoriedad[2588]. El injusto del partícipe favorecerá la comisión del hecho princi-

---

[2584] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 115; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 685.
[2585] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 486.
[2586] Así, Lesch, *Intervención delictiva*, p. 57; Reaño Peschiera, en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, p. 195.
[2587] Vid., Roxin, *La teoría del delito*, p. 485 y ss.
[2588] Roxin, *La teoría del delito*, p. 490 y s.

pal, pero su desvalor no depende de que el hecho principal se cometa o no. El que el hecho principal deba por lo menos haberse ejecutado, es una condición objetiva de punibilidad para el castigo de la participación (accesoriedad cuantitativa). Por su parte, el hecho principal ejecutado basta con que sea antijurídico, pues la culpabilidad es una cuestión personal que sólo puede afectar a cada sujeto y no rompe la relación del hecho con los otros sujetos (accesoriedad cualitativa).

No hay duda que la formulación de ROXIN intenta conciliar el injusto propio del partícipe con una relación de accesoriedad respecto del hecho del autor, pero lo hace al costo de hacer que el injusto del partícipe sea autónomo y derivado a la vez[2589]. Se unen, de esta manera, dos partes heterogéneas (ataque propio al bien jurídico y accesoriedad) sin un principio que permita conciliarlos en una idea común y ofrecer, por lo tanto, soluciones claras. Como lo dice ROBLES PLANAS, "*una teoría puede ser ecléctica en sus fundamentos, pero nunca en sus soluciones*"[2590].

Por su parte, JAKOBS ha propuesto la variante de la teoría de la participación en el injusto referida al resultado[2591]. En esta propuesta del fundamento de la participación, el partícipe no configura un injusto propio como lo sostiene ROXIN, sino, antes bien, toma parte en el hecho del autor, aunque con un dominio cuantitativamente menor. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en calidad de autor, sino también para el partícipe. En este sentido, el fundamento del castigo de la participación radica en que la ejecución del hecho principal se imputa al partícipe como obra también suya. Así, pues, sin el hecho principal no hay fundamento para la imputación penal al partícipe[2592].

D. Toma de postura: El injusto único de intervención

A nuestro entender, cuando varios sujetos toman parte en un delito no es correcto diferenciar, como hace la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, entre un injusto del autor y un injusto del partícipe, sino que se trata de un solo injusto penal[2593]. El reconocimiento

---

[2589] Así, ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 132.
[2590] ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 133.
[2591] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 6 y ss.
[2592] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 6.
[2593] LESCH, *Intervención delictiva*, p. 57; ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 178.

lógico de que cada interviniente responde por su aportación (autorresponsabilidad) no debe llevar necesariamente a conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que los distintos ámbitos de responsabilidad se funden en una expresión de sentido mancomunada[2594]. Esta unidad de sentido la da precisamente el hecho típicamente relevante[2595].

Para poder hacer responsable a los distintos intervinientes en un delito, lo primero que debe determinarse es si el injusto común ha entrado en un estadio punible (tentativa o consumación)[2596]. Pero no basta una simple intervención en la etapa previa o incluso en la ejecución del hecho delictivo para responder penalmente, sino que es necesario que normativamente se considere a los intervinientes competentes por el injusto común, esto es, por la lesión de la norma[2597]. La competencia de cada interviniente surge por la configuración de alguno de los elementos del hecho delictivo en una división vinculante del trabajo[2598]. La vinculación de los aportes se deriva del sentido social que tienen dichos aportes de posibilitar la ejecución del delito[2599], sin que sea necesaria una especial vinculación subjetiva entre los intervinientes. Esta afirmación, sin embargo, no debe entenderse como la prescindencia de la imputación subjetiva, sino que basta con que se les pueda atribuir la realización conjunta del delito a título de dolo o de culpa. La relación de mancomunidad puede mantenerse incluso en caso de intervinientes con dolo e intervinientes con culpa[2600].

Una vez que se ha determinado que varias personas resultan competentes por la realización de un delito, debe precisarse, con base en criterios puramente cuantitativos, si deben responder como autores o como partícipes[2601]. Tanto el autor como el partícipe infringen en los delitos de dominio el rol general de ciudadano que se les ha atribuido, encontrándose la diferencia dogmática solamente en una mayor o menor gravedad de la infracción del rol en función de la mayor configuración del injusto penal. Debe precisarse que las explicaciones precedentes resultan relevantes para

---

[2594] Vid., van Weezel, *ZIS* 8/2009, p. 434.
[2595] Vid., Robles Planas, *La participación*, p.177 y s.; van Weezel, *ZIS* 8/2009, p. 440.
[2596] Vid., Robles Planas, *La participación*, p. 160 y s.
[2597] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 227 y s.
[2598] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 228 y s.
[2599] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 229.
[2600] Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 184.
[2601] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 235 y s.; El mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 179 y s.

los delitos de dominio, pues, tal como ya se explicó, en los delitos de infracción de un deber no es posible una participación en el delito. En un delito de infracción de un deber, todos los que infringen el rol especial responden como autores, en la medida que no es posible graduar cuantitativamente las infracciones de las competencias institucionales[2602].

2. Los principios de la participación

La caracterización de la participación como una forma de intervención en el delito da lugar a ciertos principios que informan sobre la manera en la que debe expresarse para fundamentar la imposición de una sanción penal.

A. La mancomunidad de la participación

Lo primero que debe destacarse de la participación delictiva es que se sustenta en la mancomunidad respecto del hecho penalmente relevante. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan jurídicamente que ese hecho les pertenece, que es, por lo tanto, obra y realización de su autonomía[2603]. Esta mancomunidad se determina con base en los criterios de ordenación social de los contactos que recoge la teoría de la imputación objetiva. En efecto, con este instrumental conceptual resulta posible determinar cuándo los aportantes a un hecho han actuado de forma totalmente aislada y cuándo lo han hecho mediante división del trabajo; y, en este último caso, cuándo la división del trabajo es restringida y cuándo es vinculante[2604]. La mancomunidad tiene lugar por una actuación conjunta originada en una división vinculante del trabajo.

En la doctrina penal no se habla usualmente de una mancomunidad de la participación, sino de un principio de convergencia[2605]. Esta convergencia es entendida en un sentido subjetivo, pues se sustenta en un acuerdo de voluntades entre los intervinientes. Pero, como lo hemos precisado, la mancomunidad no se mueve en el plano subjetivo de un acuerdo común, sino, más bien, en el plano de la significación objetiva de cada aporte en el

---

[2602] Vid., LESCH, *Intervención delictiva*, p. 70.
[2603] Vid., VAN WEEZEL, *ZIS* 8/2009, p. 440.
[2604] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *RPDJP* 5, p. 225 y s.
[2605] Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 72; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 497 y s.

hecho típico común. Este cambio de perspectiva explica que sea posible, a diferencia de la comprensión clásica de la participación, una participación en delitos imprudentes, en tanto no se requiere un dolo entre los intervinientes para sustentar la mancomunidad.

B. La accesoriedad de la participación

La comprensión todavía dominante de la participación parte de la idea de entender que la actuación del partícipe constituye un hecho propio que está en relación de accesoriedad con el hecho principal del autor. Por eso se destaca, como uno de los principios definitorios de la participación, la accesoriedad. Para precisar los contornos de esta relación de accesoriedad se hace una distinción entre una accesoriedad cualitativa y una accesoriedad cuantitativa, siendo necesarias ambas formas de accesoriedad para poder sustentar el castigo del partícipe[2606].

La llamada accesoriedad cualitativa exige que el hecho principal tenga un sentido delictivo. Cuándo el hecho principal adquiere el sentido delictivo que requiere la accesoriedad, es un tema discutido. Por ejemplo, la teoría de la corrupción requiere una accesoriedad completa, es decir, que el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable[2607]. Por su parte, a la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico solamente le basta una accesoriedad limitada, es decir, que el hecho principal sea típico y antijurídico[2608]. Por último es posible pensar también en una accesoriedad mínima, para la que sería suficiente la realización de una conducta típica.

En la actualidad se aprecia cierto consenso en rechazar una accesoriedad mínima, en la medida que la justificación del delito valdría para todos los intervinientes en el mismo[2609]. Por lo tanto, la discusión se centra, más bien, en la accesoriedad limitada y en la completa, recibiendo la primera mayor respaldo doctrinal[2610]. La razón de ello radica en que la culpabi-

---

[2606] Vid., Boldova Pasamar, *La comunicabilidad*, p. 132 y s.; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 499; Rosales Artica, en *Estudios críticos*, p. 184.

[2607] Vid., Mayer, H., *Strafrecht*, AT, § 49, II, 1 b, a'. Críticamente, Welzel, *Das Detsche Strafrecht*, p. 113.

[2608] Así, López Peregrín, *La complicidad en el delito*, p.71.

[2609] Vid., Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 488.

[2610] Vid., Boldova Pasamar, *La comunicabilidad*, p. 134; Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 488.

lidad, al tratarse de una categoría personal de cada interviniente[2611], no debería formar parte de la relación de accesoriedad entre el hecho principal del autor y el hecho accesorio del partícipe.

La accesoriedad cuantitativa exige, a su vez, que el hecho principal haya sido cuando menos ejecutado para que el partícipe pueda ser sancionado[2612]. No se exige, por lo tanto, que el autor haya consumado el delito, sino que bastará con que haya iniciado actos ejecutivos que permitan un castigo en grado de tentativa (acabada o inacabada)[2613]. Esta exigencia resulta relevante fundamentalmente para los partícipes que realizan actos de auxilio o facilitación del delito en la fase de preparación. Este aporte por sí mismo no bastará para el castigo (delito de participación), siendo necesario que el autor inicie la ejecución del delito para poder sancionar penalmente al partícipe por su intervención.

Por nuestra parte, como ya se indicó, no compartimos la distinción entre hecho del autor y hecho del partícipe. Si el delito es visto simplemente como la infracción de una norma primaria que le dice al ciudadano lo que tiene que hacer u omitir para no lesionar un bien jurídico, entonces cabría admitir que cada interviniente infringe una norma primaria de conducta[2614]. Desde esta perspectiva es lógico que cada interviniente tenga un injusto propio y que se pueda requerir en el caso del hecho del partícipe una relación de accesoriedad con el hecho del autor.

Por el contrario, la interpretación se torna distinta si el delito se entiende como negación conjunta de la vigencia de la norma[2615]. En efecto, desde esta perspectiva de análisis el delito solamente alcanza tal significación en la medida que exprese el sentido comunicativo de defraudación de la norma. Por lo tanto, si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no podrá hablarse de varios injustos penales, sino de uno solo. La responsabilidad mancomunada por esta defraudación tiene lugar cuando ha habido una repartición del trabajo que vincula a los intervinientes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado, en términos jurídico-penales, una obra común.

[2611] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 499.
[2612] Vid., LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, p. 61.
[2613] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 500.
[2614] Destaca este razonamiento ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 173.
[2615] Vid., ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 173 y s.

Podría pensarse que la afirmación de un injusto único entre los intervinientes haría innecesaria la idea de la accesoriedad, lo que significaría, por otra parte, la posibilidad de una participación sin autoría. Esta deducción resulta, sin embargo, incorrecta, pues la realización del delito requiere de la configuración de los elementos constitutivos del delito por parte del autor. El partícipe facilita la ejecución del delito, no lo ejecuta. En este sentido, no hay una renuncia a la accesoriedad, sino una comprensión distinta. Una conducta es accesoria cuando significa preparación o continuación de la conducta de otros que deviene en una configuración de la conducta típica[2616]. Si un aporte significa lo anterior, entonces quien lo realiza se involucra en la realización típica, siendo, por tanto, competente por ella.

Sobre la base de lo anterior, se puede dar a las expresiones de la accesoriedad una dimensión adecuada. Si la competencia de quien facilita la ejecución del delito depende de que el autor lo ejecute efectivamente, está claro que la participación requiere una accesoriedad cuantitativa. Sin ejecución del delito por parte del autor no hay competencia del partícipe por el hecho conjunto. Pero debe quedar claro que no se trata de una accesoriedad en el sentido de una relación entre el hecho del autor y el hecho del partícipe, sino de un hecho común que solamente puede imputarse al partícipe si el delito se ha ejecutado[2617]. El requisito de que el hecho haya entrado en fase ejecutiva no tiene nada que ver con una relación de dependencia entre partícipe y autor, sino con el principio general de un Derecho Penal del hecho típico[2618].

Por el contrario, la accesoriedad cualitativa adquiere ciertos contornos especiales. Para que el partícipe responda penalmente el hecho conjunto debe expresar un sentido comunicativo de defraudación de la norma. La defraudación de la norma tiene lugar cuando el autor infringe su rol de ciudadano, lo que presupone evidentemente la capacidad de culpabilidad del autor. Desde estas consideraciones, la llamada accesoriedad cualitativa alcanzará a la culpabilidad, en la medida que el autor no sólo debe haber realizado una conducta típica y antijurídica, sino también culpable[2619]. Si el que ejecuta el delito es un sujeto inculpable, el hecho podrá reconducirse al que facilita la ejecución como una autoría mediata, siempre que

---

[2616] Así, van Weezel, *ZIS* 8/2009, p. 441.
[2617] Vid., Robles Planas, *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007, p. 29.
[2618] Así, Robles Planas, *La participación*, p. 176.
[2619] Igualmente, Vilcherrez Ato, *Gaceta Penal & procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 63.

se le asigne la competencia por lo que realice el inculpable. Por ejemplo: Responderá como autor mediato y no como partícipe el que induce a un menor a agredir a otro. Por el contrario, el bodeguero que le vende a un menor una bebida gaseosa contenida en una botella de vidrio que luego utiliza el menor para herir a otra persona, no es competente por las lesiones producidas, aun sospechando la utilización con fines lesivos de la botella. En este nivel no caben diferencias cualitativas de ningún género entre los intervinientes, pues la imputación responde al principio de tercero excluido, esto es, o bien se puede imputar el hecho a una persona, o bien no es posible hacerlo[2620].

C. La incomunicabilidad de las condiciones personales

El artículo 26 del CP señala que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Algunos han intentado deducir de este dispositivo penal un reconocimiento expreso de la accesoriedad limitada de la participación, limitando, por ello, su ámbito de aplicación a los aspectos de la culpabilidad[2621]. Esta interpretación no resulta, sin embargo, conciliable con su tenor literal. El artículo 26 del CP se refiere a circunstancias o cualidades que *afecten* la responsabilidad, por lo que no podrá estar referida a la culpabilidad, en la medida que esta categoría del delito no *afecta* la responsabilidad penal, sino que la fundamenta.

La responsabilidad penal resulta afectada cuando tiene lugar una agravación o atenuación de la pena prevista para el delito correspondiente. Algunos autores agregan, además, los casos de exclusión de la responsabilidad penal como un supuesto de afectación de la responsabilidad penal[2622], por lo que el artículo 26 del CP se aplicaría en relación con las diversas causas de exclusión de la responsabilidad penal (artículo 20 del CP). A nuestro entender la responsabilidad penal se afecta solamente cuando tiene lugar una agravación o atenuación de la pena, mas no cuando se excluye. La afec-

[2620] Vid., VAN WEEZEL, *ZIS* 8/2009, p. 441.

[2621] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 502, incluyendo también aspectos personales de la punibilidad. Críticamente, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 490 y ss., respecto de la disposición similar en el Código Penal Español.

[2622] En la misma línea, REVILLA LLAZA, *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 26, p. 961; BOLDOVA PASAMAR/QUINTEROS CAMACHO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 60 y ss.

tación presupone que la responsabilidad penal se mantiene, aunque con algunas circunstancias especiales que la modifican en términos de agravación o atenuación. Si estas circunstancias modificativas se contemplan como agravantes genéricas (Parte General del Código Penal) o específicas (Parte Especial del Código Penal), no es relevante para la aplicabilidad del artículo 26 del CP.

Con base en lo acabado de explicar, cabe concluir que el artículo 26 del CP no está referido en estricto a la culpabilidad, ni a las causas de exclusión de la responsabilidad penal. Se trata de un dispositivo aplicable a las circunstancias (por ejemplo, la agravante de prevalimiento de la posición o cargo en el delito de violación sexual del segundo párrafo del artículo 170 del CP) o cualidades (por ejemplo la calidad especial en las lesiones graves a menores de 14 años del artículo 121A del CP) que modifican la responsabilidad penal de los intervinientes en el delito. Se trata concretamente de una norma de determinación de la pena referida al tratamiento de las agravantes o atenuantes que afectan solamente a los intervinientes que las poseen (vid., al respecto, lección 20).

Lo anterior no significa que, por el contrario, todos los aspectos constitutivos del hecho penalmente relevante resulten comunicables entre los intervinientes. La mancomunidad de los intervinientes en el hecho no debe rebasar lo que permite imputarles el principio de autorresponsabilidad. Por lo tanto, solamente cabrá hacerlos responsables mancomunadamente de aquellos aspectos del hecho en los que es posible una configuración conjunta. Está claro que aspectos personalísimos como la calidad especial, el lado subjetivo del hecho o los aspectos de la culpabilidad de cada interviniente no se configuran conjuntamente, por lo que no resulta posible extender la mancomunidad de la responsabilidad penal a aspectos de este orden[2623].

3. Formas de participación

A. La inducción (o instigación)

Conforme al artículo 24 del CP se castiga como inductor al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible. Si se sigue la sistemática de nuestro Código penal, la inducción constituye una forma de

[2623] Similarmente, en relación con la imputación subjetiva, VAN WEEZEL, *ZIS* 8/2009, p. 443.

participación junto con la complicidad[2624]. No obstante, queda claro que la inducción precede a la decisión de cometer un delito, por lo que podría cuestionarse si, en sentido estricto, la inducción es realmente una forma de participación en el delito. A diferencia de los cómplices, a los que puede atribuírseles sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho propio, no parece correcto hacer lo mismo con el inductor. El hecho cometido por el inducido no le pertenece al inductor, por lo que el inductor habrá realizado un hecho distinto. Si bien el hecho del inductor puede merecer igualmente reproche penal, estructuralmente habría que considerarlo como un hecho distinto del realizado por los autores y cómplices.

Las consideraciones anteriores llevarían a definir a la inducción como un injusto independiente del injusto del autor. El artículo 24 del CP daría lugar, en consecuencia, a la creación de un "delito de inducción" para cualquier delito doloso previsto en la Parte Especial. A esta interpretación podría objetársele que haría innecesaria la llamada accesoriedad cuantitativa frente a la conducta del autor, por lo que podría sancionarse incluso si, por la razón que sea, el delito inducido no es ejecutado. Si se sigue la descripción legal, podrá constarse que no se exige la realización del delito, sino solamente determinar a otro a cometer un delito. No obstante, queda claro que en la interpretación usual del artículo 24 del CP no procede el castigo de la inducción si el delito inducido no se ejecuta. Pero podría admitirse esta misma limitación si se le otorga el carácter de condición objetiva de punibilidad a la ejecución del hecho delictivo por parte del inducido o si se admite en estos casos una relación de accesoriedad con el injusto autónomo del autor. De esta manera la inducción mantendría su autonomía, vinculándose con el hecho del autor únicamente para efectos de su castigo.

La regulación legal de la inducción exige la presencia de dos elementos. En primer lugar es necesario un elemento objetivo que consiste en provocar la resolución criminal en otra persona. Obviamente no existe entre la conducta del inductor y la determinación del autor una relación de causalidad natural[2625], sino una relación de imputación objetiva. En este sentido, a la conducta del inductor hay que imputarle objetivamente el hecho de que

[2624] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2309; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 511.

[2625] No obstante, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 514, hace referencia a la causalidad en la instigación.

un sujeto penalmente responsable se determine a cometer un delito[2626]. En este orden de ideas, la conducta del inductor debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer un delito, por lo que no habrá inducción si la conducta no tiene el sentido social de procurar convencer a otra persona de cometer un delito. Así, por ejemplo, no puede ser considerada una conducta de inducción una mera alusión elogiosa a un delincuente que motiva a otro a seguirle[2627] o el deseo de muerte que una persona expresa en un momento de ofuscación y que otro decide hacerlo para agradarle. Pero además la conducta del inductor debe crear directamente una idea inexistente de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada. Por lo tanto, no podrá considerarse inducción una conducta que solamente motiva a una persona a pensar en la posibilidad de cometer un delito como sería el caso de regalar un arma a un sujeto con un tremendo rencor sobre otro con la esperanza de hacer surgir en él el deseo de matarle, lo que efectivamente decide cometer[2628].

En caso que la inducción recaiga sobre un sujeto que ya está determinado a cometer un delito (el llamado *omnimodo facturus*), no será posible afirmar una inducción[2629]. Por ejemplo, el sujeto que cuando va a matar a su ofensor recibe una oferta de dinero de otro por hacerlo. No basta reforzar una decisión de cometer el delito, ni dar ideas respecto de la forma de realización del delito, si no cambia la naturaleza del delito que el autor ya estaba decidido a cometer[2630]. Estos supuestos podrán analizarse, en todo caso, como supuestos de complicidad moral o psíquica[2631]. Sin embargo, más complicado se presenta el caso en el que una persona induce a otra a cometer un delito con afirmaciones directas sin saber que esta persona ya estaba decidida a cometer el delito. En este caso, habría que decir que estamos ante una tentativa inidónea de inducción, pues en el caso concreto el autor estaba ya decidido a cometer el delito.

[2626] MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/55.
[2627] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/56.
[2628] MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/58.
[2629] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 24; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 493; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 514.
[2630] Al respecto, con mayores referencias y especificaciones, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 26.
[2631] Igualmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 22; MAZUELOS COELLO, *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 921.

En segundo lugar, la inducción requiere de un elemento subjetivo que está constituido por el dolo del inductor conforme al mandato expreso de la ley penal[2632]. Si bien es teóricamente posible inducir de forma imprudente a otro a cometer un delito, el Código Penal limita claramente la inducción punible a los casos de actuación dolosa. En la doctrina penal se habla del doble dolo del inductor, uno referido al hecho principal y otro a la provocación de la decisión del autor de realizar el hecho principal[2633]. En nuestra opinión, esta partición del dolo es innecesaria. Se trata de un solo dolo en el sentido de saber que la conducta inductora va a determinar a otra persona a cometer un delito determinado. No es necesario que el inductor conozca las particularidades del hecho principal, lo cual resulta casi imposible, sino que basta que se lo represente en sus rasgos esenciales. Este aspecto del dolo del inductor constituye, por otro lado, el límite de su responsabilidad penal, pues todo exceso en la ejecución del delito inducido será cuestión del autor[2634].

La pena que se prevé para el inductor se corresponde con la del autor. Si se sigue el tenor literal, no se trata del mismo marco penal previsto por el delito para el autor, sino de la misma pena que le corresponde al autor. En este orden de ideas, parecería que la pena se refiere a la pena concreta del autor[2635]. En todo caso, no se aprecia cuál es el fundamento que justifica dicha equiparación, pues no es valorativamente lo mismo determinar a otro a cometer un delito que la ejecución misma de un delito. En este sentido, habría sido recomendable prever una atenuación de la pena para el inductor en relación con la pena prevista o impuesta al autor[2636].

B. La complicidad

La complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito[2637].

[2632] Vid., MAZUELOS COELLO, *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 927.

[2633] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L15/69; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2317; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 516.

[2634] En similar sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 519; MAZUELOS COELLO, *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 917 y s.

[2635] En contra de esta interpretación, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 520.

[2636] Similarmente, en relación con el Derecho Penal Alemán, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 31. En el Perú, MAZUELOS COELLO, *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), art. 24, p. 933.

[2637] Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 77.

Estas contribuciones deben haberse dado en un contexto delictivo, pues de lo contrario quedarán en el marco de lo socialmente permitido (prohibición de regreso). Cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo, el hecho delictivo pasa a ser una obra también de los cómplices, quienes tienen cierto grado de dominio del hecho, sobre todo en lo que respecta al "como" del delito[2638]. La diferencia con el autor no se encuentra en la competencia por el hecho (el cómplice es tan competente por el delito como el autor), sino en una menor cantidad de dominio sobre el hecho que configura el delito[2639].

Los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución[2640]. Una vez consumado el delito, sólo los actos que en unidad de acción con la ejecución del delito ayuden al agotamiento del delito podrían dar lugar a una complicidad punible (por ejemplo, ayudar a la comisión de un delito de contrabando, llevando a buen recaudo los bienes que se han introducido subrepticiamente al territorio nacional)[2641]. Por el contrario, los actos posteriores que tiendan a favorecer la consecución de la finalidad del autor del delito (por ejemplo, ayudar a comercializar las mercancías procedentes del delito) no serán actos de participación, sino, en todo caso, otro delito si se encuentran tipificados como tal (como, por ejemplo, el delito de receptación).

La complicidad puede tener lugar por acción o por omisión[2642]. La diferencia naturalista es irrelevante, importando únicamente si el cómplice es competente por el riesgo conjuntamente creado que se realiza en el resultado. Así, por ejemplo, será cómplice del delito de contrabando el oficial del barco que tolera el contrabando de otros miembros de la tripulación. En el caso de la complicidad realizada a través de una acción los medios

---

[2638] Le reconoce a los cómplices una cantidad de dominio del hecho, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 179.

[2639] Vid., Jakobs, *RPDJP* 5, p. 235 y s.; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 73.

[2640] Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, p. 77.

[2641] Así, Wamers, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 120. Por el contrario, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 22, n.m. 40, sostiene que nunca se responde por lo ya consumado. En la doctrina nacional, Sánchez Mercado, *JuS doctrina& práctica* 6, junio de 2007, p. 26 y s., admite una complicidad postconsumativa si es que en la etapa preparatoria o de ejecución se hizo la promesa del aporte.

[2642] Admiten esta posibilidad, Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal*, PG, p. 496; Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 524; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2349.

utilizados pueden ser materiales o psíquicos[2643]. Entre los primeros podrían contar el arma o el veneno suministrado, mientras que dentro de los segundos pueden estar las ideas sobre la ejecución del delito o el suministro de información relevante para la mejor realización del delito. Lo anterior permite concluir que la complicidad no requiere ser causal del delito[2644]. Pero con independencia de la discusión sobre la causalidad en la complicidad, la doctrina coincide en la necesidad de aplicar las reglas de la imputación objetiva también para imputar responsabilidad penal al cómplice[2645].

Dentro de los cómplices, el artículo 25 del CP distingue dos clases de complicidad. Por un lado está la llamada complicidad primaria o conocida también como cooperación necesaria. Por otro lado, se encuentra la complicidad secundaria o llamada también complicidad simple. Mientras que la primera constituye un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido perpetrar, la segunda se refiere a cualquier otra forma de auxilio o asistencia a la comisión del delito[2646]. Esta diferenciación de las formas de complicidad no es un puro ejercicio mental, pues tiene incidencia en la pena prevista para el cómplice. Al cooperador necesario se le reprime con la pena prevista para el autor, mientras que al cómplice simple se le disminuirá prudencialmente la pena. Esta importancia práctica de la distinción hace indispensable encontrar un criterio operativo para hacer la distinción en cada caso.

GIMBERNAT propone recurrir al criterio de la escasez, en virtud del cual cooperación necesaria será aquella prestación que es difícil de conseguir en relación con las circunstancias, mientras que complicidad simple lo será la contribución que se puede conseguir fácilmente[2647]. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO acude al criterio de la sustituibilidad, afirmando una cooperación necesaria solamente en los casos en los que el aporte es

---

[2643] ROSALES ARTICA, en *Estudios críticos*, p. 192.

[2644] De otro parecer, ROXIN, *La teoría del delito*, p. 537; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 521.

[2645] Vid., con distintos matices, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 496; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, p. 225 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 522.

[2646] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2357; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 520; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 78.

[2647] GIMBERNAT ORDEIG, *Autores*, p. 159.

insustituible[2648]. En una línea similar anteriormente RODRÍGUEZ DEVESA se refería al criterio de la intercambiabilidad para distinguir entre el cooperador necesario y el cómplice simple[2649]. Con independencia de cuál criterio se siga, el hecho es que no se puede utilizar el criterio elegido ni en un plano puramente abstracto ni completamente pegado al hecho concreto. En el primer caso, la cooperación nunca sería indispensable pues siempre es teóricamente posible sustituirla por otra prestación, mientras que en el segundo caso todos los aportes resultan esenciales para la realización concreta del delito.

El punto de partida es tener claro que el cómplice primario o también llamado cooperador necesario cuenta, como todo interviniente, con un dominio del hecho. Lo que caracteriza a los cómplices es que la cantidad de dominio que tienen del hecho común no es suficiente para poder imputarles la configuración de lo que es propio del delito correspondiente. Dentro de los cómplices es posible hacer una distinción cuantitativa adicional en atención a la esencialidad del aporte[2650]. Para determinar esto el juez debe ubicarse en un plano de posibilidades de actuación, pero siempre en atención a las circunstancias concretas en las que se realizó el delito[2651]. Si en este plano hipotético la prestación puede sustituirse por otra equivalente o simplemente prescindir de ella, entonces la complicidad será simple. Sobre la base de esta idea, puede calificarse de cooperación necesaria, por ejemplo, abrir la puerta que, de otra manera, no hubiera permitido la realización del hurto o facilitar las facturas falsas con las que se realiza el engaño en la defraudación tributaria. Una complicidad simple cometerá, por el contrario, el que informa al atracador de un banco cuáles son las vías de tránsito más despejadas al momento de emprender la huida o quien le da la bolsa al ladrón para que lleve las cosas sustraídas de una casa.

El artículo 25 del CP, como ya lo indicamos, establece una penalidad diferenciada para los cómplices, dependiendo de la clase de complicidad. Para el cooperador necesario se prevé una pena igual a la que el tipo penal del delito cometido prevé para el autor. Para el cómplice simple, en cam-

---

[2648] RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 873 y ss.

[2649] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, PG, 14ª ed., p. 817.

[2650] Si es necesaria esta distinción cuantitativa adicional es evidentemente otra discusión. A favor de suprimir la figura de la complicidad primaria del Código Penal, ROSALES ARTICA, en *Estudios críticos*, p. 209 y ss.

[2651] Igualmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 20, n.m. 2366.

bio, se contempla una disminución prudencial de la pena prevista para el delito realizado. La jurisprudencia nacional interpreta, por lo general, que el artículo 25 del CP hace mención a la pena abstracta o conminada, lo que permitiría la posibilidad de imponerle al cooperador necesario una pena concreta menor que la del autor[2652].

IV. La autoría y la participación en los delitos especiales

La imputación penal a título de autor o partícipe presenta ciertas dificultades en el caso de los delitos especiales. Respecto a la autoría, se presenta la cuestión de si es posible castigar como autor a quien realiza la conducta típica, pero no reúne la calidad especial exigida por el delito especial. En relación con la participación, se discute si cabe sancionar a los partícipes con la pena del delito especial, a pesar de no tener la calidad especial exigida por el tipo. De ambos supuestos problemáticos nos vamos a ocupar en lo que sigue de este apartado.

1. El actuar en lugar de otro

Si el autor no reúne la calidad especial exigida por el delito especial, no podrá ser sancionado penalmente, pues, de hacerlo, se estaría vulnerando el principio de legalidad. No obstante, la situación se vuelve intolerable cuando el que realiza el delito especial lo hace desde la misma posición del sujeto activo, pero por el hecho de no poseer formalmente el estatus especial, queda librado de responsabilidad. Así las cosas, el que realiza el delito no responde por carecer de la calidad especial, mientras que el que la tiene tampoco lo hará porque no ha realizado la conducta delictiva. Si bien a este último podría, dadas algunas circunstancias, castigársele en comisión por omisión, en caso de tratarse de una persona jurídica el vacío es completo, pues la persona jurídica no puede responder penalmente[2653].

Por ejemplo: El administrador de una persona jurídica a cuyo favor se ha constituido una prenda, no cometerá el delito de apropiación de prenda previsto en el artículo 193 del CP, en la medida que este delito requiere que

[2652] En este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 526.

[2653] Vid., BRUNS, *JZ* 1954, p. 13; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 37; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A62.

el autor del delito venda o se apropie sin las formalidades legales de la prenda constituida a *su* favor. La persona jurídica no responderá por falta de capacidad delictiva, mientras que el administrador tampoco lo hará porque no se ha apropiado de una prenda constituida a "su" favor, sino de la prenda constituida a favor de la persona jurídica.

En el caso de las actuaciones en lugar de las personas jurídicas, el vacío de punibilidad se ha buscado cubrir con la regla contenida en el artículo 27 del CP[2654]. Esta regulación dispone que el representante de la persona jurídica responda por el delito (especial) realizado, aunque no reúna los elementos especiales que fundamentan la penalidad, pero éstos sí recaigan sobre la representada. Para seguir con el ejemplo: El administrador responderá por el delito de apropiación ilícita de prenda aunque ésta no se haya constituido a su favor y sí a favor de la persona jurídica representada. Lo que no queda claro es por qué el legislador se ha limitado a la actuación en lugar de las personas jurídicas y no ha incluido los casos de actuación en lugar de personas naturales[2655]. La razón es sencilla: Esta misma restricción la hacía la regulación penal española que sirvió de fuente legislativa al artículo 27 del CP. Sin embargo, en el actual Código penal español de 1995 se ha ampliado la norma del actuar en lugar de otro a la actuación en lugar de los particulares precisamente por lo ilógico de limitarla a la actuación en lugar de personas jurídicas, por lo que no se entiende por qué nuestra regulación penal se mantiene en el restringido ámbito de las personas jurídicas[2656].

Para que la persona individual que realiza un delito especial en lugar de la persona jurídica, pueda responder como autor, a pesar de no reunir el elemento especial, deben darse los siguientes requisitos:

[2654] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 147; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A62; Meini Méndez, *La responsabilidad penal*, p. 96; Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 384.

[2655] La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; vid., así, Bruns, *JZ* 1954, p. 14; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 16; Octavio de Toledo, *ADPCP* 1984, p. 28; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (drg.), p. 323 y ss.; Meini Méndez, *La responsabilidad penal*, p. 96. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema en las sentencias N° 3963-96 Ancash de 24/10/97 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, T I, Lima, 1999, p. 84) y N° 3469-99 de 20/12/99 (Chocano/Valladolid, *Jurisprudencia penal*, p. 105 y s.) que entiende que el artículo 27 se limita a salvar el *societas delinquere non potest*.

[2656] Vid., García Cavero, *El actuar en lugar de otro*, p. 79.

A. La relación de representación

La persona que no reúne la calidad especial de autor, debe tener la calidad de órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad, es decir, se sigue la llamada teoría de la representación[2657]. Conviene advertir, sin embargo, que el concepto de representación asumido por la cláusula del actuar en lugar de otro no se corresponde necesariamente con el utilizado en el ámbito jurídico-civil[2658], por lo que cabe afirmar una representación de representación penalmente relevante aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o exceda las facultades conferidas[2659]. Por ejemplo, el Código Penal Alemán admite expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro aunque el título que genera la relación de representación sea civilmente ineficaz[2660]. Si bien nuestro Código Penal no ha asumido expresamente esta posibilidad, una interpretación en este sentido tampoco se encuentra excluida, pues el artículo 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o el socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que "actúe como tal"[2661]. Así, pues, una persona cuyo nombramiento como representante adolece de algún vicio formal, pero que actúa, pese a todo, como tal, podrá estar dentro del ámbito de regulación del artículo 27 del CP y, por tanto, responder penalmente.

Por otra parte, debe destacarse que el Código Penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha limitado a determinados tipos de representación[2662]. Solamente podrá actuar en lugar de otro en términos jurídico-penales el órgano de representación

---

[2657] Vid., CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A67.

[2658] De parecer distinto, MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28 noviembre 2001, p. 131.

[2659] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 44; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 38.

[2660] La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del StGB no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque éste no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. Vid., en esta línea, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 42/43; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 43.

[2661] Así se esfuerza MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28 noviembre 2001, p. 137 y ss., por mantener esta interpretación respecto del artículo 27 del CP. De opinión contraria, MAZUELOS COELLO, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 191.

[2662] Vid., en este sentido, CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A67; MAZUELOS COELLO, *Advocatus* diciembre 2001, p. 186.

de las personas jurídicas y el socio representante en el caso de sociedades. Por lo tanto, esta regulación reduce su ámbito de aplicación no solamente al actuar en lugar de una persona jurídica, sino que deja de lado los apoderamientos especiales[2663]. El Código Penal parece no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales la que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en la regulación de la teoría de la representación.

A la exigencia de una relación de representación se le ha cuestionado ser demasiado restrictiva, pues dejaría liberado de sanción a los que asumen fácticamente la administración de la persona jurídica. Estos administradores de hecho irían desde aquellos que tienen nombramiento con algún defecto formal hasta los que simplemente se arrogan unilateralmente la administración del ente colectivo. La crítica anterior resulta fundada si cabe que una persona actúe penalmente en lugar de una persona jurídica aunque no tenga una relación de representación. Esta actuación es admisible en el caso de delitos especiales de dominio, en la medida que el delito se constituye sobre la lógica del dominio de un riesgo que se da en un contexto especial (por eso, se trata de un delito especial). La competencia por el dominio de ese riesgo lo puede asumir cualquiera que entre a dominar el ámbito de actuación de la persona jurídica en la que se incardina el riesgo que configura el delito especial[2664]. En este sentido, por ejemplo, podrá retener indebidamente divisas el administrador que asume fácticamente la administración de la persona jurídica que tiene la obligación de entregar las divisas, aun cuando carezca de nombramiento como tal (artículo 260 del CP). Lo que interesa en este caso es que se domine el riesgo que configura el delito especial correspondiente.

La situación es distinta en el caso de los delitos de infracción de un deber. En estos delitos la imputación no se produce por el dominio de riesgos especiales, sino por el incumplimiento de deberes específicos de origen institucional. Si estos deberes especiales se asignan a una persona jurídica, su cumplimiento solamente podría ser transferido a quien ejerce formalmente

---

[2663] En nuestro país, resaltan este vacío, Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A71; Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 397.

[2664] Vid., García Cavero, *El actuar en lugar de otro*, p. 88 y s.

la representación de la persona jurídica[2665]. Los deberes institucionales tienen un alto nivel de formalización, de manera tal que la asunción fáctica de las labores de administración de una persona jurídica no justifica trasladar la responsabilidad penal por su incumplimiento al que asume de hecho la administración. En este sentido, la teoría de la representación resulta aceptable en el caso de los delitos de infracción de un deber. Así, por ejemplo, el delito tributario de no entrega de tributos percibidos o retenidos solamente podrá imputarse a quien tenga la representación de la persona jurídica que está constituida como agente de percepción o retención.

B. Actuar como órgano de representación o como socio representante

La regulación del actuar en lugar de otro exige además que el órgano de representación y el socio representante actúen como tales. La discusión doctrinal se centra en la determinación de cuándo se entiende que ha actuado como representante de la persona jurídica. En disputa se encuentran la llamada teoría de los intereses y la llamada teoría de la función. La teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación pero siempre en interés de su representado[2666]. La teoría de la función entiende, por contra, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación[2667]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[2668].

Para resolver la disputa entre la teoría de los intereses y la teoría de la función, hay que partir del dato de que el tenor literal del artículo 27 del CP no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación[2669]. Por lo tanto, habría que optar por la propuesta de interpretación que más se ajuste

---

[2665] Vid., GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, p. p. 89.

[2666] Posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (vid. la referencia, LABSCH, *wistra* 1985, p. 5). En la doctrina penal defienden esta teoría SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 50; RODRÍGUES ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 345 y s.

[2667] Vid., en este sentido, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1844 y s.

[2668] Vid., así, WEBER, *StV* 1988, p. 17.

[2669] Vid., similarmente, respecto de la regulación penal alemana, JORDAN, *Jura* 1999, p. 305. Por el contrario, MAZUELOS COELLO, *Advocatus* diciembre 2001, p. 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría de los intereses.

a las necesidades de imputación. Desde este orden de ideas, nos inclinamos por una teoría de la función que incluye dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado[2670]. Esta relación funcional se pierde cuando el representante abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado[2671], de manera que en estos casos responderá de manera directa por el perjuicio patrimonial producido (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

El requisito de "actuar como representante" se muestra problemático en los casos, muy comunes en la práctica, de órganos de representación pluripersonales. Precisamente por ello la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a "los miembros del órgano de representación", aunque debe indicarse que esto no significa que, en caso de un delito cometido desde la persona jurídica, todos ellos deban responder penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. Si un miembro del órgano de representación ha asumido la representación de la empresa y en estas circunstancias comete un delito, resultará plenamente responsable, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación[2672]. En este supuesto, una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del artículo 27 del CP solamente podrá tener lugar en caso de admitir una coautoría por la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no es usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido[2673].

[2670] Similarmente, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 13; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 188.

[2671] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 13.

[2672] Vid., Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 18; Labsch, *wistra* 1985, p. 61; Marxen, *NK* § 14 n.m. 46.

[2673] Similarmente, Blauth, *Handeln*, p. 136; Schünemann, *Unternehmenskriminlaität*, p. 229; El Mismo, *LK* § 14, n.m. 52; Lohmar, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 87; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 185. Si bien Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 171; Marxen, *NK* § 14, n.m. 46, admiten esta solución, señalan que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*). Por el contrario, admite deberes de vigilancia y control en estructuras horizontales, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 224.

C. La realización del tipo penal

El artículo 27 del CP establece también que el representante realice el tipo penal[2674]. Esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante[2675]. Resulta, por tanto, inadmisible que se le abra proceso penal o se sancione a un gerente por ser simplemente el representante de una persona jurídica. Hacerlo implicaría violentar el principio de que la responsabilidad penal es personal. La responsabilidad penal debe sustentarse siempre en un hecho propio.

D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El artículo 27 del CP requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no se dan en el representante, se den en el representado. La primera cuestión que debe precisarse es qué se entiende por elemento especial en el contexto del "actuar en lugar de otro". Ya que el artículo 27 del CP se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría[2676]. Esta indicación es, sin embargo, demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría (motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos de autoría[2677] y lo limita a los casos de elementos objetivos de autoría. No obstante, tampoco todos los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del

---

[2674] Sobre la necesidad de una realización del tipo por parte del representante o administrador BRUNS, *JZ* 1958, p. 463; SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 376; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 101; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 223 y ss. El requisito de la realización del tipo penal por parte del representante no se aprecia con claridad en la sentencia Nº 3469-99 de 20/12/99 (CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 105 y s.).

[2675] En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 214; MAZUELOS COELLO, *Advocatus* diciembre 2001, p. 187.

[2676] En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 231; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 35.

[2677] Vid., BLAUTH, *Handeln*, p. 109 y s.; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1843 y s.; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 38; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 61; BACIGALUPO ZAPATER, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 330; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 148; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A64.

actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos se procede a hacer una diferenciación.

En primer lugar, se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 del CP el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (así, por ejemplo, el caso de los funcionarios)[2678], así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)[2679], ya que en ambos casos no parece posible una representación[2680]. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen, por tanto, a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)[2681]. Las llamadas circunstancias personales especiales que hacen mención a una situación transitoria del autor[2682], solamente podrían tenerse en cuenta si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento concursal debe interpretarse como tener la posición de deudor concursado)[2683].

2. La participación en los delitos especiales

La determinación de la pena para aquellas personas que han participado en un delito especial sin tener la calidad exigida por el tipo constituye un tema que ha levantado cierta discusión en nuestro país. En disputa se encuentran fundamentalmente dos teorías: La teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación[2684]. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina con base en el marco penal del delito especial, la segunda considera que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor. En nuestra opinión, la solución no va por un camino alternativo, sino que

---

[2678] En este sentido, Tiedemann, *NJW* 1986, p. 1843 y s.; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 21, n.m. 11; Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 331; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 148.

[2679] Schünemann, *LK* § 14, n.m. 40; Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 129.

[2680] Vid., en este sentido, Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 129.

[2681] Vid., Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 129.

[2682] Vid., Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 128.

[2683] En este sentido, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 40.

[2684] Vid., con mayores detalles sobre estas teorías, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, p. 505 y ss.; Abanto Vásquez, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 48 y ss.

la asunción de una u otra teoría depende de cómo está configurado el tipo penal del delito especial correspondiente.

En el caso de los delitos especiales de dominio, hay que tener en cuenta que la imputación penal se sustenta en la infracción de las competencias por organización atribuidas, como deber general negativo, a todos los ciudadanos. En este sentido, el injusto puede ser configurado por cualquier ciudadano. La pena para los partícipes, por lo tanto, deberá determinarse con base en el marco penal del delito especial, en la medida que si bien el tipo penal ha delimitado el círculo de destinatarios, se sustenta materialmente en competencias por organización que son comunes a todos los ciudadanos. Tanto el autor como el partícipe infringen el deber general negativo de ciudadano, aunque normalmente con una posible menor intensidad en el caso del partícipe. Por poner un ejemplo: La pena para el que ayuda al deudor sometido a un procedimiento concursal a cometer un fraude concursal, debe determinarse con base en el marco penal del artículo 209 del CP, pues tanto el autor como el cómplice han infringido el deber negativo de no dañar a otros en el ámbito específico de un procedimiento concursal.

La regla anterior tiene una excepción, sin embargo, cuando la calidad especial exigida para poder ser autor del delito especial de dominio es de carácter estrictamente personal. En este caso, se producirá una ruptura del título de imputación, en la medida que las calidades personales no pueden comunicarse a los otros intervinientes en el delito. La mancomunidad alcanza solamente a aquellos aspectos del hecho en los que es posible una configuración conjunta. En este sentido, si un hijo independizado mata a su padre (sin la existencia de una vinculación institucional efectiva), cometerá el delito de parricidio como autor, mientras que el que lo ayuda a hacerlo responderá como cómplice con la pena del homicidio, pues la calidad especial requerida por el delito de parricidio es de carácter personal y, por lo tanto, no puede comunicarse al partícipe.

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas a lo que es la regla en los delitos de dominio, es decir, no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación. La razón del cambio de criterio radica en que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su

responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber[2685]. En consecuencia, al partícipe no podrá sancionársele con base en el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber. Por poner un ejemplo: El que ayuda a un funcionario público a apropiarse de los caudales públicos que administra, responderá como cómplice no con la pena del peculado, sino con la pena del delito de apropiación ilícita o hurto que subyace, como delito común, al delito de peculado.

A la solución propuesta para los delitos de infracción de un deber, se le ha hecho diversas críticas, siendo quizá la más relevante la impunidad en la que quedarían los que ayudan o auxilian a la comisión de un hecho delictivo. Esta crítica es, sin embargo, relativa. En primer lugar, en el caso de los delitos especiales impropios -esto es, aquellos casos en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad la infracción de un deber institucional-, la conducta del partícipe podrá enmarcarse en un delito común de dominio, de manera tal que el partícipe podrá recibir una pena con base en el marco penal de este último delito[2686]. Pero lo que no puede admitirse, tal como lo proscribe el artículo 26 del CP, es que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de delitos de infracción de un deber formalmente configurados como delitos especiales impropios tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Así es el caso, por ejemplo, de los supuestos específicos de agravación de la pena por abusar el autor de su calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito[2687]. La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber es-

---

[2685] Así, Lesch, *Intervención delictiva*, p. 70: "(...) *una intervención del extraneus en un delito de infracción de deber no es posible*". En la doctrina nacional igualmente, Vílchez Chinchayán, *Revista Jurídica del Perú*, T. 111, mayo 2010, p. 246. De otro parecer, Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 221 y s.; Bacigalupo, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 168. En la doctrina nacional, aceptan el castigo de los *extranei* como partícipes de un delito de infracción de un deber, Reaño Peschiera, *Forma de intervención*, p. 40 y s.; Salazar Sánchez, en *XVI Congreso Latinoamericano*, 2004, p. 446.

[2686] Similarmente, Lesch, *Intervención delictiva*, p. 71 y s.

[2687] Hay que precisar que no todo delito especial impropio que se agrava por la calidad de funcionario público del autor es un delito de infracción de un deber (vid., Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 233 como delito de infracción de un deber impropio), sino que puede ser que esa agravación siga estando en el ámbito del dominio, siendo que la cualificación tiene lugar por la mayor fidelidad al Derecho que se espera del funcionario. Por ejemplo, la agravación del delito de secuestro por la calidad de funcionario público del

pecial se fundamenta en el hecho de que si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Por consiguiente, la responsabilidad penal de los que han participado en el hecho delictivo y no tienen la calidad especial no podrá verse afectada por la agravante prevista, sino que su responsabilidad penal se determinará a partir del delito de dominio base de la agravación.

En caso que el delito de infracción de un deber constituya un delito especial propio, el vacío de punibilidad se presentará más evidente. Sin embargo, lo que corresponde en estos casos es que el legislador penal proceda a castigar expresamente la aportación especial de un *extraneus* a la materialización de un delito de infracción de un deber, sea mediante una cláusula general para el castigo de la participación en los delitos de infracción de un deber, sea mediante la configuración de tipos penales específicos en la Parte Especial. De esta última forma se opera cuando, por ejemplo, se tipifica el delito de cohecho activo que, siguiendo la lógica de la unidad del título de imputación, no tendría que estar específicamente sancionado, en tanto el agente corruptor es ya un cooperador necesario del delito de cohecho pasivo. El hecho es que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes no son suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial propio de infracción de un deber. Si se quiere mantener los presupuestos materiales de los delitos especiales, no puede hacerse una incriminación de la participación a través de una cláusula general igual para los delitos de dominio y de infracción de un deber[2688]. En el Derecho Penal Alemán se contempla, en este sentido, una regla específica para estos problemas, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente.

---

autor es un delito de dominio cualificado si el delito ha sido cometido por un funcionario público al margen de su actuación funcionarial. El fundamento de la agravación en este caso es el mayor reproche que cabe hacer a un funcionario público en razón de lo que se espera de él. Pero lo que queda claro es que su responsabilidad penal sigue siendo por la infracción de competencias por organización que le corresponde como ciudadano. Por el contrario, si el funcionario público priva de la libertad a otro en el ejercicio de sus funciones públicas, entonces sí se tratará de un delito de infracción de un deber. Vid., similarmente, PINEDO SANDOVAL, en *Estudios críticos*, p. 447 y ss.

[2688] Similarmente, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Revista Jurídica del Perú*, T. 111, mayo 2010, p. 243.

Las afirmaciones precedentes no resultan aplicables a la figura de la inducción, pues, como ya se ha explicado, esta forma de participación en el delito no constituye, en sentido estricto, una intervención delictiva, sino la realización de un injusto aparte. En este sentido, no habrá mayor inconveniente dogmático para hacer penalmente responsable por inducción al que determina a un obligado institucional a cometer un delito de infracción de un deber. Sin embargo, la remisión de la determinación de la pena del inductor a la pena del autor no se ajusta a la gravedad de los deberes infringidos, por lo que debería considerarse una pena menor para el inductor.

LECCIÓN 18
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. Introducción

En un modelo ideal de actuación racional, todo comportamiento intencional tiene un conjunto de pasos claramente diferenciados[2689]. En primer lugar se encuentra el propósito de realizar una conducta, luego una labor de preparación, de ejecución de los actos tendentes a alcanzar el objetivo planteado, la efectiva obtención de ese resultado y, finalmente, la satisfacción del interés perseguido. El delito, en tanto se trata de un comportamiento, no es ajeno a este proceso, por lo que en su realización pueden identificarse las fases antes referidas, esto es, el propósito serio de cometer un delito, los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito. La pregunta que se suscita es si cabe una imputación jurídico-penal en todos los grados de desarrollo del hecho delictivo y, de ser así, en qué medida. En esta lección nos ocuparemos precisamente de señalar en cuáles de estas fases resulta posible una imputación y cuál sería el fundamento de la misma. Incluso la posibilidad de negar la imputación o de realizarla con una reducción de la pena, depende del nivel de desarrollo que ha alcanzado el hecho delictivo.

II. Ideación o propósito serio de cometer un delito

La etapa de ideación o propósito serio de cometer un delito se presenta propiamente en la esfera de los pensamientos, por lo que una punición en esta fase significaría ir en contra del principio del hecho del Derecho penal (*cogitationis poenam nemo patitur*)[2690]. La impunidad de esta fase

---

[2689] Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 2.

[2690] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a. Similarmente, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 3 y ss.

del delito se debe fundamentalmente a dos razones: a la dificultad de controlar los pensamientos (principio de evitabilidad) y a la pertenencia de los mismos al ámbito estrictamente interno (mandato de neutralidad del Derecho)[2691]. Si se sanciona, mediante diversas fórmulas, un suceso que tiene lugar en este ámbito de desarrollo, se estará destruyendo el reconocimiento de la persona como sujeto libre y autónomo[2692].

La impunidad del solo propósito serio de cometer un delito se mantiene aun en el caso que este propósito se exteriorice mediante una declaración que manifieste la voluntad de querer cometer un delito. En ciertas legislaciones penales esta exteriorización podría dar pie, bajo determinadas condiciones, a un delito de amenazas, tal como sucedía con el Código Penal de 1924 en el artículo 224. Pero queda claro que la lesividad de este delito no reside en la afectación al bien jurídico protegido por el delito cuya realización se advierte con la amenaza, sino en una restricción a la libertad individual o una afectación a la tranquilidad pública. En cualquier caso, el actual Código Penal no sanciona la conducta que se limita sin más a amenazar a otra persona.

III. Los actos preparatorios

Los actos preparatorios constituyen un estado previo a la ejecución del delito y que, en tanto se desarrollan al interior de la esfera de organización del ciudadano, se encuentran fuera del ámbito de lo punible. Por otra parte, al ser actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, la regla general es la impunidad de esta etapa del *iter criminis*[2693]. No obstante, si los actos preparatorios tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, podría sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestiona abiertamente la vigencia de la norma como sería el caso de la conspiración contra el Estado o la conformación de una agrupación terrorista[2694]. Puede decirse, por tanto, que los actos preparatorios no se consideran actos prohibidos por el ordenamiento

[2691] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a.
[2692] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1a.
[2693] Vid., similarmente, MEINECKE, *Gesetzsgebungssystematik*, p. 74 y s.; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 418 y s. En la misma línea la sentencia de la Corte Suprema Exp. N° 111-94 Lima de 18 de mayo de 1994 [*Diálogo con la jurisprudencia* 5 (1999), p. 179 y s.].
[2694] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 1e; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 8; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 419.

jurídico-penal, salvo que se decida penalizar algunos de ellos por las razones antes señaladas. Ya que en estos casos el legislador se mueve en el límite de lo legítimamente posible, el cumplimiento del principio de legalidad adquiere una importancia central.

IV. Los actos de ejecución: Tentativa

1. Fundamentación y delimitación de lo punible

Los actos de ejecución implican la utilización concreta de los medios elegidos con la finalidad de crear las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo delictivo deseado[2695]. Cuando estos actos de ejecución no llegan a consumar el delito por causas ajenas a la voluntad del autor, se produce la llamada tentativa. Según el artículo 16 del CP, la tentativa es punible, en cuyo caso el juez la reprimirá disminuyendo prudencialmente la pena prevista para el delito consumado.

En la historia de la dogmática penal se han ofrecido una serie de fundamentos para el castigo de la tentativa[2696]. Se han intentado todas las formulaciones posibles: Teorías puramente objetivas que se centran en la peligrosidad de la conducta[2697], teorías puramente subjetivas que se centran en la intencionalidad del autor[2698], teorías que combinan ambos aspectos[2699], teorías que ponen el acento más en la parte objetiva[2700], o

---

[2695] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, PG, p. 438.

[2696] Sobre esto, con detalle, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 1 y ss.

[2697] Vid., sobre la antigua teoría de la peligrosidad objetiva, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 13 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 512 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 17. Otras variantes de la teoría objetiva de la tentativa son: la teoría de la tentativa como injusto parcialmente realizado y la llamada teoría de la falta de tipo (vid., sobre estas variantes, ZACZYK, *op. cit.*, p. 53).

[2698] Vid., sobre las teorías subjetivas, vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 17; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 513; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 19; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 76 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 374 y ss.

[2699] Vid., así, las llamadas teorías dualistas defendidas por SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 11/2; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, p. 182 y ss. Igualmente constituye una teoría objetivo-subjetiva de la tentativa, la teoría de la voluntad ejercida contraria al Derecho (sobre esto, vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 513, MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 3) y la llamada teoría de la unión defendida por ROXIN, *La teoría del delito*, p. 376 y ss. En España predominan las teorías mixtas, como lo señala con mayores referencias, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 105 y s.

[2700] Así la teoría de la impresión, vid., al respecto, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT p. 514; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 21; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 29 y s.

teorías que hacen lo mismo con la parte subjetiva[2701]. Como bien lo ha puesto de manifiesto STRATENWERTH, en ningún otro punto de la dogmática penal se ha mostrado tan fuerte la oposición entre teorías objetivas y subjetivas del delito[2702].

La disputa entre las teorías sobre el fundamento de la tentativa se encuentra actualmente inclinada a favor de las teorías subjetivas[2703], en tanto la perspectiva de análisis de la tentativa va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa hacia lo interno[2704]. Sin pretender negar el papel de lo subjetivo (como atribución) en el proceso de imputación penal, consideramos que el fundamento de la tentativa debe buscarse, más bien, en el ámbito social[2705], de manera tal que la relevancia de la tentativa no resida en la interioridad de la persona, sino en su sentido comunicativo conforme a los parámetros sociales de interpretación.

La tentativa, para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador[2706]. Quedan fuera de la tentativa, por tanto, los pensamientos, las conductas desarrolladas únicamente en el ámbito privado y también las conductas externas que sean *per se* irrelevantes[2707]. No obstante, debe precisarse que el carácter perturbador de un hecho externo no debe entenderse en relación con un bien jurídico[2708], pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios[2709], sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea[2710]. En efecto, como lo hemos precisado en la lección sobre

---

[2701] Así la llamada teoría del autor, vid., al respecto, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 19; ROXIN, *La teoría del delito*, p. 384; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 514.

[2702] Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 16.

[2703] Vid., así, la indicación de ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 230.

[2704] Vid., así, por ejemplo, la comprensión de STRUENSEE, *GS-Armin Kaufmann*, p. 531; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 37. Críticamente frente a estas comprensiones de la tentativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 301. Si bien JAKOBS, en *Estudios*, p. 235, resalta la representación del autor, no significa que reconozca ahora que el proceso interpretativo vaya de lo interno a lo externo, sino que este proceso no debe depender de fantasías, sino de la determinación comunicativamente relevante (externa) de la representación del autor.

[2705] Vid., en este sentido, también, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 126 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 128.

[2706] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 302; FRISCH, *ZStW* 101 (1989), p. 610, nota 229.

[2707] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

[2708] Como modernamente lo han intentado fundamentar, KRATZSCH, *JA* 1983, p. 578; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 308; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 42.

[2709] Vid., sobre ello, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 79.

[2710] Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 113, 135. La única alternativa posible sería, pues, recurrir a criterios subjetivos para fundamentar la punibilidad relativa de la

la imputación objetiva, la actuación de una persona resulta penalmente relevante sólo si constituye la infracción de un rol jurídicamente atribuido[2711]. Para poder afirmar tal infracción, se requiere atribuir al portador del rol la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de su libertad de organización o de sus competencias institucionales[2712]. Sin esa infracción objetiva de deberes, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño o incumplir deberes especiales, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa[2713].

Con la fundamentación de la tentativa basada en su significado social se levantaría la dificultad de delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa[2714], pues la tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tendría el significado comunicativo de ser una defraudación de la norma[2715]. Por otra parte, el castigo de la tentativa inidónea con base racional se encontraría perfectamente fundamentado, en tanto constituiría también una actuación socialmente relevante[2716]. La primera cuestión va a ser tratada al abordar la imputación objetiva en la tentativa, por lo que aquí se procederá únicamente a delimitar los casos de tentativa que resultan punibles.

La comprensión de la tentativa con base en el significado social del hecho requiere precisar cuándo produce una perturbación social, de manera que se pueda delimitar lo punible como tentativa. Puede afirmarse, en primer lugar, que la configuración de la sociedad no puede verse afectada por comportamientos supersticiosos, pues la estabilidad de las expectativas sociales no se encuentra condicionada por las creencias personales (por ejemplo, procurar matar a alguien dándole pinchazos a un muñeco que

---

tentativa inidónea, vid., así, ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, p. 42 y ss.; RUDOLPHI, en *El sistema moderno*, p. 91, o en criterios puramente preventivos basado en la peligrosidad del autor, BURKHARDT, *Der „Rücktritt"*, p. 99 y s.

[2711] Vid., similarmente, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 87.

[2712] Vid., en este sentido, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 326.

[2713] Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 304; FRISCH, *Verhalten*, p. 46.

[2714] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 229, en donde pone de relieve además la necesidad de recurrir al contexto para determinar el significado de la conducta. Vid., en el mismo sentido, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 126 y ss. Críticamente sobre la posibilidad de esta delimitación, ROXIN, *La teoría del delito*, p. 386.

[2715] Vid., así, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 87.

[2716] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 23; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 131; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 130.

lo representa). El carácter estrictamente individual de las actuaciones supersticiosas se refleja claramente en el hecho de que nuestra sociedad no está dispuesta a admitir que los deberes de salvamento, por ejemplo, puedan cumplirse realizando plegarias a los espíritus[2717]. En consecuencia, los supuestos de tentativas irreales no pueden considerarse tentativas penalmente relevantes[2718]. Por otra parte, las interpretaciones muy personales de la realidad tampoco tienen relevancia social, ya que una infracción de la norma por parte de un individuo solamente puede ser considerada tal si expresa socialmente un sentido infractor[2719]. La llamada tentativa burda queda, por ello, fuera del ámbito de la tentativa punible (por ejemplo, intentar darle dolores de cabeza al vecino colocando imanes en la pared medianera)[2720].

Discutida es la punibilidad del llamado delito imposible, en donde se realiza una acción delictiva contra un objeto absolutamente inapropiado o mediante medios absolutamente inidóneos. Siguiendo la lógica de la tentativa burda, no podría castigarse penalmente estos casos, pues la ausencia de toda posibilidad de daño deja intacta la identidad normativa de la sociedad. Solamente aquello que produce una perturbación social, esto es, una afectación a la identidad normativa de la sociedad, puede dar lugar a una sanción penal, y ciertamente aun cuando nadie haya salido realmente perjudicado por ello. En esta línea de pensamiento, el artículo 17 del CP deja fuera de lo punible el delito imposible, es decir, aquellos casos que desde una perspectiva social al momento del hecho (*ex ante*) resultan absolutamente inidóneos para producir un resultado lesivo[2721].

En el ámbito de la tentativa punible se encuentran las conductas que valoradas previamente de forma general son idóneas para producir el resultado lesivo, pero no lo producen. Esta falta de consumación *ex post* de la tentativa puede presentarse de diversas formas. Por un lado, puede que la conducta haya sido también *ex post* idónea para producir

---

[2717] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 231.

[2718] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 22. En el Perú, igualmente, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 56.

[2719] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 23; EL MISMO, en *Estudios*, p. 232 y s.

[2720] Sobre la tentativa burda, vid., KÜHL, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 86.

[2721] Vid., así, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 48; REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 559, criticando a los autores nacionales que determinan la inidoneidad de la conducta desde una perspectiva *ex post*.

el resultado, pero éste no se ha producido por simple causalidad (p.e. la víctima se agachó a amarrarse los zapatos justo en el momento que pasaba la bala disparada por el autor). Por el otro, puede que la conducta en general idónea, sea inidónea en el caso concreto para producir el resultado, presentándose solamente una inidoneidad relativa (p.e. por razones anómalas de constitución, la víctima es inmune al veneno utilizado por el autor). Se trata, en concreto, de aquellas acciones que, en circunstancias normales, son idóneas para producir un resultado, pero que en el caso concreto no lo son. A partir de esta conceptualización, se puede diferenciar la tentativa absolutamente inidónea (o delito imposible) de la tentativa relativamente inidónea[2722]. Mientras que la tentativa absolutamente inidónea es impune conforme al artículo 17 del CP, los supuestos de inidoneidad relativa pueden aún castigarse con base en el artículo 16 del CP[2723].

Si es que se admite la posibilidad de castigar ciertos casos de tentativa inidónea, resulta necesario precisar cuál es la frontera entre esta clase de tentativa y el delito putativo que es, en general, impune[2724]. Un sector de la doctrina penal ha pretendido responder a esta cuestión recurriendo a una distinción a contrario en relación con la teoría del error. Sobre la base de la bipartición del error que distingue entre un error sobre los elementos del tipo de injusto y un error sobre el carácter prohibido del injusto, se obtiene la conclusión a contrario de que los casos de error sobre la existencia de aspectos del tipo penal deben fundamentar una tentativa (error de tipo invertido), mientras que la creencia errónea del carácter prohibido del hecho solamente un delito putativo impune (error de prohibición invertido)[2725]. A este planteamiento se le objetado, sin embargo, que la relación interna de

---

[2722] Vid., la referencia a la distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 19, n.m. 2175 y s.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 499 y s.; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 20. Por el contrario, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L13/81 equipara el delito imposible con la tentativa inidónea. Observaciones fundamentales también desde la perspectiva *ex ante* para la distinción entre la tentativa inidónea y tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), se encuentran en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 117, nota 250. Crítico frente a la distinción, LEÓN ALVA, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 123 y s.

[2723] En el mismo sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 570 y ss.

[2724] Sobre esta discusión en la doctrina penal alemana, CANCHO ESPINAL, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 48 y ss.

[2725] Vid., al respecto, ENGISCH, FS-*Heinitz*, p. 186 y ss.

la que parte no constituye propiamente una contraposición lógica[2726], sino simplemente un postulado de simetría en el tratamiento del error[2727]. Esto significa que la corrección de la conclusión a contrario depende solamente de una determinada comprensión del injusto y del error, pero no de una conclusión forzosa para la teoría del delito. Pero además esta propuesta presenta soluciones no siempre convincentes cuando el error invertido está referido a elementos normativos del tipo, tal como sucede con la ajenidad en el hurto o la existencia de un documento en la falsificación documental. ¿Comete una tentativa inidónea de hurto el trabajador de un crematorio que se apropia de los dientes de oro de los cadáveres que crema al pensar erróneamente que le pertenecen al fallecido?[2728]

Otro sector de la doctrina penal apunta precisamente a responder a los casos problemáticos de error sobre aspectos jurídicos previos al tipo penal. En esta línea, considera que la distinción entre una tentativa inidónea y un delito putativo depende de si el error está referido a un campo jurídico previo de la tipicidad o a la decisión fundamental del legislador de incriminar una determinada conducta[2729]. En el primer caso se estará ante una tentativa inidónea y en el segundo caso ante un delito putativo. A este planteamiento se le ha opuesto aquel que entiende que también el error sobre el estadio previo a la tipicidad es un delito putativo, en la medida que los errores sobre valoraciones jurídicas previas al tipo penal repercuten en el ámbito de la protección penal[2730]. En consecuencia, todos los errores en el campo previo también llevan al delito putativo. Una posición que alterna diferenciadamente los dos planteamientos antes referidos es la que asume ROXIN, al sostener que el campo jurídico previo al que se remite el tipo penal no tiene siempre la misma naturaleza[2731]. Si se trata de un elemento típico colectivo que abarca diversas circunstancias particulares en el tipo penal (por ejemplo, tributos, autoridad competente, etc.), entonces cabrá seguir la tesis del delito putativo, pues esos ámbitos previos pertenecen al

---

[2726] Concluyente, en este sentido, PUPPE, en *El error*, p. 121 y s., en tanto que de la fijación de una condición necesaria singular de la punibilidad de un caso, no puede derivarse positivamente la punibilidad de otro caso. En la misma línea, ROXIN, *La teoría del delito*, p. 452 y s.

[2727] Vid., PUPPE, en *El error*, p. 122.

[2728] Ejemplo discutido en la jurisprudencia alemana que utiliza CANCHO ESPINAL, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 49 para abordar la problemática.

[2729] Así, BLEI, *JA* 1973, p. 601 y ss. En la misma línea, HERZBERG, *JuS* 1980, p. 469 y ss.

[2730] En este sentido, BURKHARDT, *JZ* 1981, p. 685. Críticamente, ROXIN, *La teoría del delito*, p. 449.

[2731] Vid., ROXIN, *La teoría del delito*, p.454 y ss.

tipo penal. Pero si se trata de elementos normativos que está situadas fuera del tipo como la ajenidad o el perjuicio patrimonial, entonces habrá dolo y, por lo tanto, una tentativa inidónea.

En nuestra opinión, la frontera lo punible no debe encontrarse en la esfera de lo subjetivo, sino en el ámbito de la relevancia del hecho como socialmente perturbador[2732]. El delito putativo no es solamente una ampliación en la cabeza del autor, sino una (aparente) ampliación objetiva y subjetiva que se materializa en el hecho realizado por el autor. Pero en tanto se trata de una expresión llevada a cabo de manera unilateral y sin observar los procesos institucionalizados para configurar la sociedad, esa actuación no podrá tener relevancia social alguna. En este sentido, el delito putativo no puede constituir un acto comunicativo penalmente relevante y debe quedar, por ello, impune. Una tentativa tendrá lugar, por el contrario, cuando el autor yerra solamente sobre la relevancia delictiva de su concreta actuación. Esta afirmación podría recibir la crítica de llevar a cabo una ampliación excesiva de la tentativa y permitir la punibilidad en supuestos en los que la pena no resulta necesaria. Ante esta objeción cabe precisar que la afirmación de una tentativa no decide aún sobre la punibilidad de la misma. Fuera del ámbito de lo punible se encuentran, como ya lo indicamos, los casos en los que el hecho delictivo no hubiese podido materializarse de ninguna manera (delito imposible). Solamente los casos de tentativa inidónea en sentido estricto pueden ser penalmente sancionados, pues si bien la actuación en el caso concreto no ha sido adecuada para realizar el delito, en otras circunstancias hubiese sido idónea. La perturbación social que fundamenta la punición de la tentativa tiene lugar sólo en estos casos.

Ejemplo: Aquél que recibe una herencia y no la indica en su declaración jurada de impuesto a la renta para evitar pagar impuestos, no yerra sobre el delito de defraudación tributaria, sino sobre la relevancia delictiva de su hecho[2733]. No obstante, debido a que de ninguna forma la omisión de declaración de herencias puede configurar el delito de defraudación tributaria, se trata de un delito imposible impune. La situación cambia si una persona no realiza la declaración anual pensando que con ello oculta

---

[2732] Anteriormente, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 806.

[2733] Por el contrario, considera que este supuesto no debería ser considerado tentativa, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 180.

determinados ingresos al Fisco, pero resulta que en ese año tal declaración para él no era obligatoria[2734]. En estos casos, se tratará de una tentativa inidónea en sentido estricto.

2. Los elementos de la tentativa

Una vez precisado el fundamento de la punibilidad de la tentativa y delimitado lo punible como tal, conviene que nos ocupemos brevemente de sus elementos constitutivos. Conforme al artículo 16 del CP, se castiga penalmente como tentativa el caso en el que el agente, que ha decidido cometer un delito, comienza a ejecutarlo sin llegar a consumarlo[2735]. En esta definición pueden apreciarse dos elementos constitutivos de la tentativa.

A. La imputación objetiva: El comienzo de la ejecución sin consumación

A diferencia de la legislación alemana que considera tentativa el hecho de disponerse a realizar inmediatamente el tipo penal, nuestra regulación legal considera tentativa solamente el comienzo de la ejecución delictiva, lo cual parece abogar por una comprensión formal de la tentativa[2736]. En este sentido, la delimitación de la tentativa frente a la preparación, por un lado, y la consumación, por el otro, se determinaría con base en el tipo penal correspondiente[2737]. Las acciones preparatorias serían aquéllas que tienen lugar antes de la ejecución de la conducta típica, mientras que la consumación sería la realización completa del tipo penal. En este contexto de ideas, una tentativa podría tener lugar incluso en delitos de preparación[2738] o en delitos de peligro abstracto[2739], en la medida en que se realice algunos ele-

---

[2734] Así fue en esencia el caso juzgado por el tribunal de cámara del 9.09.1981 y que calificó este hecho como una tentativa de defraudación tributaria. Vid., sobre esta sentencia críticamente, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 178 y ss.

[2735] Por su parte, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 530, entiende que los requisitos del artículo 16 del CP son, en realidad, tres: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.

[2736] Por eso JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 56, obtiene la conclusión contraria para el Derecho penal alemán.

[2737] Similarmente TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 412, al señalar que la delimitación entre preparación y tentativa debe tener en cuenta los respectivos tipos penales. En el mismo sentido, la delimitación objetiva de la norma defendida por SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 461.

[2738] Rechaza esta posibilidad, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 78.

[2739] Vid., en principio, en contra de la punibilidad de la tentativa en delitos de peligro abstracto, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 70 y ss.

mentos, pero no todos, del tipo penal correspondiente. Esta posibilidad se encuentra incluso respaldada por nuestro sistema abierto de incriminación de la tentativa.

La comprensión formalista de la tentativa no puede resultar, sin embargo, satisfactoria, pues obligaría, por ejemplo, a castigar ya por delito de conducción en estado de embriaguez a quien encontrándose bajo la influencia de bebidas alcohólicas, coge las llaves del carro para volver a su casa. La degeneración hacia un Derecho penal de la sospecha se encontraría, de esta manera, muy cercana. Por esta razón, consideramos que resulta indispensable dotar a la regulación legal de una base material que nos permita decidir cuándo efectivamente tiene lugar una tentativa[2740]. En nuestra opinión, esta base material se encuentra en la imputación objetiva con base en roles jurídicamente relevantes, la cual requiere, como lo hemos señalado repetidas veces, de un proceso de contextualización[2741].

Mediante la determinación del contexto será posible fijar si el ciudadano correspondiente ha infringido o no sus competencias por organización o institucionales y concretamente qué competencias ha infringido en caso de diversos hechos delictivos posibles[2742]. En caso de intervención de varios partícipes, el comienzo de la tentativa deberá determinarse con base en la solución conjunta de una infracción colectiva de competencias, es decir, como si el hecho hubiese sido realizado en su totalidad por un solo interviniente[2743]. Sobre la base de las ideas expuestas, sólo en caso que pueda afirmarse una infracción individual o colectiva de tales competencias, podrá decirse que ha comenzado la ejecución del delito. En consecuencia, en los delitos de mera conducta, de peligro abstracto y de emprendimiento, cuya infracción del rol configura plenamente el tipo penal, una tentativa diferenciada de la consumación difícilmente podría tener lugar[2744]. Dis-

---

[2740] En este sentido también se encuentra la línea de desarrollo de ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 300 y ss., aunque con fundamentos distintos a los que sostenemos.

[2741] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 63.

[2742] El plan subjetivo del autor juega un papel secundario (a diferencia de la regulación positiva alemana que lo contempla expresamente para definir la tentativa). La defraudación de expectativas no puede quedar a merced de la representación interna del autor, sino que se trata de un aspecto definido por las estructuras sociales.

[2743] Vid., VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 307.

[2744] Vid., en este sentido, respecto de los delitos de peligro abstracto (peligrosidad), VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 421. De una opinión distinta, respecto de los delitos de emprendimiento, BURKHARDT, *JZ* 1971, p. 353 y ss.; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 128 y s.

cutibles podrían ser los casos de delitos de dos actos en los que sólo un acto de los dos se realiza[2745], pues si bien no parece posible afirmar ya en estos casos una infracción del rol atribuido y, por tanto, una imputación del comportamiento, la situación cambiaría si cada acto configura por sí mismo un hecho penalmente relevante.

B. La imputación subjetiva: La decisión de cometer el delito

La imputación subjetiva en la tentativa, a diferencia de la imputación objetiva, es completa, esto es, se presenta igual que en el delito consumado[2746]. Se exige que al autor pueda imputársele subjetivamente la decisión de realizar el delito correspondiente ("decidió cometer)[2747], esto es, la decisión de defraudar la expectativa normativa de conducta. Por lo tanto, no basta que el autor simplemente considere la posibilidad de cometer un delito, sino que debe poder imputársele normativamente la decisión de cometerlo[2748]. La imputación de esta decisión requiere una exteriorización concluyente, de forma tal que no podrá afirmarse si el hecho se muestra ambivalente. Debe quedar claro que, para establecer el sentido de la actuación, no debe procederse a una valoración general del hecho, sino que debe contextualizarse en la situación específica y determinar, a partir de ahí, el conocimiento imputable al autor. Si del conocimiento que le corresponde al autor en la situación específica resulta posible afirmar la decisión de cometer el hecho[2749], podrá imputarse subjetivamente la realización incompleta del tipo al autor.

[2745] Vid., en este sentido, por ejemplo, la argumentación de TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413 y s.

[2746] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 24. Similarmente en la doctrina nacional, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 19, n.m. 2095; REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 535. De una opinión contraria, STRUENSEE, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, Agosto 1999, número especial 1, p. 21; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 9; SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 417 y s.; CUELLO CONTRERAS, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 253 y ss. Si bien FRISCH, *Comportamiento*, p. 638 y s., habla también de un dolo de consumación distinto del dolo de tentativa, precisa que la diferencia no se debe a la esencia del dolo, sino al objeto del dolo.

[2747] En el mismo sentido, pero con base en la idea de bien jurídico, MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 8.

[2748] En el mismo sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 515.

[2749] Hay que recordar que para la imputación subjetiva dolosa se exige solamente la imputación subjetiva del conocimiento de los aspectos referidos a la imputación del comportamiento, pero no los referidos a la realización del resultado. En el mismo sentido, la interpretación de FRISCH, *Vorsatz*, p. 57 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 8 y s. No obstante, la especial regulación de la tentativa en el StGB alemán hace que estos autores consideren que el dolo en el delito consumado no sea igual al del intentado. Pero como lo reconoce el propio FRISCH, *Comportamiento*, p. 638 y ss., esta diferencia se debe no a una diferencia esencial

La configuración de la imputación subjetiva en la tentativa lleva a la conclusión de que una tentativa de delito culposo es impune[2750], a pesar de que resulte teóricamente imaginable[2751]. Este rechazo de la punibilidad de la tentativa en los delitos culposos se extiende también a los delitos culposos cualificados por el resultado, pero no a los delitos dolosos cualificados por el resultado[2752]. En estos últimos, una tentativa puede perfectamente configurarse. Ahora bien, si se considera conveniente que, en ciertos ámbitos, se castigue ya las acciones culposas de emprendimiento, podrá recurrirse para ello a la figura de los delitos de emprendimiento o a los delitos de peligro abstracto como formas de incriminación de la conducta[2753].

3. La penalidad de la tentativa

La segunda parte del artículo 16 del CP señala que, en caso de tentativa, la pena será disminuida prudencialmente por el juez, lo que, conforme a una extendida opinión en la doctrina penal nacional, implica una pena siempre por debajo del mínimo legal previsto para el delito consumado[2754]. Como se desprende de la redacción del mencionado artículo, no se trata de una reducción facultativa, sino impuesta por el legislador[2755]. Dentro de la facultad discrecional del juez se encuentran, más bien, los criterios para reducir la penalidad. Utilizando de manera analógica el artículo 46 del CP, podría recurrirse sobre todo a los criterios de la importancia de los deberes infringidos y la extensión del daño o peligro causados como elementos de juicio para reducir la penalidad en la tentativa.

---

en el dolo, sino a los distintos objetos del dolo, esto es, a lo que según la legislación alemana debe abarcar la representación del autor en la tentativa (que incluye determinados actos preparatorios).

[2750] Vid., igualmente para el Derecho penal peruano, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 428.

[2751] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 28; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 516; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 100 y s.

[2752] Vid., vid., sobre esto, con mayores referencias, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 25 y s. Admite la tentativa en los delitos dolosos cualificados por el resultado también JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 515.

[2753] Vid., así, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.1.

[2754] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Determinación judicial de la pena*, p. 142; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 449; ROJAS VARGAS, *El delito*, p. 462 y ss. De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Derecho Penal*, PE, p. 257 y s.

[2755] Así, ROJAS VARGAS, *El delito*, p. 461.

4. El desistimiento

El desistimiento consiste en la conducta voluntaria del autor por el cual se deja de proseguir con los actos de ejecución del delito o se impide que éste se consume. En este sentido, el desistimiento presupone una tentativa punible, por lo que no puede hablarse de un desistimiento si el autor simplemente se abstiene de emprender un hecho delictivo[2756]. Conforme al artículo 18 del CP, el desistimiento del interviniente en un delito se privilegia con la impunidad por los actos ejecutivos realizados, siempre y cuando los actos practicados no constituyan ya otro delito. En la doctrina penal se ha discutido sobre el fundamento de esta exención de responsabilidad y, a partir de ello, de las particularidades que asume esta figura en el *iter* delictivo.

A. Fundamento

Como lo ponen de relieve JESCHECK/WEIGEND, la decisión del legislador de dejar impune el desistimiento voluntario de la tentativa no puede considerarse un acto de generosidad del legislador, sino que requiere una fundamentación[2757]. Precisamente a esta labor se han dedicado numerosos trabajos doctrinales, sin que se haya alcanzado al respecto un consenso dominante[2758]. Sin entrar en las particularidades de cada argumentación, puede decirse que existen tres modelos de fundamentación de la impunidad del desistimiento: Un modelo externo al Derecho penal, un modelo interno al Derecho penal, pero externo a la tentativa, y, finalmente, un modelo interno al Derecho penal referido a la tentativa[2759]. Dentro del primer modelo se encuentra la llamada teoría político-criminal o del puente dorado, según la cual la impunidad del desistimiento se justifica como un estímulo al autor para evitar la consumación del delito y mantener ileso el bien jurídico[2760]. Con el segundo modelo se corresponden la llamada teoría del premio (gracia, recompensa o merecimiento)[2761], la llamada teoría

---

[2756] Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 585 y ss.

[2757] *Lehrbuch*, AT, p. 538.

[2758] Sobre las distintas fundamentaciones de la impunidad en caso de desistimiento de la tentativa, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 538 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 5 y ss.

[2759] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 326.

[2760] Sobre esta teoría que se remonta a Feuerbach, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 538.

[2761] Vid., sobre esto, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 539.

del fin de la pena[2762] e incluso las teorías de la culpabilidad[2763], en tanto fundamentan la renuncia a la pena en razones jurídico-penales ajenas a la estructura de la tentativa. También el tercer modelo de fundamentación es interno al Derecho penal, pero, a diferencia del modelo anterior, recurre a la tentativa misma para poder precisar la razón que permite liberar de pena al que realiza un desistimiento[2764]. Este último modelo de fundamentación es el que consideramos más adecuado, en su vertiente de la teoría de la modificación, ya que no abandona la solución a factores ajenos a la dogmática penal, ni utiliza fórmulas de compensación al interior del sistema penal que puedan romper la estructura del sistema de imputación. Por esta razón, solamente con base en lo que es la tentativa, puede encontrarse el fundamento de la ausencia de pena en caso de desistimiento[2765].

Como lo hemos señalado líneas más arriba, la tentativa constituye un acto con sentido comunicativo pleno, esto es, una perturbación social. El autor ha infringido su rol y abre, con ello, la posibilidad al sistema penal de realizar una imputación jurídico-penal. No obstante, para que esta imputación proceda es necesario que el hecho esté separado del autor por una pérdida de influencia sobre el mismo[2766], de manera tal que mientras esto no suceda la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo del hecho resulta todavía posible[2767]. En tanto solamente el presente puede ser modificado, y no el pasado, cabe siempre un desistimiento sobre una conducta que, si bien comenzó en el pasado, se encuentra todavía en el presente[2768]. Si el hecho ya se separó del autor, es decir, forma parte de pasado, solamente cabe una rectificación, un arrepentimiento, pero no un

---

[2762] Vid., sobre esto, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 539 y s; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, p. 142; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 112.

[2763] Tanto en su versión de exclusión de la culpabilidad (ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 90 y ss.), como de satisfacción de la culpabilidad (HERZBERG, *NStZ* 1989, p. 49 y ss.).

[2764] Vid., en este sentido, la teoría de la unidad [LANG-HINRICHSEN, *FS-Engisch*, p. 372; MUÑOZ CONDE, *ZStW* 84 (1972), p. 778; ROXIN, *la teoría del delito*, p. 372 y ss.] y la fundamentación de la modificación [JAKOBS, en *Estudios*, pp. 326, 331, REAÑO PESCHIERA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 364].

[2765] Vid., en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p.51 y s.

[2766] Esta pérdida de influencia puede tener lugar por una renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho o por una pérdida objetiva del control sobre el hecho. Vid., de manera más detallada, JAKOBS, en *Estudios*, p. 328 y s.

[2767] Vid., en este sentido, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 520; EL MISMO, en *Estudios*, p. 328. Por el contrario, considera que el injusto de la tentativa es inmodificable, MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 31.

[2768] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 2; EL MISMO, en *Estudios*, p. 330.

desistimiento[2769]. La modificación todavía posible del hecho confirma de alguna manera la vigencia de la norma y deja sin efecto el cuestionamiento realizado por el comportamiento inicial. En este contexto de ideas puede comprenderse el trato privilegiado que el artículo 18 del CP otorga al desistimiento[2770].

B. Las formas de manifestación del desistimiento

El artículo 18 del CP establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que se produzca el resultado, será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan delito. Como puede verse, nuestra regulación penal reconoce dos formas de manifestación del arrepentimiento con base en la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada[2771]. En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos dirigidos a la producción de la consumación del delito, por lo que el desistimiento debe impedir en estos casos la producción del resultado[2772]. Por el contrario, en la tentativa inacabada el autor no ha realizado todos los actos que llevan al resultado, de manera que un desistimiento tiene lugar cuando voluntariamente no se prosigue con los actos ejecutivos del delito[2773]. La doctrina reconoce un tercer supuesto de tentativa, la llamada tentativa fracasada, en la que la continuación de la tentativa no tiene ninguna posibilidad de éxito y excluye, por ello, desde el principio un desistimiento[2774].

[2769] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 330 y s.: "*modificación del hecho versus comportamiento general posterior al hecho*".

[2770] No obstante, REAÑO PESCHIERA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 374 y s., considera que los casos de desistimiento voluntario no deben ser distinguidos con la impunidad, sino con una pena más benigna que la correspondiente a la tentativa no desistida. Esta argumentación olvida, sin embargo, que la responsabilidad penal se mantiene en caso que los hechos materializados constituyan ya otro delito, de manera que no se le niega el efecto social perturbador de los hechos hasta entonces cometidos, sino que solamente excluye la responsabilidad por aquello que el autor oportunamente ha podido revocar.

[2771] Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 594. Sobre la importancia de la diferencia entre tentativa acabada e inacabada para los casos de desistimiento, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 18.

[2772] Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540 y s.

[2773] Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540.

[2774] Vid., así, JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 543; MURMANN, *Versuchsunrecht*, pp. 34, 37.

a. El desistimiento en la tentativa acabada

Para poder admitir un desistimiento en la tentativa acabada, debe tratarse de un hecho que todavía puede ser susceptible de modificación, es decir, que el hecho se mantenga aún bajo el dominio del autor[2775]. Si el hecho, como tal, resulta ya irreversible, esta situación deberá entenderse simultáneamente como la renuncia a la posibilidad de modificación. La posibilidad de emprender cursos salvadores una vez acabada la tentativa, debido a un conjunto de circunstancias ajenas a la voluntad del autor, no puede fundamentar un desistimiento sobre el primer hecho[2776], sí en todo caso una atenuante en caso de reversión.

Por ejemplo: Una persona dispara directamente a la cabeza de otra para producirle instantáneamente la muerte. La víctima mueve la cabeza produciéndole una herida grave que le producirá la muerte en caso de no ser inmediatamente atendida. Si el agresor lleva a la víctima a la clínica y le salva la vida, eso no podrá considerarse un desistimiento de la tentativa de homicidio con un disparo dirigido a la cabeza, aunque su conducta constituye un hecho post-delictivo que generará sin duda efectos atenuatorios.

La posibilidad de modificación de una tentativa acabada se niega incluso si el autor considera una posibilidad insegura de reversión, pues la posibilidad de revocación no se ha encontrado bajo su dominio, sino que ha sido la casualidad la que le ofrece la posibilidad de un curso salvador[2777].

Ejemplo: Si una persona envenena a otra persona, asumiendo que eventualmente puede haber un intervalo de tiempo que permitiría salvarle la vida, el salvamento que se emprenda en una situación como esa no dará pie a un desistimiento, pues esa posibilidad no ha estado bajo el dominio del autor, sino que se ha dado por circunstancias fortuitas del caso concreto.

[2775] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 335. Por el contrario, BENLLOCH PETIT, en *Entre el funcionalismo y el principialismo*, Sánchez Herrera (coord.), p. 339 y s., considera que en estos casos el autor ya no controla el peligro. En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 9.

[2776] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19; EL MISMO, en *Estudios*, p. 334 y s.; BURKHARDT, *Der „Rücktritt"*, p. 93.

[2777] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19a; EL MISMO, en *Estudios*, p. 335. Sobre la exclusión de la casualidad en la configuración (objetiva) del desistimiento, JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 93.

b. *El desistimiento en la tentativa inacabada*

En la tentativa inacabada si bien no se han realizado todos los actos necesarios para la consumación del resultado, lo emprendido constituye ya una defraudación de la norma penalmente relevante (tentativa). En este sentido, si el autor puede todavía corregir el sentido del hecho, lo cual tiene lugar normalmente mediante la interrupción de los actos ejecutivos, cabrá un desistimiento[2778]. En principio, dado que el delito está todavía en proceso de ejecución, la reversión que fundamenta el desistimiento es siempre posible[2779]. No obstante, si el hecho se le ha escapado de las manos, el desistimiento no podrá tener lugar, aun cuando la tentativa fracase y sea posible emprender nuevamente la conducta defraudatoria, de lo que desiste el autor. En estos casos, tiene lugar la llamada tentativa fracasada que, por sus particularidades, merece un tratamiento más detenido.

c. *El desistimiento en la tentativa fracasada*

Una encendida discusión motiva en la doctrina penal los casos en los que el desistimiento se produce luego de una tentativa fracasada (por ejemplo, el autor dispara sobre la víctima y no le da, desistiendo de realizar un nuevo disparo)[2780]. La antigua jurisprudencia alemana resolvió estos supuestos con base en la llamada teoría del plan del autor, en la que el criterio decisivo para solucionar estos casos se encontraba en el plan del autor, en caso de haberlo tenido[2781]. No obstante, las críticas que se hicieron a esta teoría por favorecer a los autores con planes alternativos y por asumir un criterio puramente psicológico, llevaron a su completo rechazo[2782]. La propia jurisprudencia alemana ha abandonado incluso esta perspectiva de

---

[2778] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 543.

[2779] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 340.

[2780] Vid., JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 43.

[2781] Según esta teoría, si el plan del autor se limitaba a un acto concreto y este acto fracasaba, un distanciamiento del autor respecto de otros actos que asegurarían el resultado, no se tenía como desistimiento. Si el plan del autor no se limitaba a ningún acto concreto y quedaba su tentativa inacabada aún después de ciertos actos fracasados, un desistimiento resultaba posible mediante la renuncia a continuar los actos ejecutivos. Si consideraba que los actos ya emprendidos eran suficientes para la producción del resultado, un desistimiento solamente podía tener lugar mediante una acción de salvamento. Sobre esta teoría, vid., JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 44.

[2782] Sobre las críticas a esta perspectiva, vid., JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 45; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 38 y s.

análisis y ha asumido, en su lugar, la llamada teoría de la comprensión global defendida por la doctrina dominante[2783].

Para la teoría de la comprensión global, lo decisivo se encuentra en la representación del autor después de terminar el último acto de ejecución (el llamado horizonte del desistimiento), de manera que una tentativa fracasada solamente existirá si, según la representación del autor, una inmediata actuación resulta imposible para impedir el resultado[2784]. Por el contrario, si luego de una actuación sin éxito el autor desiste de un nuevo emprendimiento que considera idóneo para producir el resultado no alcanzado, entonces este desistimiento alcanzará a todo el hecho.

A la teoría de la comprensión global se le opone la llamada teoría del acto individual[2785], conforme a la cual cada acto considerado idóneo para producir por sí mismo el resultado constituye una tentativa independiente, de manera que, en caso de fracaso, no cabe un desistimiento[2786]. Sin pretender entrar en las particularidades del debate entre estas teorías, debemos señalar que nos inclinamos por la propuesta de solución ofrecida por la teoría del acto individual, aunque resulta conveniente que hagamos algunas precisiones.

Cada acto individual no debe entenderse en un sentido natural, sino en un sentido normativo, es decir, como una acción con el sentido comunicativo de defraudación de expectativas normativas institucionalizadas[2787]. Para que un hecho pueda alcanzar este sentido comunicativo, resulta necesario poder imputar al autor la infracción de la norma. Esta imputación solamente puede tener lugar si el hecho se ha separado del autor, de manera que no exista posibilidad de modificación. Si se pierde el dominio sobre una primera tentativa fracasada (riesgos extintos) y respecto de una segunda acción se impide la realización del resultado, no podrá admitirse un desistimiento sobre los riesgos extintos del primer acto, pues éste forma parte ya del pasado. Un acto voluntario de salvamento poste-

---

[2783] Vid., así, OTTO, *GA* 1967, p. 148 y ss.; EL MISMO, *Jura* 1992, p. 427 y ss.; ROXIN, *La teoría del delito*, p. 419; STRENG, *JZ* 1990, p. 213 y s.; SCHALL, *JuS* 1990, p. 625.

[2784] Vid., en este sentido, NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 32.

[2785] Vid., así, BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 516; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 92 y s.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 340.

[2786] Vid., JAKOBS, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 561 y s.

[2787] Similarmente, JAKOBS, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 563

rior al hecho podrá entenderse solamente como una rectificación del primer riesgo fracasado, pero no como un desistimiento[2788]. Por el contrario, si el riesgo creado se detiene y se abre nuevas posibilidades de lesión (desplazamiento de riesgos), un desistimiento resulta posible respecto de estos nuevos riesgos, siempre que el riesgo inicial se haya mantenido bajo el dominio del autor[2789].

Ejemplo: El asesino le sirve en el vaso de la víctima la bebida envenenada, la cual se le cae al piso, por lo que la víctima se agacha a limpiar dándole la oportunidad al victimario de golpearle mortalmente en la cabeza con la jarra que tiene entre sus manos, de lo cual sin embargo desiste.

C. Requisitos del desistimiento

Para que el desistimiento del autor pueda desplegar sus efectos exoneratorios de responsabilidad penal son necesarios dos requisitos: La eficacia del acto de modificación y la voluntariedad del desistimiento.

a. La eficacia

Para que el desistimiento despliegue su efecto eximente, se discute si en el plano objetivo debe ser eficaz o no, es decir, si debe impedirse efectivamente la realización del delito o basta con que el autor se esfuerce seriamente en impedirlo, aunque el resultado finalmente se produzca. En la medida que el desistimiento se sustenta en una reversión todavía posible del sentido comunicativo perturbador de lo ejecutado, parece lógico exigir que el esfuerzo serio de impedir la consumación del delito se materialice en una reversión efectiva[2790].

Si el hecho puede ser aún modificado en una tentativa acabada, el autor tendrá que llevar a cabo una acción óptima para evitar el resultado lesivo. Para ello, el autor tendrá que eliminar todos los riesgos prohibidos creados, de manera tal que si el acto de modificación deja todavía riesgos residuales prohibidos no podrá liberarse de responsabilidad penal, aun cuando este

---

[2788] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 19; EL MISMO, en *Estudios*, p. 334 y s.; BURKHARDT, *Der „Rücktritt"*, p. 93.

[2789] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 335 y s.

[2790] Sobre el principio de eficacia en el desistimiento, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 142 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, p. 73; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 1 y s.

riesgo residual pueda no realizarse. Un desistimiento sobre sólo algunos riesgos o una disminución del riesgo no resulta suficiente. No obstante, si el autor emprende una modificación completa de los riesgos y éstos se eliminan por otras razones, podrá admitirse un desistimiento. Por ejemplo: El que tira a un niño al río, se lanza a salvarlo, pero este niño, que sabía nadar, consigue salir del agua ileso. En el caso de la tentativa inacabada la eficacia del desistimiento es mucho más clara, en la medida que la no prosecución de los actos de ejecución lleva a impedir la materialización del delito.

La exigencia de la eficacia del acto de reversión no implica que, en los hechos, la afectación al bien jurídico no se produzca, sino que dicha afectación no se le pueda atribuir al que se desiste. Esta comprensión normativa de la eficacia se puede apreciar con claridad cuando en el delito intervienen responsablemente varias personas. En efecto, el artículo 19 del CP señala que no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación[2791]. Esta regulación confirma lo hasta ahora afirmado en general para un autor individual, en tanto se trata de la disposición seria de revertir el sentido del hecho que todavía está bajo su dominio[2792]. No obstante, parecería ser que en el caso que los partícipes prosiguiesen con la ejecución o consumación del hecho, el desistimiento del partícipe no requeriría ser eficaz, bastando únicamente su esfuerzo serio en impedirlo[2793]. Desde una perspectiva naturalista no cabe la menor duda que esta interpretación resulta correcta. Sin embargo, en un entendimiento normativo del delito, si el partícipe retira su aportación al hecho conjunto y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden, se tratará ya de un hecho distinto. Su desistimiento será *eficaz* frente al primer hecho, mientras que en el segundo no habrá una participación que lo incrimine.

Pese a lo anteriormente afirmado, hay que señalar que el legislador penal le exige al interviniente que desiste que no solamente retire su aporte, sino que se esfuerce en evitar, de ser el caso, el hecho posterior de los

---

[2791] Vid., con mayores referencias, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 550.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 27.

[2792] Sobre el esfuerzo serio de impedir el hecho, vid., BOTTKE, *Rücktritt*, p. 59 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 147.

[2793] Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 611.

otros intervinientes. Pese a que esta exigencia podría parecer excesiva[2794], resulta plenamente justificada, en la medida que de alguna forma el interviniente que desiste contribuyó, en un primer momento, a la formación de la voluntad criminal de los otros intervinientes. Si bien la prosecución del delito ya no constituye un hecho del partícipe que desiste, hay una cierta competencia residual por el mismo que solamente puede ser revertida con un esfuerzo serio en impedir la realización del delito, aunque finalmente no se consiga (dar parte a la policía, por ejemplo). Está de más decir que el desistimiento del partícipe no alcanzará al resto de los intervinientes que continúen con la materialización de su intención criminal[2795].

Hay que advertir, por otra parte, que el dominio sobre el hecho no debe ser comprendido en un sentido naturalista, pues ello nos llevaría a afirmar que en el caso de los partícipes que realizan su aporte en la fase preparatoria, un desistimiento no podría tener lugar durante la ejecución del delito. El concepto de dominio o capacidad de influencia sobre el hecho debe entenderse en un sentido normativo, esto es, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe, de manera tal que mientras exista la posibilidad de reversión del hecho, un desistimiento del partícipe sigue siendo posible[2796]. Por el contrario, tras la consumación y la pérdida de una posibilidad de reversión, un desistimiento no resulta posible, sino solamente una rectificación posterior.

b. La voluntariedad

Para que la modificación del sentido del hecho por el desistimiento tenga efectos eximentes, el artículo 18 del CP exige que se trate de un acto voluntario. En este sentido, conviene que precisemos a grandes rasgos la configuración de la voluntariedad en el desistimiento. En la doctrina penal se defienden fundamentalmente dos líneas de interpretación. Un sector de la doctrina entiende la voluntariedad como un dato psicológico, en el sentido del grado de influencia del motivo sobre la decisión del autor[2797].

[2794] Así la crítica de REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 623 y s.

[2795] Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 622.

[2796] Vid., así, fundamentado en la llamada accesoriedad cuantitativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 336 y s.

[2797] Vid., en este sentido, las interpretaciones de FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 46, II; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 198; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 11/71; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 544.

Un desistimiento es involuntario si la influencia sobre la voluntad alcanza el grado de motivación forzosa, mientras que si deja un espacio de libre decisión, entonces se tratará de un desistimiento voluntario[2798]. A esta comprensión de la voluntariedad se le opone la llamada interpretación normativa[2799], la cual se centra, más bien, en una valoración del cambio de motivación[2800]. No obstante, el correcto punto de partida de la comprensión normativa de la voluntariedad, se equivoca al buscar el punto de referencia en la motivación interna del autor[2801]. Para determinar la voluntariedad del desistimiento no interesa la motivación interna como tal[2802], sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo[2803]. En este sentido, la voluntariedad del autor tiene lugar cuando no hay más infidelidad ante el Derecho antes de que le haya venido un fracaso a su actuación y tenga todavía el hecho entre sus manos[2804]. La intención del autor de cometer otro delito, constituye otro objeto de valoración.

D. Efecto del desistimiento

El artículo 18 del CP establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que se produzca el resultado será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan, en sí mismos, un delito[2805]. Por ejemplo: Si la mujer que ha envenenado a su esposo se arrepiente y lo lleva al hospital más cercano, en donde le salvan

---

[2798] Vid., sobre la interpretación psicológica de la voluntariedad, con mayores referencias, ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 283 y ss.

[2799] Vid., en esta línea, ROXIN, *La teoría del delito*, p. 433 y ss.; BOTTKE, *Rücktritt*, p. 35 y ss.; ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 314 y s. Critica en bloque estos planteamientos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 332 y s.

[2800] Vid., en este sentido, la indicación de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 34.

[2801] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 34a; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 158.

[2802] De un parecer contrario, la formulación normativa de ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 315 y ss. Este rechazo de lo interno ha llevado a VOLK, *RPDJP* 3 (2002), p. 424, a afirmar que se ha procedido a una objetivización de la voluntariedad del desistimiento.

[2803] Vid., en este sentido, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 520; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 36; EL MISMO, en *Estudios*, p. 344 y s. Por el contrario, JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 109 y ss., diferencia entre la pérdida de sentido de la acción referido al bien jurídico (involuntario) y la pérdida del sentido de la acción referido a la modalidad de ejecución (voluntario).

[2804] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 345.

[2805] La doctrina penal discute si en el desistimiento se trata de una causa personal de supresión de la pena (vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 548), un elemento negativo de merecimiento de pena (LANG-HINRICHSEN, *FS-Engisch*, p. 373) o un criterio de medición de la pena (vid., BURKHARDT, *Der „Rücktritt"*, p. 184 y ss.).

la vida, pero no evitan una severa lesión en el sistema digestivo, responderá únicamente por las lesiones producidas, pero no por tentativa de parricidio. A esta situación se le conoce en la doctrina penal como tentativa cualificada[2806]. Si se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta las barreras de protección al ámbito previo a la lesión, la acción de impedir que la conducta peligrosa lesione finalmente el bien jurídico, no exonera de responsabilidad penal, a pesar de girar en torno a un mismo interés de protección, pues en estos casos la norma ha sido ya quebrantada y, por tanto, un desistimiento no puede alcanzarse[2807]. En el caso de un delito de peligro concreto, solamente cabría admitir un desistimiento si se trata de una conducta que aún no ha generado el peligro concreto y que puede ser todavía revertida[2808].

V. La realización del hecho: La consumación

1. El concepto formal y material de la consumación

A efectos de determinar si a un hecho le corresponde la pena prevista por el tipo penal, la consumación debe entenderse formalmente. En este sentido, podrá hablarse de una consumación en todos los delitos, en tanto tenga lugar una completa realización del tipo penal[2809]. No obstante, para configurar los criterios de imputación penal, deberá recurrirse a una comprensión material de la consumación[2810]. En el caso de los delitos de mera conducta y los delitos de peligro abstracto, la tentativa y la consumación se identifican, pues la sola imputación del comportamiento agota los requerimientos formales del tipo penal. Por el contrario, en los delitos de resultado, el castigo depende todavía de la posibilidad de afirmar una relación de imputación entre el comportamiento del autor y el resultado previsto en el tipo penal. En estos delitos, la diferencia objetiva entre la tentativa y la

---

[2806] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 48; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140.

[2807] En el mismo sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 50; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

[2808] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 26, n.m. 50. Una liberación general en estos delitos admite, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

[2809] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo, 25 n.m. 1g; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 517.

[2810] Habla de terminación del delito, como consumación material, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 49.

consumación es puramente cuantitativa[2811], mientras que la imputación subjetiva termina siendo en la consumación la misma que se requiere para el castigo de la tentativa.

2. El arrepentimiento activo

Con la denominación de "arrepentimiento activo" la doctrina penal hace mención a dos grupos de casos distintos. Por un lado, se califica de arrepentimiento activo los actos dirigidos a impedir la consumación del delito en caso de tentativa acabada, mientras que, por el otro, se hace referencia con esta denominación a los actos de reversión que emprende el autor luego de la consumación formal del tipo penal[2812]. Ya que del primer grupo de casos nos hemos ocupado líneas más arriba bajo el título del desistimiento en la tentativa acabada, en lo que sigue vamos a limitarnos al segundo grupo de casos[2813].

El arrepentimiento activo constituye un instituto dogmático ubicado en el plano de la consumación (formal) del delito[2814]. Por esta razón, las reglas generales del desistimiento no resulten aquí relevantes[2815]. Si la conducta de reversión del autor de un delito consumado puede tener relevancia penal alguna, depende de una decisión del legislador en el marco de determinados tipos penales de la Parte Especial o en leyes penales especiales. Esta vinculación de los efectos del arrepentimiento activo a una decisión del legislador penal ha llevado a afirmar que la regulación del arrepentimiento activo depende de un "principio de casualidad" [2816]. No obstante, la doctrina penal se ha esforzado por encontrar criterios materiales para fundamentar la regulación de la figura del arrepentimiento activo, los cuales vamos a exponer a continuación de la mano de determinados tipos penales.

[2811] Vid., JAKOBS, *JZ* 1988, p. 519.

[2812] Vid., así la indicación de FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 55. Vid., en referencia al Derecho penal español, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes*, p. 21 y ss.

[2813] JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 546, considera que la utilización del término arrepentimiento para los casos de desistimiento en la tentativa acabada resulta incorrecto, pues el arrepentimiento resulta pocas veces el motivo del desistimiento. Igualmente sobre este uso incorrecto del término arrepentimiento activo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 587.

[2814] Vid., en este sentido, FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 55.

[2815] Vid., así, FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 55. Igualmente en relación con la voluntariedad del arrepentimiento, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes*, p. 44. De otro parecer, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 114 y s.

[2816] Vid., así, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 24, n.m. 116; KRACK, *NStZ* 2001, p. 505.

A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño

El arrepentimiento activo que se regula, por ejemplo, en los llamados atentados contra el sistema crediticio (artículo 212 último párrafo del CP) se intenta fundamentar en la estructura típica de los delitos que protegen intereses colectivos[2817]. Se dice que si bien estos delitos protegen en primera línea bienes jurídicos universales (como, por ejemplo, el sistema crediticio), el fin de protección se vincula también con bienes jurídicos individuales (el patrimonio de los acreedores, por ejemplo)[2818]. En este sentido, la estructura típica de estos delitos podría verse como un adelantamiento de las barreras de protección respecto de los bienes jurídicos individuales, por lo que todavía sería posible revertir la lesión al bien jurídico individual. Esta reversión sería precisamente un arrepentimiento activo.

El fundamento de la regulación del arrepentimiento activo antes referido se encontraría en la función de protección de bienes jurídicos, pues, a pesar de la consumación formal de los delitos que adelantan las barreras de protección, el mantenimiento de la indemnidad del bien jurídico individual resulta todavía posible mediante actos de reversión[2819]. Con base en esta fundamentación del arrepentimiento activo, algunos autores se han mostrado incluso a favor de la posibilidad de una aplicación analógica de la regulación del arrepentimiento activo en otros tipos penales que adelantan igualmente las barreras de protección[2820].

Pese a la plausibilidad del razonamiento expuesto en el párrafo precedente, una justificación del arrepentimiento activo a partir del adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, no resulta compatible con nuestra comprensión de los delitos de mera conducta y de peligro

---

[2817] Vid., en este sentido, en relación con la regulación penal alemana, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 367; KRACK, *NStZ* 2001, p. 505.

[2818] En este sentido, KRACK, *NStZ* 2001, p. 505 y s. En concreto sobre los delitos contra el sistema crediticio, vid., esta indicación en INDECOPI, *Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial*, Documento de trabajo N° 002-1999, publicado el 17 de marzo de 1999, p. 12.

[2819] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 117; CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 298, respecto de los delitos de falsificación de moneda.

[2820] Vid., en este sentido, FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 63, mediante una interpretación de los tipos penales concretos. Por el contrario, BERZ, *FS-Stree/Wessels*, p. 331 y ss., considera que una aplicación analógica no resulta posible mientras no haya una regulación general del legislador. En esta última dirección discurre también el parecer de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 243.

abstracto, pues en estos delitos existe una imputación jurídico-penal que no puede ya revertirse mediante actos de arrepentimiento[2821]. A diferencia de la tentativa, en donde la posibilidad de influencia sobre el hecho le permitía al autor una modificación del sentido del mismo, en el arrepentimiento activo el hecho del autor tiene ya una existencia jurídica que no puede borrarse con buenas acciones posteriores del autor. En este sentido, la regulación del arrepentimiento activo del autor únicamente podría constituir una causa de exclusión de la punibilidad o un criterio de medición de la pena establecidos por el legislador para los casos en los que la conducta posterior del autor reduce o elimina la necesidad de restablecer la norma defraudada. Por ejemplo, en los atentados contra el sistema crediticio esta reducción de la penalidad, que en el caso de los partícipes llega hasta la exclusión de penal, se encontraría fundamentada en el impedimento o en la reparación del daño que el delito produce o puede producir en otras personas.

B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño

El arrepentimiento activo como criterio de reducción o exclusión de la pena puede tener su razón de ser también en una escasa reprochabilidad que queda luego de la reparación posterior del daño[2822]. La reparación del daño suele diferenciarse de la disminución del daño, de manera que solamente podrá hablarse de reparación si se trata de una restauración total[2823]. En la legislación penal, se contemplan supuestos de reparación del daño como, por ejemplo, el consistente en el pago del monto total del cheque en el delito de libramientos indebidos (artículo 215 último párrafo del CP). En este caso, el reproche al autor se reduce debido a su arrepentimiento activo posterior y hace que la necesidad de restablecer la norma defraudada por el delito de giro sin provisión de fondos se elimine. Dogmáticamente hablando, este comportamiento posterior a la consumación del delito excluiría la necesidad de imponer una pena, es decir, excluiría la punibilidad[2824].

[2821] Similarmente, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes*, p. 67, quien excluye los delitos de riesgo del ámbito de la reparación del daño posterior.

[2822] Vid., en este sentido, KRACK, *NStZ* 2001, p. 509 y s.

[2823] Vid., CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 220.

[2824] Igualmente en la anterior regulación penal española, CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 304 y s.

C. Contribución al esclarecimiento del delito

El primer párrafo del artículo 212 del CP, así como el artículo 2 del Decreto Legislativo 815, que regula supuestos de exclusión o reducción de pena en los delitos tributarios, establecen otros supuestos de arrepentimiento activo en el Derecho penal. En estos casos, los intervinientes en el delito contribuyen eficazmente al esclarecimiento del delito con el suministro de información a la que no habrían podido acceder los tribunales. La doctrina penal cuestiona la legitimidad de estos dispositivos, en la medida no se aprecia ninguna razón dogmática similar al desistimiento[2825]. Si bien a esta apreciación crítica no le falta razón, no afecta su inclusión en los supuestos de arrepentimiento activo, pues, como ya lo señalamos, el arrepentimiento activo no constituye una aplicación analógica de las reglas del desistimiento, sino simplemente una causa de reducción o exclusión de la pena. Se trata de una participación activa del autor o partícipe en el proceso de reestabilización de la norma defraudada, lo cual viene unido en algunos casos a una reparación del daño. Esto hace posible que los tribunales renuncien a la imposición de la pena o a un grado mayor de pena para restablecer la norma defraudada.

VI. El agotamiento del delito

En la fase de agotamiento del delito, el autor realiza plenamente el injusto del delito que sirve a la conformación del tipo penal[2826]. Este agotamiento puede presentarse, por un lado, como actos que, estando fuera del tipo penal, forman una unidad de acción con la conducta típica. Por otra parte, puede que el agotamiento constituya una acción posterior tendente a la satisfacción de la finalidad procurada por el autor del delito. A pesar de que esta fase del delito no constituye una etapa penalmente relevante del delito[2827], resulta importante tener en consideración su estructura a efectos de ordenar diversos aspectos de la imputación penal.

En primer lugar, hay que indicar que los actos de colaboración que tienen lugar en el momento de agotamiento del delito en unidad de acción, podrán dar pie a una participación punible. Así, quien guarda las mercan-

[2825] Vid., así, KRACK, *NStZ* 2001, p. 510.
[2826] Vid., en este sentido, HAU, *Die Beendigung*, p. 36.
[2827] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 12; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 50 y s.

cías introducidas ilegalmente al país en un local ubicado al lado de la frontera en la espera de la persona encargada de transportar la mercancía a un lugar más seguro, responderá como partícipe en el delito de contrabando. La redacción del artículo 25 del CP no se opone a esta posibilidad, en la medida que en el caso de la cooperación necesaria se hace referencia a la *realización* de un hecho punible, mientras que la complicidad simple se constituye con la simple prestación de asistencia sin indicar un momento específico.

El agotamiento del delito puede presentarse también como una acción, distinta al hecho delictivo, orientada a materializar el propósito del autor. Si bien en estos casos no hay una unidad de acción con el tipo penal, no hay que perder de vista su vinculación con el hecho previo para determinar aspectos como las circunstancias agravantes o las reglas del concurso de delitos[2828]. En esta línea, por ejemplo, el agotamiento del delito constituye una consecuencia lógica de la realización del delito que lleva incluso a que algunos tipos penales como la receptación no alcancen al autor del delito, en la medida que se entiende que el acto posterior de agotamiento está penado ya con la pena prevista por el delito previo[2829]. Por el contrario, en el caso del delito de lavado de activos (o blanqueo de capitales), la discusión es más encendida, siendo la opinión dominante la aceptación de la posibilidad de que también respondan por este delito los que intervinieron en el delito anterior (el llamado autolavado)[2830].

[2828] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 518; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP* 1995, p. 104 y s.

[2829] Vid., sobre esto, VIDALES RODRÍGUEZ, *Delitos de receptación*, p. 111.

[2830] Vid., con mayores referencias, GALVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 67 y ss. En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 64.

LECCIÓN 19
EL CONCURSO DE DELITOS

I. Introducción

La realización de un comportamiento (o de varios) puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la Parte Especial. Ante esta situación tenemos que decidir cómo se presenta la relación entre las infracciones a afectos de determinar no sólo la imputación del hecho, sino también la pena aplicable al caso concreto[2831]. La doctrina penal ha agrupado las formas de concurso en dos grandes grupos. Por un lado, se encuentra el llamado concurso aparente de delitos (o concurso de leyes), en el que la aplicación de un tipo penal desplaza al resto de los tipos concursantes y, por el otro, está el concurso propio de delitos, en donde diversos tipos penales resultan aplicables[2832]. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer los criterios de solución previstos por la legislación y la doctrina penales para resolver ambas formas de concurso.

II. El concurso de leyes o concurso aparente de delitos

En el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero sólo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito[2833]. Si bien la conducta juzgada puede subsumirse en varios tipos penales, solamente uno de los mismos eng-

---

[2831] Vid., así, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 1; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 1.

[2832] Vid., MITSCH, *JuS* 1993, p. 471 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 1; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19.

[2833] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 11. En nuestro país, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 121 y s.; ESCOBAR ANTEZANO, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 67.

loba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales[2834]. Esta situación explica por qué un sector de la doctrina califica también al concurso de leyes como concurso aparente de delitos, pues entiende que no existe propiamente un concurso de delitos para la determinación de la responsabilidad penal en el caso concreto[2835]. En principio, parece ser que a este punto de partida le asiste toda la razón, sobre todo porque permitiría una clara delimitación frente a los concursos de delitos propiamente dichos[2836]. Sin embargo, debe reconocerse que también en estos casos existe un concurso, en la medida que el comportamiento del autor cumple diversos tipos penales[2837].

Para poder diferenciar el llamado concurso de leyes de los concursos de delitos, consideramos adecuado seguir la fundamentación desarrollada por JAKOBS. Para este autor, en el concurso de leyes existe un único delito pluralmente formulado, mientras que en los concursos de delitos existe, en sentido estricto, una pluralidad de delitos[2838]. Esta comprensión no impide hablar en el concurso de leyes, como lo hace un sector de la doctrina penal[2839], de una unidad de ley, pero debe reconocerse que solamente puede hablarse de una unidad tal en la medida que una ley asume el desvalor de las otras[2840]. Si bien una parte de la doctrina diferencia al interior del concurso de leyes el concurso ideal aparente y el concurso real aparente, lo cierto es que ambas formas responden a la idea de la unidad de leyes. Por esta razón, resulta plenamente indiferente si se trata de una doble valoración de un hecho delictivo idéntico (concurso real aparente) o de acciones parcialmente idénticas (concurso ideal aparente)[2841].

[2834] Similarmente, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 718; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733.

[2835] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 156 y s.

[2836] Vid., así, la apreciación crítica de PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 182 y s.

[2837] En este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 2; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 182; PAREDES VARGAS, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 79.

[2838] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 11, 38. Sigue este planteamiento en España, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 184 y s.

[2839] Vid., VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 715; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 421; SEIER, *Jura* 1983, p. 226; MITSCH, *JuS* 1993, p. 471.

[2840] En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 185.

[2841] Vid., SEIER, *Jura* 1983, p. 228. Sobre la discusión entre las teoría de la unidad y la diferenciación en el concurso aparente de delitos, vid., WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 165 y ss.

1. Fundamento dogmático

En la doctrina penal existen diversos intentos por encontrar el fundamento del concurso de leyes y establecer, en este sentido, sus consecuencias dogmáticas. Unos consideran que se trata de una cuestión de culpabilidad que permite precisar si un tipo penal formalmente aplicable también lo es materialmente[2842]. Otros se centran en el contenido del injusto que el tipo penal desplazante agota[2843]. Una comprensión intermedia, defienden los que consideran que en el concurso de leyes tanto el contenido del injusto, como la culpabilidad, se encuentran comprometidos[2844]. Fuera del ámbito de la imputación del hecho y en un nivel más vinculado con las consecuencias jurídicas del delito, están los que manifiestan que lo que buscan las reglas del concurso de leyes es evitar una doble o múltiple valoración, en tanto solamente un tipo penal resulta necesario en estos casos para la determinación del delito[2845]. En el mismo nivel de argumentación puede colocarse a los que sostienen que el desplazamiento de los tipos penales también aplicables se debe a que el tipo penal desplazante cumple todos los fines jurídicamente relevantes o hace innecesario el fin perseguido por los tipos desplazados[2846]. Finalmente, en una zona de transición se ubica el parecer de los que afirman que el concurso de leyes constituye un instituto independiente de paso entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito[2847]. Ante esta variedad del panorama doctrinal, resulta obligado que nos pronunciemos sobre el fundamento dogmático del concurso de leyes antes de entrar en sus particularidades y consecuencias.

Para poder determinar el fundamento dogmático del concurso de leyes se requiere partir de la idea de que la función del Derecho penal es restablecer la vigencia de la expectativa normativa defraudada por el delito. Esta defraudación puede estar formulada por el Derecho penal de distintas maneras en función de un mayor o menor grado de abstracción[2848], por

---

[2842] Vid., así, Geerds, *Zur Lehre*, p. 229.

[2843] Vid., Graf zu Dohna, *ZStW* 61 (1942), p. 138.

[2844] Vid., en este sentido, Wegscheider, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 201 y s.; Bornemann, *Das Zusammentreffen*, p. 75.

[2845] Vid., Wegscheider, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 211 y s.; Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 721; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12; Puppe, *Idealkonkurrenz*, p. 313 y ss.; Matus Acuña, *El concurso aparente de leyes*, p. 302 y s.

[2846] En este sentido, Mitsch, *JuS* 1993, p. 473.

[2847] Vid., Seier, *Jura* 1983, p. 226.

[2848] Resalta el aspecto de la mayor o menor concreción, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 11.

lo que, dado el caso, no puede afirmarse la existencia de varias defraudaciones, sino de la misma defraudación. Ya que una reestabilización plena requiere atender a la formulación más específica de la defraudación, deben ofrecerse un conjunto de criterios que ayuden a precisar cuál de las formulaciones legales de la expectativa defraudada resulta la más específica. Los principios jurídicos desarrollados por la doctrina penal para el concurso de leyes atienden justamente a esta determinación[2849]. La problemática del concurso de leyes, sin embargo, no termina con ello, sino que requiere además precisar la medida de pena necesaria para la reestabilización de la expectativa defraudada más específica. Las consecuencias jurídicas del concurso de leyes permiten alcanzar la medida de pena que posibilite también la especialización de la sanción.

2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes

El Código penal actual no contiene una regulación expresa de los supuestos de concurso de leyes[2850]. Ante esta situación, resulta necesario recurrir a la doctrina penal para poder identificar los criterios con los que se pueda precisar cuál de los tipos penales en concurso resulta el preferente frente al resto de los que reclaman su aplicación. Al respecto la doctrina penal ha desarrollado los siguientes principios.

A. El principio de especialidad

Si bien con el principio de especialidad podría resolverse todos los supuestos de concurso de leyes, en la doctrina penal se suele limitar este principio a solucionar los casos de mayor o menor intensidad en la descrip-

[2849] Por ello, no le falta razón a JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12 y ss., cuando sostiene que los principios del concurso de leyes podrían formularse de manera completa con la idea de la especialidad. Atiende también sólo al principio de especialidad, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 355. Considera, más bien, que el principio fundamental es el de consunción, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 186.

[2850] Pese a que los proyectos de 1984 y 1985 sí contenían reglas para resolver los concurso de leyes (vid., al respecto, PAREDES VARGAS, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 79). Se ha dicho que una regulación específica de la relación de concurso entre las leyes no tendría sentido debido a las inabarcables posibilidades de vinculación entre las leyes (JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 732) e incluso una regulación general de las consecuencias del concurso de leyes se tiene por innecesaria, pues solamente se aplica una ley (BORNEMANN, *Das Zussamentreffen*, p. 42). Por el contrario, lamenta la ausencia de regulación expresa, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 421.

ción típica[2851]. En este sentido, el principio de especialidad establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido[2852]. Esta mayor intensidad descriptiva se presenta en los siguientes casos:

- El tipo penal *privilegiado* excluye la aplicación del tipo penal sobre el cual ha operado el privilegio[2853]. Así, por ejemplo, el delito de infanticidio del artículo 110 del CP desplazaría al delito de homicidio simple del artículo 106 del CP.
- Los tipos penales agravados y los compuestos excluyen la aplicación del tipo penal básico o de los tipos penales simples respectivamente[2854]. Ejemplo del primer caso sería el delito de asesinato que desplaza al delito de homicidio simple. Un supuesto de delito compuesto se presenta en el artículo 257-A inciso 4 del CP que sanciona al que falsifica billetes o monedas y luego los mezcla con billetes y monedas genuinas para facilitar su circulación. En este caso, este delito complejo desplaza el delito simple de falsificación de monedas del artículo 252 del CP.
- Una aplicación preferente tienen los tipos penales que sancionan supuestos graves recurriendo a la comisión de un delito como agravación[2855]. Así está configurada, por ejemplo, la circunstancia agravante del delito de contrabando del artículo 10 literal d de la Ley 28008, en el sentido de utilización de violencia o intimidación para evitar el descubrimiento del hecho o la incautación de los bienes.

  Un supuesto problemático en la discusión penal tiene lugar cuando se presentan conjuntamente varios tipos penales derivados (atenuados o agravados) de un mismo tipo básico con sus propios marcos penales abstractos. En caso que sea posible establecer

---

[2851] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 18.

[2852] Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema N° 1052-97 de 31 de agosto de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 192 y ss.).

[2853] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 195, 198 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 19.

[2854] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 193, 195; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 20; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 6 y s.

[2855] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 196; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 21.

una relación general-especial, no habrá mayores problemas para aplicar el más específico[2856]. Por el contrario, si se trata de tipos atenuados o agravados independientes, debería procederse a una acumulación de los mismos[2857]. Un sector de la doctrina ha propuesto, en esta línea, considerar todos los delitos en una relación de concurso ideal[2858]. Sin embargo, en el caso de tipos agravados debe reconocerse que solamente hay un concurso entre las agravantes, pero no respecto del tipo básico, por lo que un concurso de delitos llevaría consigo el peligro de una doble valoración[2859].

La solución debe operar, a nuestro entender, incluyendo todas las cualificaciones en el tipo penal básico con el mayor marco penal correspondiente[2860]. Por ejemplo: En caso de un concurso de dos agravantes previstas en el artículo 297 del CP respecto del delito de tráfico ilícito de drogas, debe utilizarse el marco penal previsto en dicho artículo, considerando la existencia de la otra agravante en la determinación de la pena concreta. En caso de concurso de un tipo agravado con otro atenuado, la solución tampoco puede ir por el concurso ideal[2861], pues afectaría igualmente la prohibición de doble valoración respecto de los elementos constitutivos del tipo básico[2862]. Ante esta situación, habría que recurrir al principio de alternatividad, aplicando el delito agravado sin negar la posible influencia en la medición de la pena de los tipos penales privilegiados desplazados. Por ejemplo: El tráfico de drogas realizado por el funcionario público en cantidades pequeñas que configuran una micro-comercialización.

B. Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad se presenta cuando el recurso a un tipo penal solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otros tipos

---

[2856] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 23.
[2857] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 24.
[2858] Vid., en concursos de tipos cualificados GEERDS, *Zur Lehre*, p. 200; VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 722 y ss.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 422; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 734. En concurso de tipos cualificados y privilegiados, HÖPFNER, *Einheit*, p. 116.
[2859] Vid., GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 418.
[2860] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 24.
[2861] Así lo hace, GRACIA MARTÍN, *Delitos*, p. 144 y ss.
[2862] Vid., así, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 379 y s.

penales normalmente con una pena mayor[2863]. Esta relación de subsidiariedad puede estar prevista expresamente en las leyes penales[2864], tal como sucede, por ejemplo, con el delito de actos contra el pudor en relación con el delito de violación sexual. En efecto, en el artículo 176 del CP se tipifica el delito de actos contra el pudor de manera subsidiaria a la violación sexual del artículo 170 del CP. Esta relación de subsidiariedad no debe entenderse como una relación de género-especie, pues, de ser así, no habría ninguna diferencia con el principio de especialidad[2865]. Se trata, más bien, de tipos que comparten un elemento jurídico-penal común en la protección del mismo bien jurídico, y si bien ciertos casos pueden subsumirse en ambos tipos penales, hay otros casos que se subsumen solamente en uno o en otro[2866].

Pero la relación de subsidiariedad puede deducirse también del contexto sistemático del tipo penal[2867], lo que tiene lugar, por ejemplo, con alguno de los llamados tipos penales subsidiarios. Por lo general se menciona como ejemplo al delito de coacciones en relación con los delitos contra la libertad más específicos, pero en realidad la relación entre estos tipos penales es de especialidad. Una relación propiamente de subsidiariedad tiene lugar, más bien, con el delito de enriquecimiento ilícito en relación con el peculado o el cohecho pasivo, pues estos delitos afectan la función pública, pero no hay entre los mismos una relación de género-especie, sino solamente un elemento común, a saber: el ser delitos de funcionarios públicos que provocan un enriquecimiento. Si la conducta sólo puede subsumirse en el tipo penal subsidiario, un concurso de leyes no tendrá lugar en sentido estricto[2868]. Solamente en caso que el tipo subsidiario no pueda ser aplicado debido a que el hecho puede castigarse también con los tipos penales principales, se presenta una situación de concurso de leyes que se resuelve a favor de los tipos penales principales.

[2863] Vid., así, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 13. En la doctrina penal nacional, vid., Escobar Antezano, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 69.

[2864] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 180 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 423; Seier, *Jura* 1983, p. 228; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 134.

[2865] Así, Matus Acuña, *El concurso aparente de leyes*, p. 309.

[2866] Similarmente, Matus Acuña, *El concurso aparente de leyes*, p. 313.

[2867] Vid. Geerds, *Zur Lehre*, p. 183 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 423; Seier, *Jura* 1983, p. 229; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 134.

[2868] Vid., así, en general, Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 726.

La relación de subsidiariedad no se manifiesta únicamente en los tipos penales de la Parte Especial, sino que puede tener lugar también respecto de las diversas modalidades o formas de responsabilidad penal en general. En este sentido, se ha afirmado la subsidiariedad en cuanto al grado de realización del delito, la intervención delictiva y los grados de lesividad del comportamiento típico. Veamos estos aspectos de manera más específica:

- La responsabilidad penal por un delito consumado resulta preferente a la responsabilidad por tentativa del mismo delito y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por actos preparatorios en caso de encontrarse penalmente sancionados[2869]. La relación de subsidiariedad decae, sin embargo, si las fases previas contienen aspectos que el hecho consumado no abarca. Por ejemplo: La constitución de una organización criminal para cometer el delito de robo no es abarcado por la pena prevista para este delito, por lo que no cabe hablar de un concurso de leyes. En este caso, deberá procederse a aplicar las reglas del concurso de delitos[2870].
- La responsabilidad penal por autoría se muestra preferente a la responsabilidad por cooperación necesaria en el mismo hecho y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por complicidad simple[2871]. En nuestra comprensión de la inducción, no es posible afirmar una relación de subsidiariedad con base en las reglas de la intervención delictiva, pues, tal como se ha indicado, se trata de un injusto autónomo. Sin embargo, este punto de partida no debe necesariamente llevar a la conclusión de que tiene lugar un concurso de delitos si el inductor actúa luego como coautor o cómplice del delito. En este supuesto, debe utilizarse el principio de consunción que se verá inmediatamente, en la medida que el castigo al autor o al cómplice contiene, como hecho anterior igualmente sancionado, el que se haya determinado a

[2869] Vid., en este sentido, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 184 y ss.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 423; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 26; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 15; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 134.

[2870] Vid., en este sentido, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 726 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 27.

[2871] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 188 y ss.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 425; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 28; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 134.

los otros intervinientes a cometer el delito. Como puede verse, la inducción debe tratarse de la misma forma que se hace con el encubrimiento.

- La responsabilidad penal por la lesión de un objeto valorado positivamente resulta preferente a la puesta en peligro de este objeto en concreto[2872]. No obstante, si el tipo penal de peligro protege algo más que el objeto lesionado, una relación de subsidiariedad no podrá ser afirmada[2873]. En este sentido, los delitos de peligro abstracto que no estén referidos a la lesión de objetos específicos, no pueden ser subsidiarios frente a un delito de lesión concreta, sino que darán lugar a una situación de concurso ideal de delitos[2874]. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el tipo penal básico de responsabilidad por el producto del artículo 288 del CP y los delitos de homicidio y lesiones[2875].

C. Principio de consunción

El principio de consunción permite considerar dentro de la pena prevista para un delito determinado también la pena que le correspondería a los hechos previos (delito previo)[2876], concomitantes (delito acompañante)[2877] o posteriores (delito posterior copenado)[2878] a la reali-

---

[2872] Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 424; SEIER, *Jura* 1983, p. 229; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 17; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 237 y s.

[2873] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735.

[2874] Vid., en este sentido, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 213; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 29; CARO CORIA, *RPCP* 9, p. 219. Un parecer más extensivo de la solución del concurso de leyes, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.

[2875] Vid., en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP* 1989, p. 336, nota 21.

[2876] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 211 y ss.

[2877] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 216 y ss.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 425; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 30; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 737; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 10.

[2878] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 205 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 736; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 137. Abordan el supuesto de delito posterior fuera del principio de consunción, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 34 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 18. Por su parte, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 735, señala que la ausencia de pena para el hecho posterior se debe a consideraciones de merecimiento y necesidad de pena (pretensión penal). Sigue esta última línea de pensamiento en el doctrina nacional, PARIONA ARANA, en *Derecho Penal y Modernidad*, Reyna Alfaro (coord.), p. 185. Un concurso ideal entre el hecho posterior y el hecho principal sostiene PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 33.

zación del tipo penal correspondiente. Es decir, se trata de actos acompañantes del delito que, aunque pueden por si mismos dar pie a un delito, se consideran abarcados por la sanción penal prevista para el delito central. No obstante, si el hecho previo, concomitante o posterior desborda lo necesario para cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos[2879].

Hay que tener presente que la consunción no resuelve el concurso de leyes con base en la mayor penalidad del delito más grave, sino mediante el criterio de inclusión de un delito en otro[2880]. Si el delito que consume a otro prescribe una pena menor, estaremos igualmente ante un supuesto de consunción que se asemeja a las circunstancias atenuantes del principio de especialidad[2881]. Una consunción similar a la atenuación se presenta, por ejemplo, en el delito de falsos informes sociales del artículo 198 inciso 2 del CP respecto del delito de falsificación de documento privado del artículo 427 del CP. Debido a la relación de consunción, solamente se podrá sancionar por el delito de falsos informes sociales, aunque el delito de falsificación de documentos contenga un marco penal mínimo más grave y además una pena de multa. La consunción puede incluso liberar de responsabilidad por un hecho acompañante punible respecto de un hecho liberado de pena[2882], como sería el caso, por ejemplo, del delito de falsificación de documento cometido por el autor de un delito de defraudación tributaria que luego se somete a un proceso de regularización de la deuda tributaria conforme al artículo 189 del Código Tributario[2883].

En contra de la opinión dominante que considera la relación del delito doloso y el culposo fuera del principio de consunción[2884], somos del

---

[2879] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 207; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 30, 35; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 736 y s.

[2880] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 207.

[2881] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 31. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 736; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 12.

[2882] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 736; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 33, quien, sin embargo, en el caso del delito posterior niega la liberación de pena del hecho principal en caso de exclusión del injusto o culpabilidad (n.m. 37).

[2883] En este artículo se señala además de forma expresa que "la improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización".

[2884] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 22, considera a este supuesto dentro del principio de especialidad. Por su parte, STRATENWERTH, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 17;

parecer que el concurso de leyes respecto de la realización dolosa o culposa de un mismo delito debe resolverse también en este lugar. En la medida que el delito doloso implica la imputación de un conocimiento mayor de la lesividad de la conducta, resulta lógico que el conocimiento menor de la culpa se encuentre consumido en el conocimiento que fundamenta la imputación subjetiva a título de dolo. La realización culposa constituye un hecho acompañante de la realización dolosa y, por tanto, ésta consume plenamente a la primera. Así, por ejemplo, la comisión dolosa del delito de producción o comercialización de productos defectuosos del artículo 288 del CP consumirá la realización culposa del mismo delito.

La misma relación de consunción tiene lugar en los llamados delitos cualificados por el resultado[2885]. La situación de concurso en estos delitos puede tener lugar de dos maneras: por un lado, respecto del delito básico y, por el otro, respecto del tipo penal que sanciona directamente la producción del resultado más grave. En cuanto al primer supuesto, puede decirse que el delito cualificado por el resultado consume plenamente al delito básico, en la medida que el resultado del delito básico acompaña necesariamente al resultado cualificante[2886]. Los problemas interpretativos se presentan, más bien, respecto del concurso con los tipos penales que tipifican directamente la realización dolosa o culposa del resultado más grave. Para dar respuesta a esta cuestión debe hacerse una exposición diferenciada:

- En caso de un delito cualificado por el resultado que exige expresamente la producción culposa del resultado cualificante, no existen mayores inconvenientes. El tipo penal culposo que sanciona la realización directa del resultado más grave se encontrará consumido por el delito cualificado por el resultado[2887]. Por su parte, el delito cualificado por el resultado será consumido por la realización dolosa directa del resultado más grave, a no ser que este delito

---

Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 735; resuelven estos supuestos en el ámbito del principio de subsidiariedad.

[2885] De otro parecer, Oehler, *ZStW* 69 (1957), p. 519, quien considera que se trata de un concurso de delitos, en la medida que el delito básico en los delitos cualificados por el resultado constituye además un delito de peligro frente al resultado cualificante. Consideran, por el contrario, los delitos cualificados por el resultado dentro del concurso de leyes, Geerds, *Zur Lehre*, p. 197; Hruschka, *GA* 1967, p. 42; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 25, aunque como una cuestión del principio de especialidad.

[2886] Similarmente, Geerds, *Zur Lehre*, p. 197.

[2887] En el mismo sentido, Hruschka, *GA* 1967, p. 48; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 22, aunque en el marco del principio de especialidad.

doloso no abarque valorativamente el delito básico. En este último caso, tendrá lugar una situación de concurso de delitos[2888].

- En caso que el delito cualificado por el resultado no exija expresamente la producción culposa del resultado cualificante, debe procederse a una interpretación teleológica de los tipos penales para precisar la imputación subjetiva del resultado cualificante[2889]. Si la exigencia de una imputación dolosa del resultado cualificado lleva a una atenuación injustificada de la pena respecto del delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave, deberá exigirse, más bien, únicamente una imputación culposa respecto del resultado cualificante (combinación dolo-culpa). Si la imputación dolosa del resultado cualificante lleva justificadamente a una pena mayor que la del delito doloso que sanciona directamente la producción del resultado más grave, entonces la imputación subjetiva del resultado en el delito cualificado por el resultado deberá ser a título de dolo (combinación dolo-dolo)[2890]. En estos casos, el delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave resulta consumido por el delito cualificado por el resultado[2891].

D. ¿Principio de alternatividad?

El principio de alternatividad ha sido considerado anteriormente por la doctrina penal como una forma de concurso de leyes[2892]. Para decidir si la alternatividad de los tipos penales configura efectivamente un concurso de leyes, debemos primeramente precisar cómo tiene lugar una relación de alternatividad. Si esta relación se presenta entre dos tipos penales cuando ambos se excluyen recíprocamente[2893], no tiene sentido hablar de un concurso de leyes, ya que una unidad de leyes solamente existe si los tipos pe-

---

[2888] Señala, sin embargo, la posibilidad de una doble valoración en estos casos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 25.

[2889] Vid., así, HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 44; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

[2890] Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

[2891] En el mismo sentido, HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 49, aunque referido al principio de especialidad.

[2892] Vid., el planteamiento original de BINDING, *Handbuch*, p. 224. Para supuestos de concurso real aparente HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 96 y ss.

[2893] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 734; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13.

nales se cubren siquiera parcialmente[2894]. Un concurso de leyes se reconoce, por el contrario, cuando la relación de alternatividad se entiende como la concurrencia de dos tipos penales de igual rango[2895]. Para solucionar este concurso de leyes equivalentes la doctrina penal recurre por lo general al criterio de la mayor penalidad[2896]. No obstante, antes de establecer el criterio de solución es necesario hacer una exposición diferenciada de los supuestos de alternatividad.

La alternatividad puede presentarse de dos formas: como relación de identidad o como relación de interferencia[2897]. En caso de alternatividad como relación de identidad, no existe concurrencia de leyes. Si se considera que la ley posterior es sólo una repetición de una ley anterior, se le atribuirá no más que un carácter declarativo y se sancionará el hecho con la ley anterior[2898]. Si, por el contrario, se le atribuye a la ley posterior un carácter autónomo, se aplicará el principio de que la ley posterior deroga a la anterior y, por tanto, se sancionará el hecho con la segunda ley[2899]. Por el contrario, cuando la alternatividad se presenta como interferencia entre tipos, hay que discutir si lo que existe es un concurso ideal de delitos o realmente un concurso de leyes. Si se trata de tipos penales que no se sustentan en bienes jurídicos distintos, no podrá hablarse de un concurso de delitos. Por eso, si, por ejemplo, los tipos penales que concurren constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico, solamente podrá hablarse de un concurso de leyes. El legislador no ha previsto un tipo intermedio, por lo que habrá que elegir uno solo de ellos. Como la elección del tipo no se puede resolver por especialidad, consunción o subsidiariedad, no quedará más remedio que elegir alternativamente un tipo penal. A diferencia del Código penal español, nuestro Código penal no ha establecido un criterio para elegir uno de los tipos penales. La necesidad de que el legislador ofrezca al juez un mayor marco penal para individualizar la pena, aconsejaría seguir la regla del delito con la pena más grave.

[2894] Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734. No obstante, Puppe, *Idealkonkurrenz*, p. 344, señala que cabe tratar este problema en las reglas del concurso para evitar una doble valoración.

[2895] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 224.

[2896] Vid., así, la referencia de Geerds, *Zur Lehre*, p. 225; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 129; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

[2897] Vid., así, García Alberó, *Non bis in idem*, p. 403.

[2898] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13.

[2899] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 12, nota 13; García Alberó, *Non bis in idem*, p. 406.

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes

Tal como ya se ha indicado, el Código Penal no contiene una regulación específica sobre cómo debe resolverse el concurso de leyes penales. Esta falta de una regulación legal no impide, sin embargo, que se pueda establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de un concurso de leyes penales, pues se trata de una cuestión de interpretación que concluye con la aplicación exclusiva de un tipo penal que desplaza a los otros[2900]. Esta afirmación no presentaría mayores problemas si el marco de pena del tipo penal desplazante se mantuviese intacto (absorción plena)[2901] y solamente pudiese castigarse en virtud de este tipo penal. No obstante, la doctrina penal se inclina cada vez más a admitir excepciones a este punto de partida con base en el llamado efecto oclusivo de la ley penal más benigna o más grave[2902]. Así, se reconoce, por un lado, que el marco penal del tipo penal desplazante puede sufrir alguna modificación en supuestos especiales[2903], mientras que, por el otro, no se niega la posibilidad de recurrir a un tipo penal desplazado si no resulta posible aplicar el tipo penal desplazante[2904]. En lo que sigue nos ocuparemos de precisar si estas excepciones se encuentran realmente justificadas.

A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante

El parecer doctrinal predominante se inclina a aceptar la modificación del marco penal del tipo penal desplazante en ciertos supuestos concretos[2905]. En primer lugar, se presenta el caso en el que el tipo penal desplazante es un tipo penal privilegiado, pero el tipo penal desplazado permite consecuencias jurídicas más leves (marco penal mínimo menor, por ejemplo). La finalidad del legislador de tratar más benignamente estos supuestos aconseja que se modifique el marco penal del tipo penal desplazante hasta

---

[2900] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 230; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 426; SEIER, *Jura* 1983, p. 232; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20.

[2901] Vid., así, MEZGER, *Strafrecht*, AT, 6. Aufl., p. 253.

[2902] Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 426.

[2903] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 737.

[2904] Vid., SEIER, *Jura* 1983, p. 232; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 41; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 59 y ss.

[2905] Vid., así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 737; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 39, n.m. 39; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20. Críticamente, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 231; PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 355 y ss.

el mínimo establecido por el tipo penal desplazado[2906]. Una infracción del principio de legalidad (determinación de la pena) no puede atribuirse a este proceder, en la medida que no perjudica al autor, sino que, más bien, le favorece.

El cuestionamiento a la modificación del marco penal se produce en el segundo supuesto reconocido por la doctrina penal. Este supuesto tiene lugar cuando el tipo penal desplazante constituye un tipo penal agravado, pero el tipo penal desplazado permite consecuencias penales más graves (marco penal mínimo mayor o penas accesorias). En estos casos debe procederse a modificar el marco penal del tipo penal desplazante hasta alcanzar el establecido por el tipo penal desplazado, pues, de lo contrario, se pondría de alguna manera al autor que comete el delito más grave en mejor posición que el que realiza el delito más leve[2907]. Si bien podría argumentarse que esta manera de configurar el marco penal atentaría contra el principio de legalidad, cabe negar este cuestionamiento en la medida que se cumple solamente con una especialización realizada por el legislador. Esta especialización no debe reducirse a los presupuestos de las consecuencias jurídicas, sino que debe tener lugar también en las propias consecuencias jurídicas[2908].

B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados

Un tipo penal desplazado conforme a las reglas del concurso de leyes puede volver a tenerse en cuenta en caso no resulte posible aplicar el tipo penal desplazante por razones materiales o procesales. Para determinar si este proceder es legítimo o no, debe atenderse al fundamento del concurso de leyes. Si la solución del concurso de leyes se basa en la idea de que solamente respecto de un tipo penal existe una legitimación de pena[2909], tendrá que negarse la posibilidad de volver a recurrir a los tipos penales desplazados[2910]. Si se considera, por el contrario, que todos los tipos penales

---

[2906] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39; Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes*, p. 56.

[2907] Vid., Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20. En el mismo sentido, Geppert, *Jura* 1982, p. 426; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 738.

[2908] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 39.

[2909] Vid., así, Geerds, *Zur Lehre*, p. 155.

[2910] Considera, sin embargo, que desde este punto de partida también puede fundamentarse el recurso a tipos penales desplazados, Bornemann, *Das Zusammentreffen*, p. 45 y ss.

han sido lesionados, pero la necesidad punitiva requiere solamente aplicar el tipo penal desplazante[2911], la imposibilidad de sancionar con base en el tipo penal desplazante no impide el recurso a los tipos penales desplazados. Por nuestra parte, consideramos que la segunda interpretación del concurso de leyes parece ser la más correcta, en tanto la reestabilización de la expectativa defraudada se realiza solamente con el recurso a un tipo penal. En este sentido, si por razones materiales o procesales el tipo penal desplazante no puede ser utilizado, podrá recurrirse a los otros tipos penales desplazados en caso de mantenerse una situación de conflicto[2912]. Por el contrario, si la inaplicación del tipo penal desplazante se debe a la ausencia de necesidad de reestabilización, los tipos penales desplazados no tendrán fundamento para recuperar su aplicabilidad.

Ejemplo: Si el delito de uso fraudulento de procedimiento concursal del artículo 211 del CP no se castiga por ausencia de denuncia de parte (artículo 213 del CP), el delito de fraude procesal del artículo 416 adquiere aplicación. Por el contrario, el cuentacorrentista que gira un cheque sin fondos, pero que paga dentro del tercer día del requerimiento de pago, no necesita ser sancionado penalmente por delito de estafa, pues el conflicto se soluciona completamente mediante la reparación del daño que contempla el artículo 215 del CP.

III. El concurso de delitos

A diferencia del concurso de leyes, en donde concurren solamente formulaciones legales, en el concurso de delitos concurren las leyes penales mismas[2913]. Para poder ordenar los supuestos de concurso de delitos, la doctrina penal los diferencia en función de si tiene lugar una unidad de hecho o una pluralidad de hechos[2914]. Esta afirmación requiere, sin embargo,

---

[2911] Vid., así, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 719 y s.

[2912] Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 426 y s.; SEIER, *Jura* 1983, p. 236; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 31, n.m. 41; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 737; MITSCH, *JuS* 1993, p. 475. Como un grupo de casos del llamado efecto oclusivo, SEILER, *Die Sperrwirkung*, p. 131 y ss. Como supuestos de concurso ideal (hecho posterior y hecho previo copenados), PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 33 y ss.

[2913] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 256; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 1.

[2914] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 709 y s., con referencias históricas. Por su parte, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 257, prefiere utilizar la distinción unidad de aplicación de pena y pluralidad de aplicación de pena.

resolver primeramente la cuestión, muy discutida por cierto en los escritos especializados, de cuándo se puede afirmar una unidad de acción.

El punto de partida común en las distintas propuestas de determinación de la unidad de acción es dejar en claro que esta unidad no se identifica con el concepto de acción desarrollado en la teoría del delito[2915], ya que no se trata de definir la acción como tal, sino de encontrar una perspectiva de análisis que permita afirmar una unidad de sentido[2916]. Es así que las distintas propuestas de interpretación se esfuerzan por precisar cuál debe ser el punto de vista a utilizar para determinar la unidad de acción. En disputa se encuentran concretamente el llamado concepto natural de acción y el llamado concepto jurídico de acción[2917].

La llamada unidad natural de acción se sustenta en criterios previos al Derecho (penal), lo que significa que ubica su perspectiva de análisis fuera del Derecho (penal). Al margen de toda consideración está una visión puramente naturalista, en la medida que no permite encontrar en el plano empírico una solución de continuidad de los movimientos fisiológicos del autor[2918]. Por esta razón, el concepto natural de acción acude a criterios valorativos no jurídicos, entre los que destacan los que se basan en el dato antropológico de la voluntad[2919], en el plan del autor[2920] o en una perspectiva puramente sociológica[2921]. Sin entrar en las particulari-

---

[2915] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 254 y s.; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 2; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 710. De opinión distinta, Sowada, *Jura* 1995, p. 246. Por su parte, Puppe, *NK* § 52, n.m. 42, señala que el concepto de acción tiene distintas funciones.

[2916] En este sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 710.

[2917] Debe señalarse, sin embargo, que la doctrina penal dominante considera que la unidad de acción se determina en un doble sentido, en un sentido natural y en uno jurídico [vid., sólo, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 46]. No obstante, consideramos que al final de cuentas se asume o un concepto ajeno al Derecho o un concepto propiamente jurídico.

[2918] Así, Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, L27/3.

[2919] Vid., Bünger, *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss., a partir del actuar (acto de voluntad) y la vinculación de este actuar con un resultado; Mayer, H., *Strafrecht*, AT, p. 407, a partir de la decisión de voluntad; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19. Destaca la interpretación doctrinal que afirma la unidad de acción con base en la unidad de voluntad, Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 12 y s.

[2920] Vid., así, Schlosky, *ZStW* 61 (1942), p. 257. En el mismo sentido apuntaba también una interpretación jurisprudencial del RG alemán; vid., la referencia, Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 68 y s.

[2921] Vid., Hellmer, *GA* 1956, p. 68. En la misma línea se encuentra la jurisprudencia del RG alemán al afirmar que en determinados casos puede afirmarse una unidad natural de determinados actos del autor por medio del contexto social. Vid., sobre este parecer jurisprudencial, Geerds, *Zur Lehre*, p. 286 y ss.; Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*,

dades de cada uno de estos criterios, a ellos se les ha hecho la crítica común de la indeterminación de sus contornos conceptuales[2922]. Pero hay que reconocer que esta crítica puede hacerse a cualquier comprensión valorativa que no precise suficientemente sus puntos de partida, incluida la jurídica, por lo que el cuestionamiento no estaría en la incorrección del punto de partida asumido, sino en la falta de concreción del criterio utilizado.

En lo que respecta a la perspectiva en sí asumida por el concepto natural de acción, se le ha reprochado no asegurar la pretendida neutralidad del observador para determinar cuándo hay una unidad de acción[2923]. Pero, sobre todo, se le ha cuestionado que una perspectiva ajena al Derecho no permite una fácil adaptación del concepto a su contexto normativo, sin contar con el hecho de que no existen unidades de acción pre-jurídicas a las que la perspectiva jurídica pueda recurrir sin más[2924]. Por estas razones, sólo una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva jurídica[2925] (más exactamente, jurídico-penal[2926]) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos.

Desde consideraciones jurídico-penales, la unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad subjetiva y una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante[2927]. Algunos autores entienden necesario incluir el resultado típico en esta perspectiva, de manera que se podría hablar de varias acciones si la misma conducta típica produjese varios resultados[2928]. No obstante, queda claro que, pese a la pluralidad de resultados, la acción, desde el punto de vista del tipo penal, ha sido única, por lo que dicha pluralidad no puede llevar a afirmar una pluralidad de

---

p. 13; SOWADA, *Jura* 1995, p. 246; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 9. Críticamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 37; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 32 y s.

[2922] Vid., así, MEZGER, *Strafrecht*, AT, p. 460; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 10.

[2923] En este sentido, KINDHÄUSER, *JuS* 1985, p. 103.

[2924] Así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 711.

[2925] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 253; KINDHÄUSER, *JuS* 1985, p. 105; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 6.

[2926] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2407 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L27/6.

[2927] Vid., con mayores detalles, JAKOBS, *Derecho Penal*, AT Apdo 32, n.m. 7 y ss. Defienden un concepto de unidad típica de acción, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 711 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 2 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2407 y ss.

[2928] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L27/11.

acciones. En consecuencia, el concepto jurídico de acción debe limitarse a la conducta típica ejecutada, sin una referencia necesaria a las diversas consecuencias que se puedan derivar de la misma.

1. Concurso ideal de delitos

A. Concepto

Conforme al artículo 48 del CP, existe concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones resultan aplicables al mismo hecho. Esta definición parte de la idea de la unidad de acción o hecho. Como ya lo hemos adelantado, esta unidad de acción no se determina con criterios naturales[2929], sino con criterios jurídico-penales. En el concurso ideal de delitos la misma conducta penalmente relevante realiza varios tipos penales. Estos tipos penales pueden ser de la misma o de distinta naturaleza, lo que permite diferenciar los casos de concurso ideal de delitos homogéneo (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal de delitos heterogéneo (infracciones a distintas leyes penales)[2930].

Un aspecto necesitado de aclaración en el concurso ideal de delitos constituye la relación que se presenta entre la acción y el delito. Un parecer defendido por la doctrina penal alemana, ciertamente dejado ya de lado, afirmaba que, al igual que en el concurso real, también en los casos de concurso ideal de delitos se presenta una pluralidad de acciones y de delitos[2931]. El único aspecto particular se encontraba en la simultaneidad de las acciones que producían el resultado típico[2932]. Como puede desprenderse fácilmente de lo antes expuesto, esta teoría no parece ser de recibo en el actual contexto dogmático, pues en el concurso ideal de delitos se parte de una unidad de acción, y no de una pluralidad de acciones, que realiza varios delitos[2933].

La tesis de la pluralidad de acciones en el concurso ideal se basa en una comprensión puramente conceptual de la acción (cada tipificación se-

---

[2929] Afirma en estos casos una unidad natural de hecho, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 47; Sowada, *Jura* 1995, p. 246.
[2930] Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 718; Stratenwerth, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 35.
[2931] Binding, *Handbuch*, I, p. 564 y ss.; von Buri, *Einheit*, p. 1 y ss.
[2932] Vid., así, von Buri, *Einheit*, p. 10 y s.
[2933] Vid., en este sentido, Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62.

ría una acción), lo que difícilmente resulta compatible con la regulación legal del concurso ideal de delitos que se refiere a un "mismo hecho". Por esta razón, el concurso ideal de delitos presupone necesariamente una unidad de acción. En cuanto a los delitos realizados por la única acción, hay dos posturas en la discusión doctrinal. Por un lado, la llamada teoría de la unidad sostiene que cada delito constituye necesariamente una acción[2934], lo cual lleva a los defensores de esta teoría a admitir un solo delito combinado en los casos en los que una acción realice varios tipos penales (unidad de delito)[2935]. Frente a esta teoría se opone la llamada teoría de la pluralidad, la cual señala que una acción puede dar lugar perfectamente a varios delitos[2936]. Esta comprensión parte de la idea de que una acción puede ser apreciada jurídicamente desde distintas perspectivas y dar lugar, por ello, a consecuencias jurídicas distintas. La teoría de la pluralidad es la que mejor se ajusta a la regulación positiva del concurso ideal de delitos, por lo que una teoría de la unidad sólo podría resultar relevante en determinados supuestos especiales de concurso de delitos, como es el caso, por ejemplo, del delito continuado.

B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos

a. Identidad completa

La doctrina penal reconoce como una forma de manifestación del concurso ideal de delitos la llamada identidad completa, en la que los diversos tipos penales concurren plenamente en la misma acción[2937]. Hay que precisar, sin embargo, que nunca puede hablarse de una plena identidad de las acciones típicas, sino solamente de la identidad de la acción mediante una apreciación más general[2938]. Así, el que vende como propios bienes ajenos que ha recibido para su distribución gratuita, realiza al mismo tiempo el delito de estelionato del artículo 197 inciso 4 del CP y el delito de venta ilegal de mercancías del artículo 237 del CP. Una identidad en el nivel de la descripción típica no puede tener lugar, pues una acción es

---

[2934] Vid., HÖPFNER, *Einheit*, I, p. 159 y ss.

[2935] Vid., así la exposición de MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 13, con apreciaciones críticas.

[2936] Vid., en este sentido, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 326, aunque reconoce que la discusión es más terminológica que real; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 15.

[2937] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 276; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 47.

[2938] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 5.

vender como propios bienes ajenos y la otra es vender bienes recibidos para su distribución gratuita. No obstante, puede afirmarse una identidad de la acción en un nivel más abstracto, es decir, como venta de bienes.

b. Identidad parcial

Para afirmar un concurso ideal de delitos basta que exista una identidad parcial de las acciones típicas[2939]. A estos supuestos se les conoce como de identidad parcial, plateándose la discusión respecto de la determinación de los límites para dicha clase de identidad. Al respecto cabe seguir a la doctrina alemana mayoritaria que entiende que una identidad parcial puede darse hasta la fase de agotamiento de un delito[2940], siempre y cuando se trate de conductas de aseguramiento del ataque sobre un bien[2941]. En este sentido, puede hablarse de una identidad parcial de las conductas típicas si un empresario utiliza la cantidad de dinero recibido como crédito promocional para adquirir bienes personales en lugar de insumos para la empresa, lo que oculta con una falsificación de los documentos de compra. Un delito de desvío fraudulento de crédito promocional del artículo 251 del CP concurrirá idealmente con el delito de falsificación de documentos del artículo 427 del CP.

c. Identidad por vinculación (Verklammerung)

Si puede hablarse de un concurso ideal de delitos en caso de dos acciones independientes que se vinculan mediante una tercera acción, resulta muy discutido en la doctrina[2942]. Un ejemplo típico de este supuesto es el delito de ejercicio ilegal de la profesión del artículo 363 del CP que vincularía los delitos de falsificación de documento (título profesional) y los distintos delitos de estafa sobre los clientes[2943]. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado a favor de considerar en estos casos una unidad de

---

[2939] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 277; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 47; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 720; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 5; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 31.

[2940] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 279; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 31.

[2941] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 7.

[2942] Admiten esta posibilidad, Geppert, *Jura* 1982, p. 370; Geerds, *Zur Lehre*, p. 280 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 72. Críticamente, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 48; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 11; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33 y s.

[2943] Vid., Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33.

acción y aplicar, por tanto, las reglas del concurso ideal de delitos[2944]. No obstante, no se encuentra una razón para beneficiar estos casos con una determinación de la pena menos gravosa (exasperación) que la establecida para el caso del concurso real de delito (acumulación). Por ello, un sector importante de la doctrina se ha mostrado a favor de considerar en estos casos un concurso real de delitos[2945]. Un sector minoritario de la doctrina penal defiende incluso una generalización de esta solución, en tanto señala que, en ningún caso, los delitos vinculados concurren idealmente[2946].

Por nuestra parte, consideramos que en los llamados casos de identidad por vinculación se presenta conjuntamente una situación de concurso real (de los delitos vinculados) y una situación de concurso ideal (del delito vinculante con cada uno de los delitos vinculados). Por esta razón, el tratamiento de la relación concurrencial entre estos delitos solamente puede decidirse con base en el siguiente procedimiento: a) en primer lugar, debe determinarse, siguiendo la regla del concurso real de delitos, la pena por los delitos vinculados; b) en segundo lugar, debe colocarse la pena resultante de a) en concurso ideal con el marco penal del delito vinculante.

C. Consecuencias jurídicas

El artículo 48 del CP señala que en caso de concurso ideal de delitos se aplica el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda excederse de treinta y cinco años. Si bien el tenor actual del citado artículo no hace referencia a la posibilidad de aplicar las penas accesorias y medidas de seguridad de los tipos penales absorbidos, como sí lo hacía la regulación anterior, puede concluirse que esta posibilidad de aplicación se mantiene intacta, pues se corresponde con el sentido propio del concurso de delitos. Por consiguiente, puede decirse que en nuestro sistema penal el concurso de consecuencias jurídicas se soluciona mediante el principio de exasperación de las penas y una combinación de las consecuencias jurídicas del delito.

[2944] Vid., la referencia, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 721; STRATENWERTH, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 33.

[2945] Vid., así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 721.

[2946] Vid., así, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 34; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 12, quien señala además la posibilidad de incluir las reglas de concurso ideal en la pena determinada conforme a las reglas de concurso real. En esta línea, aunque admite la posibilidad muy excepcional de una identidad en el injusto y la culpabilidad, BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 58 y s.

a. La exasperación del marco penal

Hasta hace poco nuestro sistema penal asumía en el concurso ideal de delitos el principio de absorción del marco penal[2947]. No obstante, la reforma operada en el Código penal con la finalidad de reprimir con mayor severidad la criminalidad violenta, ha sustituido el principio de absorción por el principio de exasperación. Conforme a este último principio, la pena se determina a partir de la pena del delito más grave con la posibilidad de incrementarla en casos en los que la gravedad del hecho lo amerite. En este sentido, el primer paso estará constituido por la determinación de la pena más grave, para lo cual deben observarse también las circunstancias agravantes y atenuantes[2948]. La determinación del tipo penal con el marco penal más grave debe hacerse entre los tipos penales que pueden aplicarse material y procesalmente[2949]. Si los tipos penales cuentan con un marco penal igual de grave, deberá optarse por el marco del delito que concretamente ha sido más grave[2950]. La absorción que realiza el marco penal más grave no impide, sin embargo, que los delitos absorbidos sean considerados en la individualización de la pena[2951]. Una vez establecido la pena más grave, el juez penal podrá incrementar esta pena hasta en un cuarto, sin poder exceder en ningún caso los treinta y cinco años. Es un tema abierto a la discusión doctrinal y a los desarrollos jurisprudenciales determinar los criterios para poder decidir incrementar la pena por encima del máximo previsto para el delito más grave.

b. El principio de combinación

En cuanto al principio de combinación en el concurso ideal de delitos, debe señalarse que éste se manifiesta de dos maneras. Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo más grave[2952]. Por otra parte, la combinación permite también que se pueda

---

[2947] Como en el Derecho penal alemán, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1. Sobre el principio de absorción, vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 329; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 54; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2435.

[2948] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 329; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 2; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 38.

[2949] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 3.

[2950] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1.

[2951] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 72.

[2952] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 331 y s.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave[2953]. En este sentido, el espectro de consecuencias jurídicas no se reduce al establecido por el tipo penal absorbente, sino que incluye aspectos de los otros tipos penales.

2. Concurso real de delitos

En el concurso real de delitos se presenta, a diferencia del concurso ideal, una pluralidad de acciones[2954]. En este sentido, se trata de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio de tiempo[2955]. Por ello, no le falta algo de razón a los que afirman que el concurso real de delitos establece reglas de carácter procesal, pues regula la posibilidad de un juicio conjunto por una pluralidad de acciones punibles[2956]. Cada delito concurre en el proceso con su pena individual[2957]. Para que se pueda dar un concurso de delitos el Acuerdo Plenario N° 04-2009 precisa que deben de darse tres requisitos: 1) Pluralidad de acciones, 2) pluralidad de delitos independientes y 3) Unidad de autor.

Hasta hace algunos años la regulación penal prevista en el artículo 50 del CP, no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que debía aplicarse la pena del delito más grave[2958].

[2953] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 332; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

[2954] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 334; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 418 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 43.

[2955] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 13; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 726. Como lo precisan GEERDS, *Zur Lehre*, p. 335; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 44, solamente deben concurrir los delitos que aún puedan sancionarse material y procesalmente.

[2956] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 726 y s.

[2957] Vid., SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 56; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 13.

[2958] La acumulación de penas es un tema altamente discutido. Algunos recurren al argumento de que el padecimiento de la pena no aumenta lineal, sino progresivamente (así la antigua jurisprudencia alemana, vid., la referencia, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 14). A este argumento se le ha reprochado basarse en una especulación hasta ahora no comprobada. Otros afirman que una acumulación de penas hace que la pena privativa de libertad pierda precisamente su carácter temporal (MONTENBRUCK, *JZ* 1988, p. 332), lo cual ofrecería en cualquier caso un fundamentación que no se haría extensiva a las penas que no son privativas de libertad. La renuncia a la acumulación ha intentado fundamentarse también en una reducción de la culpabilidad que se produce paulatinamente en cada delito mientras no sea condenado (SCHOREIT, *FS-Rebmann*, p. 453 y ss.). Esta fundamentación

Incluso ni siquiera se contemplaba la posibilidad de una pena global que permitiese aumentar la pena individual que le correspondía al delito más grave (principio de exasperación)[2959], por lo que la doctrina penal se mostró poco de acuerdo con esta solución penológica del concurso de delitos[2960]. Las cosas han cambiado radicalmente con la última reforma del Código penal. Conforme a la actual redacción del artículo 50 del CP, las penas se acumulan en caso de concurso real de delitos, teniendo esta acumulación un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años. Se ha pasado así de un sistema de absorción o, en el mejor de los casos, de exasperación, a un sistema de acumulación de penas.

La regulación anterior del concurso real de delitos admitía, al igual que para el concurso ideal de delitos, la posibilidad de combinación con los otros delitos[2961]. La actual regulación, sin embargo, no dice nada al respecto, por lo que le corresponderá a la doctrina penal y, sobre todo, a la jurisprudencia nacional llenar este vacío de la regulación legal. En nuestra opinión, no hay razón para negar la vigencia del principio de combinación en caso de concurso real de delitos. Por lo tanto, tanto las penas accesorias como las medidas de seguridad de los diversos tipos penales en concurso real podrán aplicarse también al autor de los diversos delitos.

---

deja muy difusa la idea de culpabilidad y parecería llevar a una comprensión psicológica del poder querer actuar distinto (así Frister, *NK* § 53, n.m. 5). En un factor ajeno a la dogmática penal quieren fundamentar la renuncia a la acumulación, aquéllos que sostienen que el juzgador tiene una visión reducida del injusto cometido (ver en perspectiva), lo que favorece al autor [Bohnert, *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.], pero precisamente su punto débil se encuentra en otorgar relevancia normativa a un dato empírico. La discusión sobre la procedencia o no de una acumulación de penas debe enfocarse, a nuestro entender, en la función de restabilización de la pena, en el sentido de si es necesario sumar todas las penas individuales para restablecer la vigencia de la norma defraudada o si el sentido comunicativo de la pena puede llevarse a cabo con una pena individual o global (vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 14; Frister, *NK* § 53, n.m. 9).

[2959] Aunque distinto era el parecer señalado por la Corte Suprema en la sentencia Exp. 2041-99 Lima de 12 de julio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 295 y s.].

[2960] Así, destacaba la falta de proporcionalidad de la regulación nacional de la pena en el concurso real de delitos, Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

[2961] Igualmente en el Derecho penal alemán, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 56; Frister, *NK* § 53, n.m. 32, aunque respecto de la pena global. En nuestro país, Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20, era del parecer que la regulación positiva del concurso real de delitos obligaba a la combinación de sanciones.

3. Supuestos de unidad de delito

Dentro de la teoría del concurso se hace mención a los supuestos en los que, pese a presentarse una situación de concurso ideal o real, la interpretación de los tipos penales o ciertas regulaciones legales específicas, permiten afirmar la existencia de un solo delito[2962]. En este sentido, se elimina la posibilidad dogmática de admitir una situación de concurso de delitos, siendo de aplicación la pena establecida por el tipo penal englobante[2963].

A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales

Una unidad de delito puede afirmarse en virtud de los propios tipos penales, aun cuando no exista propiamente una acción, sino una pluralidad de actos[2964]. Esta situación se presenta en los casos de realización típica iterativa, de realización típica sucesiva, en los delitos de organización, en los delitos permanentes y en los delitos compuestos.

a. La realización típica iterativa

La realización iterativa del tipo penal no se considera como varias realizaciones equivalentes del tipo penal, sino como una sola acción que realiza una sola vez el tipo penal[2965]. La equivalencia de las realizaciones del tipo penal se determina conforme al tipo penal concretamente realizado[2966]. En este sentido, por ejemplo, el beneficiario de un préstamo promocional que en distintos momentos destina parte del préstamo a la compra de distintos bienes personales, responderá solamente por un delito de desviación fraudulenta de créditos promocionales del artículo 251 del CP. Esta interpretación de los tipos penales no autoriza, sin embargo, a considerar la realización consecutiva de conductas típicas siempre un solo delito, sino que la interpretación del tipo penal respectivo debe dar cabida a la globalidad de la acción.

[2962] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 263 y s.
[2963] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 264.
[2964] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 26.
[2965] Vid., MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 46; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 712; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 7.
[2966] Vid., RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 32.

Un grupo importante de delitos que forman parte de los supuestos de realización típica iterativa son los llamados delitos de organización (*Veranstaltungsdelikte*). En estos delitos, el comportamiento típico consiste en una intervención cuantitativamente indeterminada en una actividad antijurídica ya existente o iniciada por el mismo autor[2967]. Cada actuación del autor no configura un nuevo delito, sino que forma parte de la actividad antijurídica organizada. Un ejemplo de delito de organización podría ser el delito de contaminación del medio ambiente (artículo 304 del CP), en tanto se castiga la realización de vertidos, descargas, emisiones, filtraciones o radiaciones que afecten o puedan afectar el medio ambiente o sus componentes[2968]. Especialmente discutido se presenta, por el contrario, el delito de falsificación de moneda (artículo 252 del CP), en tanto algunos lo consideran como un delito de organización[2969], mientras otros le niegan tal calidad[2970]. La razón de tal rechazo se encuentra en la autonomía que adquiere la realización de una falsificación de moneda frente a su utilización posterior. Esta última argumentación resulta plenamente convincente y traslada el tratamiento de estos supuestos, más bien, al ámbito del delito continuado.

b. La realización típica sucesiva

En estos casos, el autor continúa la realización de un delito y produce con ello un aumento cuantitativo del daño[2971]. Debe tratarse de un aumento homogéneo que permita considerar la continuación como parte de un resultado global del hecho[2972]. La doctrina penal denomina a estos supuestos también como tipicidad aglutinada (*verdickte Tatbestandsmäßigkeit*)[2973]. El aspecto principal de este supuesto de unidad de delito consiste en determinar que se trata siempre de una continuación de la misma realización típica y no de una nueva realización del

---

[2967] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 28. Hacen referencia a una unidad de valoración, Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 5; Puppe, *NK* § 52, n.m. 14. Por su parte, Geerds, *Zur Lehre*, p. 266 y ss., denomina a estos delitos tipos con conceptos colectivos (*Sammelbegriffe*), mientras que Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 50 y ss., recurre a la denominación de descripciones globales de la acción y delitos de organización.

[2968] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 51 y ss.

[2969] Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 712; Puppe, *NK* § 52, n.m. 14.

[2970] Vid., en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 28.

[2971] Vid., Hellmer, *GA* 1956, p. 65; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 16.

[2972] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 17.

[2973] Vid., Kindhäuser, *JuS* 1985, p. 103; Puppe, *NK* § 52, n.m. 17.

tipo penal. Por ejemplo, el contribuyente realiza sucesivas declaraciones falsas ante el órgano recaudador del tributo con la finalidad de reducir cada vez más la deuda tributaria[2974].

El simple aumento cuantitativo excluye la realización típica sucesiva en el caso de bienes jurídicos personalísimos. La continuación de una acción que lesiona bienes jurídicos personalísimos de otra persona no puede entrar en consideración como un resultado global del mismo hecho[2975]. La doctrina penal es prácticamente unánime en este sentido, planteándose la discusión, más bien, en la cuestión de si se trata de un concurso ideal de delitos o de un concurso real de delitos[2976].

c. Los delitos permanentes

Una unidad de delito tiene lugar en el caso de los delitos cuyo resultado lesivo permanece en el tiempo según la voluntad del autor[2977]. Si bien podría apreciarse en estos delitos varias acciones penalmente relevantes, el respectivo tipo penal permite considerarlos un solo delito. Esta unidad de delito se pierde cuando el delito permanente ha terminado y se vuelve a cometer nuevamente. En estos casos estaremos ante dos delitos permanentes[2978]. Ejemplo de delito permanente es el delito de secuestro del artículo 152 del CP que castiga al que priva injustificadamente de la libertad personal a otro.

[2974] Supuestos presentados en los tribunales alemanes (BGHSt., 36, p. 105, 116; 38, p. 37, 39 y s.); vid., la referencia, RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

[2975] Vid., KINDHÄUSER, *JuS* 1985, p. 103; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 19 y s.; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 17.

[2976] Sobre las particularidades de esta discusión, HELLMER, *GA* 1956, p. 66 y ss.; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80 y ss.; MITSCH, *JuS* 1993, p. 388; SOWADA, *Jura* 1995, p. 252 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 720; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 17 y ss.

[2977] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 266; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 46 y s.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 362; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 712; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 8; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 60. En el pleno jurisdiccional de 1998, acuerdo N° 2, se acordó por unanimidad que sólo debe estimarse el hecho como delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período, cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente.

[2978] Vid., en este sentido, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 363; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 48 y ss.

d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos

En los tipos penales de los delitos compuestos se exige necesaria o facultativamente la realización de varios actos[2979]. Cada acto puede incluso estar recogido por separado como un tipo penal autónomo: El llamado delito compuesto[2980]. Pese a existir una secuencia de acciones, la interpretación del tipo penal correspondiente permite afirmar la unidad de delito y excluir la posible consideración de un concurso[2981]. Un delito de varios actos es, por ejemplo, de omisión de provisiones específicas del artículo 250 del CP en el que se sanciona la omisión de realizar las provisiones para créditos dudosos o pérdida y la inducción posterior al órgano social pertinente a repartir dividendos o distribuir utilidades.

B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados

Los supuestos de unidad de delito legalmente determinados no se fundamentan a partir de una interpretación de los tipos penales de la parte especial, sino que, por distintas razones político-criminales, el legislador ha dispuesto que varias acciones se consideren un solo delito global. En nuestra legislación penal se encuentran reconocidos, en este sentido, dos figuras legales de unidad de delito: el delito continuado y el delito colectivo o masa.

a. El delito continuado

El origen del llamado delito continuado se remonta a la ciencia jurídico-penal italiana de la edad media[2982]. El delito continuado tiene lugar cuando un mismo sujeto realiza con idéntica resolución criminal varias acciones constitutivas de varias infracciones de una misma o similar ley penal[2983]. Como puede verse, se trata como un solo delito una serie de he-

---

[2979] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 265; Geppert, *Jura* 1982, p. 362; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 29; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 711; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 3.

[2980] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 265; Geppert, *Jura* 1982, p. 362; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 29; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 48.

[2981] Vid. Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 4.

[2982] Vid., Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 72 y ss.

[2983] El Pleno Jurisdiccional de Ica de 1998 señala que el delito continuado consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución (tema 2).

chos concretos cometidos por el mismo autor en virtud de una vinculación interna y externa, pese a que cada uno de estos hechos debería dar lugar a un injusto típico independiente[2984]. La estructura del delito continuado sería la siguiente: Varias acciones penalmente relevantes, pero que se consideran un solo delito por una relación de continuidad[2985].

Históricamente, el delito continuado tuvo su razón de ser en una idea de benignidad[2986], pues se trataba de evitar la aplicación de la pena de muerte por el tercer hurto, tal como se contemplaba en el Derecho intermedio. Si los hurtos realizados continuadamente por un mismo sujeto en agravio de otro se consideraban hurtos distintos, entonces a la tercera sustracción se legitimaba la imposición de la pena de muerte, lo que se quería evitar precisamente con la figura del delito continuado. Este fundamento se mantiene aun hoy, en la medida que se sostiene que la figura del delito continuado evitaría la aplicación desproporcional del régimen de acumulación de penas que se prevé para el concurso real de delitos, aplicando únicamente la pena por un solo delito, el más grave[2987]. Para sustentar la desproporcionalidad del régimen de acumulación de penas en el caso del delito continuado, se alega que en un delito continuado habría una menor culpabilidad o una disminución del injusto y la culpabilidad[2988]. Adicionalmente se dan también argumentos procesales en el sentido de que la aceptación de un solo delito continuado limitaría denuncias posteriores y mantendría estable el carácter de cosa juzgada[2989].

En la anterior regulación del concurso real de delitos, que no recogía un sistema de acumulación de penas, la razón para admitir la figura del delito continuado se reducía a consideraciones puramente procesales[2990]. Pero con la actual regulación penal, que ha asumido un sistema de acumulación de penas, el cuestionamiento a la figura del delito continuado podría

---

[2984] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 294 y s.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 363; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12.

[2985] Destaca la valoración jurídica unitaria de la pluralidad de acciones, CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, p. 15.

[2986] Así, CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, p. 20.

[2987] Vid., TIMPE, *JA* 1991, p. 12 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 82 y s.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, p. 151.

[2988] Así, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, p. 175.

[2989] Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 366; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 38; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 25 y s.

[2990] Destaca la razones puramente procesales TIMPE, *JA* 1991, p. 14.

dejar de tener sentido en el plano material. En cualquier caso, la doctrina penal se presenta muy crítica con esta construcción dogmática incluso sólo a partir de las razones procesales, en tanto se permitiría una ficción para rehuir de las reglas del concurso de delitos[2991] y beneficiar únicamente al autor en caso de varios hechos individuales graves[2992]. A pesar de que pudieran estimarse plenamente justificadas las críticas realizadas, debemos tener en cuenta que nuestra legislación penal regula expresamente la figura del delito continuado[2993], de manera que nuestro parecer crítico frente a esta institución no nos libera de precisar sus particularidades legalmente establecidas.

a.1) Elementos del delito continuado

Si bien en el artículo 49 del CP se hace mención a varios requisitos, la doctrina penal ha reducido a tres los elementos del delito continuado:

- *Unidad de sujeto*: El primer requisito para poder hablar de un delito continuado es la unidad de sujeto, la cual debe presentarse siempre respecto del sujeto activo y en el caso del sujeto pasivo solamente si se trata de delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal (vida, integridad corporal y libertad)[2994]. La limitación de la exigencia de unidad en el caso del sujeto pasivo se desprende de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 49 del CP. Por lo tanto, en el caso de delitos que afecten bienes jurídicos que no son personales, podrá sostenerse su continuidad aunque los afectados por las acciones continuadas del autor no sean los mismos.

[2991] Ya en este sentido, SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 60.

[2992] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 50; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 714 y s.; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 27.

[2993] A diferencia del Derecho penal alemán, en donde no sólo la doctrina, sino la jurisprudencia (Resolución en sala plena de asuntos penales del BGH del 3 de mayo de 1994) han abandonado la figura del delito continuado (vid., con detalle, RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 46 y ss.).

[2994] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 304; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 716; SANZ MORÁN, en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 208 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 193. De otro parecer la sentencia de la Corte Suprema Nº 1715-98 Cusco de 22 de junio de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 199 y s.).

- *El elemento objetivo*: La faceta objetiva del delito continuado exige primeramente una pluralidad de acciones del autor[2995] y que estas acciones se dirijan a lesionar el mismo interés penalmente protegido[2996]. Esta unidad de bien jurídico genera cierta confusión frente a los casos de realización típica iterativa y de realización sucesiva. Mientras algunos aceptan que se trata de la misma cuestión[2997], otros consideran que este aspecto objetivo del delito continuado admite supuestos que superan la sola realización típica iterativa y sucesiva[2998]. Al respecto consideramos que no cabe un delito continuado cuando, pese a haber varias infracciones legales, hay una unidad de acción. Por ejemplo, si el autor agrede a la víctima con varios golpes y aun cuando cada golpe pudiese ser una infracción penal autónoma, existe una unidad de acción que permite afirmar un solo delito de lesiones y no, por lo tanto, un delito continuado de todos los golpes propinados. Tampoco habrá un delito continuado cuando una pluralidad de acciones se interpreta como una sola realización típica[2999]. Así, por ejemplo, no será un delito continuado la actividad contaminante realizada desde una misma fábrica, pues si bien se pueden haber realizado diversos vertidos de residuos tóxicos, la conducta típica definida como "contaminar", permite considerar los distintos vertidos como un solo delito de contaminación medioambiental. En el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se consideran un solo delito. La regulación del delito continuado no presta atención a una continuación de la misma infracción típica, sino que admite jurídicamente un solo delito a pesar de haber tenido lugar una nueva realización del tipo penal.

  La faceta objetiva del delito continuado requiere, en segundo lugar, que las acciones del autor constituyan realizaciones de varias

---

[2995] Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, p. 186 y ss.

[2996] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 302 y s.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 364; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 39; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 103 y ss.

[2997] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 39. En la misma línea como consecuencia del rechazo del delito continuado en el Derecho penal alemán, aunque advirtiendo que no se trata solamente de un cambio de etiquetas, GEPPERT, *NStZ* 1996, p. 60 y s.

[2998] Vid. GEERDS, *Zur Lehre*, p. 297 y s.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 59; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 79.

[2999] En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, p. 87.

violaciones de la misma ley penal, de igual o semejante naturaleza[3000]. Esta identidad objetiva respecto de los tipos penales realizados se afirma sin mayores inconvenientes en caso de realización continuada de un delito básico y sus tipos cualificados[3001], así como también en caso de tentativa y consumación[3002]. Por el contrario, la doctrina penal desconoce tal identidad respecto de los tipos penales que regulan modos distintos de ataque al mismo interés penalmente protegido[3003]. La similitud de realizaciones típicas exige, pues, que se trate de la misma forma de ataque al interés jurídico protegido[3004]. Sumamente dudoso es que en este elemento objetivo del delito continuado se puedan incluir también las infracciones administrativas o faltas que sumadas cuantitativamente puedan considerarse un delito. Esto no parece ser el criterio del legislador penal que, para el caso de las infracciones aduaneras, por ejemplo, ha regulado la figura especial del delito de contrabando fraccionado.

Como tercer aspecto objetivo del delito continuado, la doctrina penal considera necesario también una unidad temporal entre los distintos actos[3005]. Nuestra legislación penal prescinde, sin embargo, de tal unidad de tiempo, en tanto admite la existencia de un delito continuado tanto para acciones que se dan en un mismo momento, como para acciones que tienen lugar en momentos diversos[3006]. En este sentido, puede decirse que nuestra legislación se corresponde con el parecer doctrinal que sostiene que en el delito continuado el momento temporal no tiene ninguna relevancia normativa[3007]. Este aspecto marca otro elemento de distinción frente a la realización típica sucesiva.

[3000] Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 715; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189.

[3001] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 40; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

[3002] Vid., Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

[3003] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 40; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

[3004] Vid., Geppert, *Jura* 1982, p. 364.

[3005] Vid., la referencia, Geerds, *Zur Lehre*, p. 307; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 42; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 716; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 99; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189 y s.

[3006] Vid., en el mismo sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2484.

[3007] Vid., Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 78.

- *El elemento subjetivo*: El aspecto subjetivo del delito continuado tuvo al principio una importancia central, en tanto la relación de continuidad estuvo basada fundamentalmente en una unidad subjetiva[3008]. En la actualidad se reconoce la concurrencia del aspecto objetivo, centrándose la discusión, más bien, en la manera de comprender el elemento subjetivo del delito continuado. Un dolo global exige una interpretación que se remonta a la antigua jurisprudencia alemana, la cual requería que el dolo incluyera las acciones posteriores antes de la primera acción o cuando menos al momento de realizarse[3009]. Esta comprensión mostró pronto ciertas consecuencias ilógicas, como el hecho de favorecer al autor que planeó su actuación de manera minuciosa frente al autor que no lo hizo y que tiene que responder, por tanto, con base en un concurso real de delitos[3010]. Por esta razón, la posterior jurisprudencia alemana aligeró la exigencia del dolo global (ampliación del dolo global) y se conformó con un dolo que en la primera acción no cierre el paso a las siguientes acciones[3011]. Una flexibilización mayor lleva a cabo la interpretación doctrinal de este elemento subjetivo, en tanto exige solamente un dolo continuado, es decir, que cada hecho posterior debe ser considerado por el autor como continuación de los actos anteriores[3012]. Finalmente, existen también interpretaciones que renuncian a un dolo global o continuado y se centran en una unidad de conducción de vida punible[3013] o en elementos externos de la vinculación global[3014]. Por nuestra parte, debemos tener en cuenta que nuestra regulación penal requiere expresamente que el autor realice actos "de la misma reso-

[3008] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 300.

[3009] Vid., la referencia a esta interpretación jurisprudencial, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 308; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 61; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 364; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 43; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 21; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 107 y ss. Se muestra de acuerdo con esta interpretación, GEERDS, *op. cit.*, p. 311 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 716.

[3010] Vid., SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 61; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 44.

[3011] Vid., la referencia, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 365; TIMPE, *JA* 1991, p. 15; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 45; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 22; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 129 y ss.

[3012] Vid., ROTH-STIELOW, *NJW* 1955, p. 451. Críticamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 44; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 116 y ss.

[3013] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 229.

[3014] MEZGER, *JW* 1938, p. 3268.

lución criminal", lo que parece conducir a la necesidad de un dolo global[3015]. El requerimiento de una misma resolución criminal obliga, por tanto, a determinar subjetivamente desde un primer momento un dolo global en el autor, siquiera eventual, respecto de los actos futuros.

a.2) Consecuencia jurídica

Una vez comprobados en el caso concreto los elementos objetivo y subjetivo del delito continuado, el artículo 49 del CP establece como consecuencia jurídica que todos los actos en relación de continuidad se castiguen con la pena aplicable al delito más grave. La redacción del artículo mencionado se decide, por tanto, en favor de la pena concreta más grave y no del marco penal más grave. Los actos en relación de continuidad que no han sido considerados dentro del proceso y que se descubren luego de la condena, no tienen ningún efecto en la determinación de la pena, pues ya se encuentran incluidos en la consideración global del delito continuado[3016].

b. El delito colectivo o delito masa

El delito colectivo, o también llamado delito masa, tiene lugar cuando el comportamiento típico se presenta como la realización continua de una actividad productiva, comercial o profesional[3017]. Esta vinculación de los distintos actos en una actividad global llevó a la antigua jurisprudencia alemana a afirmar una unidad jurídica de acción y, por tanto, a castigar como una sola realización típica todos los actos de materialización de esta actividad[3018]. No obstante, la propia jurisprudencia alemana ha dejado de lado la figura del delito colectivo y se ha decidido a favor de un trato dife-

---

[3015] Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2492. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema N° 2337-99 Lima de 22 de julio de 1999 (vid., Chocano/Valladolid, *Jurisprudencia penal*, p. 130 y s.). Intenta darle un sentido restrictivo al elemento subjetivo, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 694.

[3016] Vid., en este sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 717; Sánchez Mercado, en *Estudios críticos*, p. 263.

[3017] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 268; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 32, n.m. 34; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; Puppe, *NK* § 52, n.m. 29; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 68 y s.

[3018] Vid., la referencia, Geerds, *Zur Lehre*, p. 269; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 62; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; Puppe, *NK* § 52, n.m. 29; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

renciado de los distintos actos individuales[3019]. La doctrina penal coincide plenamente con esta interpretación, en tanto considera que no existe fundamento alguno para el tratamiento unitario del delito colectivo y que solamente favorecería al delincuente por costumbre con un tratamiento más benigno[3020].

La crítica formulada en el marco del Derecho penal alemán no podría, sin embargo, hacerse extensiva a nuestra regulación penal anterior, pues el artículo 49 del CP no sólo ofrece una base legal para el reconocimiento de la figura delictiva del delito colectivo, sino que contiene incluso reglas de determinación de la pena más severas que las que tuvo en un primer momento el concurso real de delitos[3021]. Sin embargo, con la actual regulación del concurso real de delitos que asume un sistema de acumulación de penas, la situación se torna evidentemente distinta, por lo que podría resultar igualmente criticable la existencia de una unidad legal de delito en el caso de los delitos colectivos o masa.

El delito colectivo, regulado por el artículo 49 del CP en su primer párrafo *in fine*, se presenta como una derivación del delito continuado, lo cual debe llevar a la conclusión de que también en el delito colectivo deben estar presentes los elementos objetivo y subjetivo del delito continuado[3022]. Por esta razón, el Acuerdo Plenario N° 8-2008 señala que el delito masa es una "circunstancia agravante específica del delito continuado". La particularidad se encuentra en la pluralidad de las personas perjudicadas. En lo que atañe a la penalidad, se contempla un aumento de la misma en un tercio respecto de la pena máxima prevista[3023]. Esta regulación plantea la cuestión de si no estamos, mas bien, ante una agravante general de la pena que responde a la intención del legislador de ampliar la penalidad para aquellos casos en los que el autor genera una actividad continua con la finalidad de perjudicar a varias personas.

[3019] Vid., sobre esto, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 269; SCHMITT, *ZStW* 75 (1975), p. 62; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 368; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 69.

[3020] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 270 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

[3021] Siguiendo el modelo de regulación español, vid., sobre esto, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 204 y s.

[3022] BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 69, habla de una figura jurídica que complementa al delito continuado.

[3023] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 696.

4. Concurrencia posterior

En nuestra legislación penal, concretamente en el artículo 51 del CP, se ha establecido una regla de carácter fundamentalmente procesal que permite solucionar los supuestos del llamado concurso real retrospectivo. Conforme al precedente vinculante instaurado por la sentencia R.N. Exp. Nº 367-2004 Santa, el denominado concurso real retrospectivo se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso, esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente fue juzgado y condenado sólo por uno o algunos de los delitos cometidos. Resulta pertinente destacar que el concurso real retrospectivo se refiere a otro delito cometido con anterioridad al delito por el que se ha abierto un proceso y recibido una condena, pero descubierto con posterioridad. Si el delito posterior se cometió después de la sentencia por el primer delito, entonces se estará ante un supuesto de reincidencia regulado en el artículo 46 B del CP.

El artículo 51 del CP establece cómo se debe proceder ante un concurso real retrospectivo. Cuando la regla de determinación de la pena en el concurso real era la absorción, la regulación original del concurso real retrospectivo diferenciaba dos supuestos. Si la pena del delito descubierto era inferior a la impuesta, se procedía al sobreseimiento definitivo y se dictaba orden de archivo[3024]; si la pena era, por el contrario, superior a la aplicada en la sentencia condenatoria, se hacía un nuevo proceso y se le imponía al autor la nueva pena correspondiente. Para determinar si la pena era inferior o superior a la impuesta, el precedente vinculante R.N. Exp. Nº 367-2004 dispuso que se debía efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto, pero cometido antes de la primera sentencia. En caso de ser la pena superior, la pena ya cumplida por el autor era computada en la pena que establecía la nueva sentencia.

Debido al cambio del principio de determinación de la pena en el concurso real de delitos, se modificó también la regulación que tenía el concur-

---

[3024] Así las decisiones de la Corte Suprema Exp. Nº 4134-98 Callao de 3 de diciembre de 1998 (vid., CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 142 y s.), Exp. 122-2000 Lima de 24 de abril de 2000 [*Revista peruana de jurisprudencia* 7 (2001), p. 131 y s.], y la jurisprudencia vinculante de la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia, R.N. Exp. N° 367-2004 de veintitrés de febrero del año dos mil cinco.

so real retrospectivo (Ley 28730). En efecto, como la determinación de la pena en el concurso real se guía ahora por el principio de acumulación, la actual regulación del concurso real retrospectivo establece una sola regla: El sentenciado será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de treinta y cinco años. Si uno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará solamente ésta. El Acuerdo Plenario N° 04-2009 se ha encargado de ajustar los criterios establecidos por el anterior precedente vinculante a la nueva regulación del concurso real retrospectivo.

CUARTA PARTE

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

LECCIÓN 20
LA PENA

I. Introducción

Para que el Derecho penal cumpla su prestación social no basta con imputar el hecho penalmente relevante a un sujeto imputable. La reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, por lo que la pena debe constituir el retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados[3025]. En la medida que la privación de los medios de interacción requiere una base cognitiva que muestre el fracaso del autor, resulta necesario que la pena constituya la aflicción de un dolor[3026]. En consecuencia, el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues, de lo contrario, la pena no podrá restablecer la vigencia de la norma infringida. Está claro que la forma y la medida aflictiva de la sanción penal dependerán de consideraciones históricas y culturales de cada sociedad.

Si bien la función del Derecho penal se cumple únicamente con el efecto comunicativo de la pena, es evidente que el sistema penal no reduce sus posibilidades de reacción a la pena, pues existen otras consecuencias jurídicas que pueden imponerse en sede penal, como las medidas de seguridad, la reparación civil o las consecuencias accesorias. Estas consecuencias jurídicas no son, sin embargo, propias del Derecho penal, aun cuando hayan sido incorporadas legislativamente al sistema penal por muy diversas buenas razones. Es evidente que la imposición de las consecuencias jurídicas del delito distintas a la pena en el proceso penal constituye una prestación efectuada fácticamente por el Derecho penal y no por el Dere-

---

[3025] Vid., JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 52.

[3026] Vid., así, JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 30.

cho civil o administrativo, pero debe quedar claro también que, en el plano normativo, la imposición de estas consecuencias no se hace con las estructuras propias del Derecho penal, sino con una reproducción que el sistema penal hace de los criterios de decisión del Derecho civil o administrativo. La posibilidad de trasladar sistémicamente decisiones de un sistema jurídico parcial a otro, se sustenta en la llamada unidad del sistema jurídico, aunque resulta necesario precisar que esta unidad debe entenderse no en un sentido funcional, sino como ausencia de contradicción.

A partir de lo brevemente señalado puede concluirse, como cuestión general, que el Derecho penal cumple su función mediante la imposición de una pena a la persona a la que se le imputa la realización de un hecho penalmente relevante. En consecuencia, sólo la pena tiene, en sentido estricto, un carácter penal[3027]. Las otras consecuencias jurídicas del delito, incluida la clásica medida de seguridad, pueden también imponerse por el juez penal dentro de un proceso penal, pero debe quedar claro que los criterios de decisión para imponerlas son suministrados por los referentes normativos de otras ramas del Derecho, a saber, el Derecho administrativo o el Derecho civil[3028]. Si bien la imposición de estas consecuencias jurídicas en el marco de un proceso penal puede desplegar efectos preventivos o restabilizadores, dichos efectos constituyen solamente un reflejo de la protección, pero no su criterio de legitimación. Por lo tanto, el manejo político-criminal de este efecto empírico de las otras consecuencias jurídicas del delito no puede hacerse a costa de desnaturalizar su fundamento y procedencia normativa.

En esta lección se va a abordar la consecuencia jurídica del delito propiamente penal, es decir, la pena. Esta consecuencia del delito tiene como presupuesto lógico la imputación penal de un hecho antijurídico a un sujeto culpable, a lo que sirve, como ya se vio, la teoría del delito. Sin embargo, resulta pertinente precisar que la imposición de la pena no tiene lugar, al estilo de las leyes causales, mediante una aplicación automática desprovista de toda intervención humana, sino que también aquí entran en consideración cuestiones de carácter valorativo para decidir la procedencia y cuantía de la reacción. Estas cuestiones valorativas se agrupan en dos grandes te-

[3027] En la actualidad destaca especialmente que el Derecho penal debería ser sólo penal, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 591 y ss.

[3028] Así, GONZÁLEZ RIVERO, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68, respecto de las medidas de seguridad.

mas, a saber: la punibilidad y la determinación de la pena, de los que nos ocuparemos a continuación de forma más detallada.

II. La punibilidad

1. Necesidad, ubicación y fundamento

Por regla general un injusto culpable es punible[3029]. Sin embargo, en determinados delitos existen circunstancias especiales cuya ausencia o presencia determinan la efectiva imposición de la pena. Estas circunstancias se agrupan en la llamada categoría de la punibilidad que, por no estar presente en todos los delitos, se le considera inesencial o accidental[3030]. Pese a la relevancia de la punibilidad en la imposición de la pena de determinados delitos, esta categoría dogmática no ha recibido por parte de la doctrina penal una atención equiparable a la ofrecida a las categorías del delito como la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad[3031]. Esta situación explica, en cierta forma, por qué la ubicación sistemática y los contornos de la punibilidad se encuentran tan poco definidos[3032]. Parece ser que, en el fondo, la doctrina penal no tiene mucho interés en definir de manera más exacta esta categoría, pues muchas veces se le asigna una función de cajón de sastre en donde se mete todo aquello que no se puede incardinar en las categorías del delito[3033]. Está claro que, sea por la razón que fuere, esta situación de indeterminación no puede mantenerse, sobre todo si se quiere un sistema penal que ofrezca a los ciudadanos una seguridad jurídica mínima. En este sentido, los diversos aspectos de la punibilidad deben encontrar un orden sistemático que permita un manejo objetivamente justificable y, por lo tanto, predecible del sistema penal.

En nuestra opinión, la solución al problema expuesto de la punibilidad puede ir fundamentalmente por dos caminos distintos. Por un lado, se podría incorporar los distintos aspectos englobados dentro de la categoría de la punibilidad en las categorías del delito, no siendo necesario, por tan-

---

[3029] Vid., Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 1.
[3030] Vid., Martínez Pérez, *Las condiciones*, p. 116; Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 48 y s.
[3031] Vid., Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 62.
[3032] Vid., García Pérez, *La punibilidad*, p. 34.
[3033] Vid.. Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 153.

to, mantener una categoría dogmática adicional[3034]. Por el otro, se podría mantener la categoría de la punibilidad como distinta al injusto culpable, pero suministrándole contornos precisos que permitan definir realmente su sentido y alcance. Si bien diversos aspectos del delito que la doctrina penal dominante asigna a la punibilidad podrían trasladarse sin mayores inconvenientes a alguna de las categorías del injusto culpable (lo que habría efectivamente que hacer), hay que reconocer que no se puede hacer esto con todos los aspectos que conforman la categoría de la punibilidad, sin correr el riesgo de una excesiva ampliación o flexibilización de los elementos de la teoría de delito[3035]. Por esta razón, la solución más recomendable no va por prescindir de la categoría de la punibilidad, sino por ubicarla adecuadamente en el sistema dogmático y, a partir de ello, establecer los criterios que le dan identidad.

Hasta ahora la discusión doctrinal sobre la ubicación dogmática de la categoría de la punibilidad se ha movido fundamentalmente entre dos opiniones: Los que sostienen que forma parte de la teoría del delito y los que la consideran una cuestión de las consecuencias jurídicas del delito[3036]. La simplificación de esta discusión parece, sin embargo, olvidar que existe una tercera posibilidad, a saber: que la punibilidad no se encuentra dentro de la teoría del delito ni dentro de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, sino en medio de ambas. En efecto, la estructura formal de la ley penal está conformada por un supuesto de hecho (delito) que se encuentra vinculado normativamente con una consecuencia jurídica (pena), pudiéndose ubicar a la categoría de la punibilidad en el nexo de imputación que existe entre el delito y la pena. A diferencia de las leyes causales en las que, verificada la causa, el efecto se produce necesariamente, en las leyes jurídicas la consecuencia jurídica no opera con criterios de necesidad natural, sino con criterios de necesidad social sujetos evidentemente a valoración. En esta línea, la punibilidad agrupará un conjunto de criterios, ajenos a la consideración del delito como injusto culpable, en los que se discute si existe la necesidad de que el Estado ejerza efectivamente su *ius puniendi*.

[3034] Vid., así, BEMMANN, *Zur Frage*, p. 28 y ss; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 4; GARCÍA PUENTE, *ADPCP* 1981, p. 84 y ss. Una referencia a esta propuesta y sus inconvenientes, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 175 y ss.

[3035] Similarmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 31.

[3036] Vid., una exposición sobre esta discusión, SÁENZ TORRES, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 915 y ss.

El hecho de que factores ajenos al injusto culpable puedan levantar o autorizar la efectiva imposición de una sanción penal, muestra la importancia que tiene precisar en qué se fundamenta la punibilidad. En la doctrina penal se han presentado diversos planteamientos sobre su fundamento. Se ha recurrido a criterios tanto formales como materiales. En el primer caso, destaca el planteamiento que recurre a la bipartición entre norma de conducta dirigida a los ciudadanos y norma de sanción dirigida al juez, ubicando la punibilidad en esta última[3037]. Sobre la coherencia lógica de este planteamiento no cabe hacer mayores reproches, pero no resuelve la cuestión de fondo sobre qué aspectos forman parte de la norma primaria y qué aspectos de la norma secundaria. Mientras no se ofrezca criterios materiales para ello, la utilidad del criterio formal será sólo aparente[3038]. Una orientación material tienen, por el contrario, los planteamientos que buscan fundamentar la categoría de la punibilidad en criterios político-jurídicos extrapenales[3039] o en la necesidad de pena[3040]. Al primer planteamiento se le ha objetado entrar en cierta contradicción, pues si los criterios político-jurídicos deciden sobre la imposición de la pena, son necesariamente político-criminales y, por tanto, jurídico-penales[3041]. Al planteamiento basado en la necesidad de pena, por su parte, se le ha criticado no sólo la poca claridad sobre el término merecimiento y necesidad de pena[3042], sino también el hecho de que este criterio resulta también manejable en las categorías del delito[3043].

En nuestra opinión, la búsqueda del fundamento de la categoría de la punibilidad no va por uno sólo de los planteamientos antes esbozados, sino que, de alguna forma, todos destacan algo cierto sobre la punibilidad. Por un lado, debe reconocerse que si el injusto culpable ya se ha configurado, es evidente que la punibilidad no se puede basar en

---

[3037] El planteamiento originario proviene de la diferencia entre norma y ley penal de Binding, *Normen*, I, p. 3 y ss.

[3038] Vid., la crítica de Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 70 y s.

[3039] En esta línea, Roxin, *Derecho Penal*, PG, n.m. 21.

[3040] Vid., el planteamiento de Radbruch, *SchwZStr* 51 (1937), p. 255; Stratenwerth, *ZStW* 71 (1959), p. 567.

[3041] Vid., así la crítica de García Pérez, *La punibilidad*, pp. 49, 314 y s. En el mismo sentido, Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 161.

[3042] Vid., García Pérez, *La punibilidad*, p. 330 y s. Incluso se ha criticado la necesidad del binomio merecimiento de pena y necesidad de pena, pues el merecimiento de pena viene determinado por la necesidad. No hay nada previo a la necesidad. Vid., así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 5.

[3043] Vid., con mayores referencias, García Pérez, *La punibilidad*, p. 57.

la norma de conducta que el juez ha utilizado como baremo de medición del delito. Y esta situación lleva a concluir también que la punibilidad no está compuesta por criterios derivados del injusto culpable, sino por otras buenas razones previstas por el legislador. En consecuencia, se trata de aspectos distintos a los que fundamentan la punición de la conducta por la infracción de la norma de conducta. Pero debe quedar claro también que estas razones deciden igualmente sobre la necesidad de pena, teniendo, por tanto, un carácter jurídico-penal. Si bien el Estado se encuentra ya legitimado para castigar a la persona que ha cometido injusto penal culpable, hay otras razones, ajenas a los criterios de imputación penal, que recomiendan no hacer efectiva la pena[3044]. El fundamento de la punibilidad se encuentra, en definitiva, en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante.

Para saber cuáles son los criterios que influyen en la necesidad de pena, habría que entrar en la problemática de cada figura delictiva de la Parte Especial del Código Penal y de las leyes penales. Sin embargo, podrían mencionarse algunos ejemplos para graficar la idea expuesta en el párrafo precedente: La excusa absolutoria prevista en el artículo 208 del CP se sustenta en el mantenimiento de las relaciones familiares en relación con ciertos delitos patrimoniales que no son especialmente graves, así como la exención de pena que produce la excepción de la verdad en el delito de difamación (art. 134 del CP) responde al interés del Estado de determinar la actuación regular de sus funcionarios. Por lo tanto, queda claro que la imposición de una pena no depende sólo del sentido negativo socialmente atribuido al hecho lesivo culpable, sino que cuentan también otras consideraciones socialmente relevantes, como, la conservación de ciertas instituciones (familia) o el interés por conocer la veracidad de las imputaciones hechas a funcionarios públicos. Sobre la base de estas ideas, se puede concluir que la categoría de la punibilidad responde a criterios ajenos al hecho delictivo que influyen decisivamente en la necesidad de pena derivada de la comisión del hecho delictivo.

[3044] Vid., similarmente, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 66; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 166 y s., en relación con la satisfacción de las pretensiones tributarias frente a los delitos tributarios.

2. Los presupuestos de la punibilidad

Los presupuestos de la punibilidad son los criterios adicionales al injusto culpable que deciden sobre el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado. Se trata de situaciones que no son relevantes para el injusto culpable, pero que afectan igualmente la cuestión general de la necesidad de pena. Los presupuestos de la punibilidad pueden manifestarse de una forma positiva o de una forma negativa[3045], no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación[3046]. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad constituyen la manifestación positiva de la punibilidad, mientras que la expresión negativa tiene lugar a través de las llamadas causas de exclusión de la punibilidad o, conocidas también, como excusas absolutorias[3047]. Es importante destacar que, en la medida que se trata de aspectos ajenos al delito que afectan la necesidad de pena, no interesa si se presentan de manera concomitante al hecho delictivo o con posterioridad[3048]. En consecuencia, no resulta necesaria una ordenación de los presupuestos de la punibilidad en función de si son coetáneos o sobrevivientes al hecho delictivo, sino simplemente determinar si estas circunstancias levantan la necesidad de pena.

A. Las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que deben añadirse a la acción que realiza el injusto culpable para que genere la necesidad de una intervención penal[3049]. Por lo general se trata de resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se

---

[3045] Vid., con mayores referencias, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 40; MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones*, p. 91 y ss., 108 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 29.

[3046] Vid., así, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 30.

[3047] Sobre la procedencia francesa del término excusas absolutorias y su incorporación al Derecho español por Luis Silvela, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, p. 29 y ss.

[3048] Se muestra crítico, en este sentido, frente a la distinción entre causas de exclusión de la punibilidad y causas de levantamiento de la pena, VOLK, K., *ZStW* 97 (1985), p. 882; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 10. No obstante un amplio sector de la doctrina penal considera relevante esta distinción. En esta línea, FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 38, 177 y s., señala que las causas de levantamiento de la pena no deben ubicarse dentro de un concepto estricto de punibilidad, sino en otra categoría de "otros presupuestos de la pena". Por su parte, ZAFFARONI, *Manual*, PG, II, p. 796, diferencia entre causas que excluyen la penalidad y las que cancelan la penalidad.

[3049] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 2. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, § 53, I 1.

2. Los presupuestos de la punibilidad

Los presupuestos de la punibilidad son los criterios adicionales al injusto culpable que deciden sobre el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado. Se trata de situaciones que no son relevantes para el injusto culpable, pero que afectan igualmente la cuestión general de la necesidad de pena. Los presupuestos de la punibilidad pueden manifestarse de una forma positiva o de una forma negativa[3045], no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación[3046]. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad constituyen la manifestación positiva de la punibilidad, mientras que la expresión negativa tiene lugar a través de las llamadas causas de exclusión de la punibilidad o, conocidas también, como excusas absolutorias[3047]. Es importante destacar que, en la medida que se trata de aspectos ajenos al delito que afectan la necesidad de pena, no interesa si se presentan de manera concomitante al hecho delictivo o con posterioridad[3048]. En consecuencia, no resulta necesaria una ordenación de los presupuestos de la punibilidad en función de si son coetáneos o sobrevivientes al hecho delictivo, sino simplemente determinar si estas circunstancias levantan la necesidad de pena.

A. Las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que deben añadirse a la acción que realiza el injusto culpable para que genere la necesidad de una intervención penal[3049]. Por lo general se trata de resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se

---

[3045] Vid., con mayores referencias, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 40; MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones*, p. 91 y ss., 108 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 29.

[3046] Vid., así, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 30.

[3047] Sobre la procedencia francesa del término excusas absolutorias y su incorporación al Derecho español por Luis Silvela, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, p. 29 y ss.

[3048] Se muestra crítico, en este sentido, frente a la distinción entre causas de exclusión de la punibilidad y causas de levantamiento de la pena, VOLK, K., *ZStW* 97 (1985), p. 882; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 10, n.m. 10. No obstante un amplio sector de la doctrina penal considera relevante esta distinción. En esta línea, FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 38, 177 y s., señala que las causas de levantamiento de la pena no deben ubicarse dentro de un concepto estricto de punibilidad, sino en otra categoría de "otros presupuestos de la pena". Por su parte, ZAFFARONI, *Manual*, PG, II, p. 796, diferencia entre causas que excluyen la penalidad y las que cancelan la penalidad.

[3049] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 2. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, § 53, I 1.

reúnan dicha cualidad especial[3055]. Por ejemplo, al congresista que injuria a otro en un debate en el Congreso no podrá imponérsele la pena prevista en el delito de injurias, pues se encuentra amparado por el privilegio de la inviolabilidad establecida en la Constitución Política. Debe quedar claro que las causas personales de exclusión de la pena no se sustentan en la diferencia de las personas, sino en la preservación de ciertos intereses vinculados al ámbito de actuación de la persona o a sus relaciones con otros. Para seguir con el ejemplo: El fundamento de la causa personal de exclusión de la pena de la inviolabilidad de los congresistas no radica simplemente en tener el estatus social de congresista, sino en el hecho de que la labor que desarrollan estos funcionarios requiere de márgenes de mayor libertad que los preserve de la posible interferencia de otros poderes del Estado[3056].

La exclusión de la punibilidad por razones de carácter personal no se limita a los casos de cualidades especiales que posee el autor al momento del hecho. La pena puede excluirse por la producción o aparición de hechos posteriores que tengan una incidencia personal sobre la necesidad de pena. Como puede verse, somos de la opinión que no cabe distinguir dogmáticamente las causas de exclusión de la punibilidad respecto de las causas de levantamiento, supresión o cancelación de la pena[3057]. En consecuencia, los supuestos de exclusión de la responsabilidad penal personal por hechos o circunstancias posteriores como el arrepentimiento activo de un interviniente en el delito, la exención de pena del artículo 68 del CP o la prescripción, constituirán también causas de exclusión de la punibilidad de carácter personal. El estudio de estos supuestos de exclusión de la punibilidad, sin embargo, se deja para la parte final de esta lección.

b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad

Las causas materiales de exclusión de la punibilidad se refieren a circunstancias concomitantes o posteriores al hecho que eximen de pena. El carácter objetivo de estas causas de exclusión de la punibilidad trae como consecuencia que la falta de punibilidad beneficie a todos los intervinien-

---

[3055] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; LENCKNER, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 53.

[3056] Vid., igualmente, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 55 y s. Habla, en este sentido, de una capacidad funcional del parlamento, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4.

[3057] En esta línea, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, p. 107, considera como clases de excusas absolutorias las excusas absolutorias preexistentes a la comisión del delito y las excusas absolutorias posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito.

tes[3058]. Un ejemplo bastante extendido es la llamada *exceptio veritatis* o excepción de la verdad en los delitos contra el honor. Esta causa de exclusión de la punibilidad se encuentra regulada en el artículo 134 del CP y permite, en determinados casos, eximir de responsabilidad penal al autor de un delito de difamación si prueba la veracidad de sus imputaciones.

Al igual que las causas personales de exclusión de la punibilidad, debe señalarse que la punibilidad de la conducta también puede excluirse objetivamente mediante un hecho posterior a la realización del delito. Para mantenernos en los delitos contra el honor: Si en el caso de una difamación o injuria encubierta o equívoca el acusado ofrece explicaciones satisfactorias en juicio, quedará exento de responsabilidad penal, tal como puede deducirse del artículo 136 del CP. También puede citarse como ejemplo el caso de la regularización tributaria (o pago íntegro de la deuda tributaria) en relación con los delitos tributarios, la que conforme al punto 9 del Acuerdo Plenario N° 2-2009 constituye una causa material de exclusión de la punibilidad *ex post factum*.

3. Consecuencias dogmáticas

La aceptación de los presupuestos de la punibilidad como una categoría dogmática autónoma del injusto culpable da lugar a diversas cuestiones problemáticas relacionadas con la teoría del delito. De manera general, hay que decir que la solución de estas cuestiones no puede tener un carácter unívoco, sino que requiere una respuesta diferenciada en función del fundamento dogmático de cada aspecto de la teoría del delito que se problematiza en relación con la categoría de la punibilidad. Veamos de manera más detallada cuáles son estas cuestiones problemáticas.

A. El error sobre la punibilidad

Un punto de especial discusión es la relevancia del error sobre la punibilidad de la conducta. En cuanto al error pueden presentarse dos situaciones: que el autor crea que su conducta, a pesar de ser delito, no es punible o que considere que es punible, no siéndolo. En el primer caso, la posi-

[3058] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; LENCKNER, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 57.

ción tradicional desde BINDING[3059] ha sido la irrelevancia del error[3060]. No obstante, algunas voces de la doctrina han comenzado a cuestionar la exactitud de esta conclusión, admitiendo de forma excepcional o general la relevancia del error[3061]. El principal argumento a favor de este cambio de concepción, se encuentra en el hecho de que la prevención general, admitida por gran parte de la doctrina, presupone que el autor conozca si su hecho resulta punible o no[3062]. Hay que señalar, sin embargo, que el argumento antes mencionado valdría, en todo caso, sólo para quienes parten de una función motivadora de la pena, aunque tampoco es necesariamente así, pues, como lo señala ROXIN, el conocimiento de la prohibición bastaría para motivar al sujeto a un comportamiento fiel al Derecho[3063]. Pero lo que queda claro es que, para quienes entienden que la pena tiene una función restabilizadora, el error sobre la punibilidad de la conducta resultará irrelevante, pues la defraudación de una expectativa normativa de conducta sólo requiere subjetivamente que el autor conozca el carácter defraudador de su hecho, pero no su efectiva punición. En la medida que la defraudación se produce con la realización del injusto culpable sin mayores circunstancias adicionales positivas o negativas, el error sobre la efectiva imposición de la pena por la existencia o no de circunstancias ajenas al injusto culpable no resultará relevante.

En cuanto al caso de la creencia errónea de estar realizando un hecho punible, cuando en realidad el delito no es punible, no podrá hablarse, en sentido estricto, de una tentativa, pues el hecho delictivo se encuentra ya consumado, sin necesidad de que se haga efectiva o no la punibilidad de la conducta. En consecuencia, la suposición errónea de la punibilidad de la conducta no generará una responsabilidad penal por tentativa[3064], sino que se tratará de un delito consumado que simplemente no puede

---

[3059] BINDING, *Normen*, T. III, p. 98 y ss.

[3060] En la actualidad mantienen este criterio desde distintas perspectivas, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 30; LENCKNER, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones*, p. 120 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 391; ÁVALOS RODRÍGUEZ, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 468 y s.

[3061] Vid., SCHROEDER, *LK*, 10. Aufl., § 17, n.m. 7; BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 204; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 97 y ss.

[3062] Vid., así, el planteamiento original de FEUERBACH, *Tratado*, § 85. Sobre este planteamiento, vid., MAURACH, *FS-Eb. Schmidt*, p. 305; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 83 y s.

[3063] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 13.

[3064] Igualmente, aunque sí admite la relevancia del error en el supuesto anterior, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 109.

ser efectivamente castigado por la ausencia de un presupuesto de punibilidad exigido por la ley. Por consiguiente, no hay posibilidad de construir dogmáticamente una figura de tentativa de un delito punible, sino que el delito quedará impune por la presencia o ausencia de un presupuesto de la punibilidad.

B. La intervención delictiva

Otro punto de discusión se presenta en relación con las reglas de la intervención en el delito. Dos son las cuestiones problemáticas de la intervención que se suscitan en la punibilidad. En primer lugar está la cuestión de si cabe hablar de una participación cuando una persona interviene luego de realizado el delito, pero antes de que tengan lugar los presupuestos de punibilidad exigidos. La respuesta a esta cuestión no es tan problemática: una participación punible sólo es posible mientras se realiza el delito. La intervención posterior, aunque sea antes de que aparezca el presupuesto de la punibilidad requerido por la ley, sólo podrá dar lugar a una intervención postejecutiva que abriría la posibilidad de castigar al interviniente como encubridor o como autor de un nuevo delito, pero, de ninguna manera, podrá fundamentar el castigo como partícipe en el delito ya consumado.

La segunda cuestión problemática consiste en el castigo al resto de los intervinientes en el hecho no punible. En la doctrina penal domina el parecer de que mientras la ausencia de una causa objetiva de la punibilidad beneficia a todos los intervinientes, la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad sólo beneficia a los sujetos en quienes concurra la circunstancia[3065]. Esta afirmación ha empezado, sin embargo, a relativizarse con la aparición de las llamadas excusas absolutorias objetivas o materiales que afectarían a todos los intervinientes en el hecho[3066]. La doctrina ha intentado sustentar esta consecuencia mediante cierta proximidad de estas excusas absolutorias con las causas de justificación[3067], pero debe reconocerse que esta forma de fundamentación produce una mayor confusión en

[3065] Vid., por todos, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36.

[3066] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 4; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 45; BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 206; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 31.

[3067] Vid., así, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, T. I, p. 478.

las categorías sistemáticas del delito[3068]. En el fondo, consideramos que la solución al problema se presenta más sencilla.

Para responder a la cuestión de si la falta de punibilidad del delito beneficia a todos los intervinientes o no, hay que determinar si la razón en la que el Estado sustenta su renuncia a su pretensión punitiva resulta siendo de carácter personal o, más bien, objetivo. En el primer caso, la renuncia de pena se presenta sólo respecto de una persona, mientras que en el segundo caso la renuncia a la pena tiene lugar respecto de todos los intervinientes en el hecho. En consecuencia, resulta plenamente justificado que la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una excusa absolutoria material implique una renuncia de la pena respecto de todos los intervinientes en el hecho, mientras que en el caso de la excusa absolutoria personal la renuncia se limite solamente a la persona a la que le alcanza la excusa. No es una cuestión que deba solucionarse a partir de las reglas de la autoría y la participación, pues la punibilidad, como lo hemos señalado, no es una categoría del delito, sino una categoría intermedia entre el delito y la consecuencia jurídica. Se trata, en resumidas cuentas, de una renuncia a la pena respecto de alguno o todos los intervinientes en el delito.

C. El momento y el lugar del delito

La discusión también se ha presentado respecto de la cuestión de si una condición objetiva de punibilidad sobreviniente puede modificar los aspectos de momento y lugar del delito. La doctrina dominante considera que la condición objetiva de punibilidad es irrelevante en cuanto al momento y lugar del delito[3069]. Sin embargo, este parecer general se ha comenzado a relativizar para el caso de la prescripción. En efecto, un sector de la doctrina penal ha señalado que en los casos de una condición objetiva de punibilidad los plazos de prescripción no corren a partir del momento en que se consuma el delito, sino del momento en que se cumple con el presupuesto de la punibilidad[3070]. Este parecer se apoya en el hecho de que resultaría injusto que el autor de un delito se vea beneficiado por la

---

[3068] Así la crítica de Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 207.

[3069] Vid., así, Roxin, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 30. De otra opinión, Schmidhäuser, *ZStW* 71 (1959), p. 559.

[3070] Vid., Stree, *JuS* 1965, p. 473; El Mismo/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder *StGB*, § 78 a, n.m. 13; Lenckner, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 76.

prescripción de un delito que no ha podido castigarse por la falta de una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, la prescripción solamente se habrá producido si desde el momento en que se verifica la condición objetiva de punibilidad ha transcurrido el plazo de prescripción. Este parecer nos parece el más adecuado, por lo que los plazos de prescripción deberán correr a partir del momento en que es posible castigar el delito, es decir, desde que, en los delitos en los que se exige, se produce la condición objetiva de punibilidad. Evidentemente las llamadas condiciones de procedibilidad como la denuncia o requerimiento de parte no deben seguir esta regla, pues, en estos casos, la efectiva punibilidad del delito depende de los afectados y no de un evento ajeno a su voluntad.

4. La distinción con los presupuestos o condiciones de procedibilidad

En la medida en que el Derecho penal y el Derecho procesal penal no constituyen un sistema integrado, los presupuestos de la punibilidad se diferencian de las llamadas condiciones de procedibilidad[3071]. A estas últimas se les define como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla[3072]. Posiblemente el supuesto más extendido de las condiciones de procedibilidad son los denominados informes técnicos de instituciones especializadas que resultan necesarios para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal. Así sucede, por ejemplo, con el INDECOPI en relación con delitos que tienen incidencia en la competencia y en el mercado.

La doctrina especializada ha ensayado diversos criterios para poder hacer la diferenciación entre las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos de procedibilidad. Un criterio que aún hoy se maneja es el desarrollado originalmente por BELING que orienta el Derecho penal material al merecimiento del mal de la pena y el Derecho procesal penal a la actividad procesal[3073]. Conforme a este planteamiento, los presupuestos de punibilidad afectarían el merecimiento del mal de la pena, mientras que los presupuestos de procedibilidad recaerían solamente sobre el "si"

[3071] Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho* 39 (1985), p. 356; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 60.
[3072] Así, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 365.
[3073] Vid., BELING, *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, p. 6.

y el "cómo" de la actividad procesal[3074]. A este criterio se le ha objetado, entre otras cosas, no proporcionar un criterio material de distinción[3075]. Pero quizá la crítica más relevante sea aquélla que le reprocha limitar el criterio de imposición de la pena solamente al aspecto del merecimiento, extendiendo excesivamente el Derecho procesal a costa del Derecho penal material[3076].

En una línea completamente contraria se encuentra la propuesta de distinción de Hilde KAUFMANN, quien recurre al siguiente *test* para decidir la naturaleza penal o procesal de la cuestión: Si la imposición de la pena depende de la circunstancia en cuestión sin un proceso, entonces se tratará de un presupuesto de la punibilidad[3077]. Como puede verse, este planteamiento, a diferencia del anterior, extiende el Derecho penal a costa del Derecho procesal. Las críticas a este planteamiento no se han hecho esperar. Por un lado, se le reprochó la pretensión de construir una diferencia entre Derecho penal y Derecho procesal prescindiendo del proceso: El Derecho penal se realiza única y exclusivamente en el proceso[3078]. Por el otro, se le cuestionó que el *test* hipotético propuesto para hacer la distinción tenga un contenido material, cayendo, por tanto, en el mismo problema que se le reprochó al planteamiento de BELING[3079].

Los extremos a los que llegan los planteamientos antes expuestos parecen abogar por soluciones intermedias. En esta línea parece moverse precisamente el planteamiento originalmente propuesto por GALLAS[3080] y desarrollado luego, con sus propios matices, por SCHMIDHÄUSER[3081]. Se trata, en resumidas cuentas, de considerar, a la luz del principio de legalidad, como presupuestos de la punibilidad aquellas circunstancias independientes de la culpabilidad que están en conexión con el hecho, mientras

---

[3074] Vid., BELING, *Die Lehre*, p. 51 y ss. Este criterio ha sido seguido, con algunas particularidades sobre todo en cuanto a la función de la pena, por BEMMANN, *Zur Frage*, p. 27.

[3075] Vid., KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, p. 109.

[3076] Vid., así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 47.

[3077] Vid., KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, pp. 1 y ss., 134.

[3078] Vid., así, VOLK, K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, p. 11 y ss.

[3079] Vid., así, BLOY, *Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, p. 29 y ss.

[3080] Vid., la propuesta de Gallas en las sesiones de la Comisión de Derecho penal para la reforma del Código penal alemán, *Niederschriften*, V, p. 104.

[3081] Vid., SCHMIDHÄUSER, *ZStW* 71 (1959), p. 558. En esta misma línea, STRATENWERTH, *ZStW* 71 (1959), p. 574; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 52.

que aquellas circunstancias que son ajenas al complejo del hecho solamente serán presupuestos de procedibilidad. En efecto, sólo los aspectos que están inmediatamente vinculados al hecho son alcanzados por las exigencias del principio de legalidad y, por lo tanto, tienen un carácter de Derecho material[3082]. Sin embargo, la posición intermedia de este planteamiento no le ha liberado de críticas. Quizá el aspecto más cuestionado sea el hecho de entender que el principio de legalidad tenga un ámbito de aplicación limitado al Derecho penal sustantivo[3083]. En cualquier caso, tampoco este criterio de distinción ofrece márgenes de separación claros con soluciones unívocas[3084]. Por ello, no sorprende en lo absoluto que la doctrina penal concluya que no se ha encontrado aún un criterio preciso para delimitar los presupuestos de la punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad[3085].

Consideramos que la razón fundamental por la que no se ha podido encontrar un criterio seguro para delimitar el Derecho penal y el Derecho procesal penal se debe al hecho de tener un punto de partida equivocado: La separación funcional entre el Derecho penal y el Derecho procesal. Si se parte, por el contrario, de la idea de que el Derecho penal forma un sistema integral que abarca también al Derecho procesal[3086], la separación conceptual solamente sería relevante a efectos de las consecuencias prácticas, pero no en cuanto a la función integral del sistema penal[3087]. Si la falta de necesidad de punir un delito por la presencia o ausencia de aspectos ajenos al injusto culpable, se expresa en circunstancias vinculadas directa o indirectamente al hecho o en otras razones, en el fondo no interesa, pues siempre llevará a la misma consecuencia del sistema. Para decirlo de la mano de supuestos más concretos: Si un delito leve no se castiga porque no alcanza cierto nivel de gravedad o porque el afectado no denuncia el hecho, se sustenta, en el fondo, en el mismo fundamento: La levedad del delito. En

---

[3082] Vid., así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 23, n.m. 52.

[3083] Vid., en este sentido, KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, p. 123 y ss.

[3084] Vid., por ejemplo, las diferentes conclusiones a las que llega Gallas y Schmidhäuser, GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 63, nota al pie de página 179.

[3085] Vid., así, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 66.

[3086] En esta línea, el planteamiento de un sistema integral propuesto por la escuela encabezada por Frisch. Vid., sobre esto, con finas apreciaciones, SILVA SÁNCHEZ, Introducción al *Sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (eds.), p. 21.

[3087] Así, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 57, nota al pie de página, dice que las condiciones objetivas de punibilidad y persiguibilidad tiene probablemente más cosas en común que elementos diferenciadores.

un caso el sistema penal ha determinado la punibilidad de forma objetiva con un criterio cuantitativo, mientras que en el segundo caso lo deja a la discreción del afectado[3088]. Si es que se estudia detenidamente los diversos presupuestos de punibilidad y de procedibilidad se podrá llegar finalmente a la misma relación.

En atención a nuestras consideraciones, podemos decir que la distinción entre los presupuestos de la punibilidad y los presupuestos de procedibilidad depende de la eventual configuración normativa que se le dé a la respectiva circunstancia que influye sobre el efectivo castigo del hecho. Si la circunstancia se manifiesta como independiente de las reglas del proceso penal, se tratará de un presupuesto positivo o negativo de punibilidad. Si la circunstancia, por el contrario, está vinculada al inicio, prosecución o archivamiento del proceso penal, entonces estaremos ante un presupuesto de procedibilidad. Esta distinción tiene evidentemente consecuencias prácticas: El presupuesto de punibilidad lleva a la absolución, mientras que el presupuesto de procedibilidad lleva al sobreseimiento o archivo del proceso; el presupuesto de punibilidad tiene expresión procesal mediante una excepción de naturaleza de acción, el presupuesto de procedibilidad mediante una cuestión previa[3089]. No obstante, la finalidad que informa ambos tipos de presupuestos son los mismos: Hacer depender la imposición de una pena o el procesamiento penal para imponer una pena, de la presencia o no de una circunstancia especial[3090].

III. La determinación de la pena

Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho, resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido. Existen, en principio, tres sistemas de determinación de la pena[3091]. Por un lado, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código Penal Francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente

---

[3088] Y así podría establecerse otros paralelismos. Por ejemplo, entre el principio de oportunidad y la exención de pena; entre el informe técnico y la entidad del daño, etc.

[3089] Vid., así, San Martín Castro, *Derecho* 39 (1985), p. 365 y s.

[3090] Por ello, Roxin, *Derecho Procesal Penal*, p. 6, alude a una equivalencia funcional.

[3091] Vid., Boix Reig/Orts Berenguer, *RPCP* 7-8, p. 302 y s.; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 47; El Mismo/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 244.

determinadas por el legislador. A este sistema se le opone completamente el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena[3092]. El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Dentro de este tercer sistema caben dos vertientes: O el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena[3093]. Nuestro Código Penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena[3094].

El proceso de determinación de la pena asumido por nuestro Código Penal constituye un proceso complejo[3095] que se lleva a cabo tanto en el plano legislativo como judicial. En primer lugar, el legislador precisa la clase de pena que el juez puede imponer por el hecho cometido, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), dentro del que se moverá el juez penal para determinar la pena concreta. Hay que precisar, sin embargo, que el juez no realiza de forma autónoma la individualización de la pena a partir del marco penal abstracto. El legislador penal ofrece adicionalmente ciertos criterios generales que concretan parcialmente el marco legal abstracto (marco abstracto-concreto). Por un lado, el legislador prevé un conjunto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, aumentando o reduciendo el marco penal inicialmente previsto y, por el otro, establece las reglas que deben seguirse para determinar el marco penal abstracto en ciertos supuestos de concurso de delitos. Con el marco penal resultante de aplicar eventualmente las reglas anteriores, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor, en función de ciertas circunstancias específicas previstas en la ley.

[3092] Críticamente, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 23.

[3093] Vid., BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *RPCP* 7-8, p. 303.

[3094] El Acuerdo Plenario N° 1-2008, establece que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico, esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito, dejando al Juez un arbitrio relativo para individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado.

[3095] Vid., sobre el carácter complejo de este proceso, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 26 y ss.

Veamos con mayor detalle en qué consisten cada uno de estos pasos del proceso de determinación de la pena[3096].

1. El marco penal abstracto

A. La clase de pena

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito previsto en la normativa penal. En el artículo 28 del CP se precisan las diversas clases de pena que pueden preverse para los delitos de la Parte Especial del Código Penal y, por aplicación supletoria (artículo X del Título Preliminar del Código Penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales. En cuanto a su imposición, estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en cada tipo penal. En primer lugar, pueden presentarse como una pena única, es decir, como la única pena de determinada naturaleza que puede imponerse al delito[3097]. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa[3098]. Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro Código Penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (artículo 39). Hay que precisar que la pena accesoria requiere que el juez la imponga expresamente en la sentencia condenatoria[3099].

Las clases de penas previstas en el artículo 28 del CP son las siguientes: Pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Con este artículo, se hace una primera

---

[3096] Es cierto que en la doctrina se incluye una tercera fase de la determinación de la pena (la determinación administrativa), constituida por los criterios de decisión de la autoridad administrativa durante la ejecución de la pena [vid., Bustos Ramírez, *Obras completas*, T. I, p. 701; Ziffer, *Lineamientos*, p. 25; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 322; Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 222]. Sin embargo, esta fase de la determinación de la pena no la vamos a abordar por tener un lugar más adecuado de exposición en el Derecho Penitenciario.

[3097] Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 42.

[3098] Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 43.

[3099] Vid., en este sentido, Bustos Ramírez, *Obras completas*, T. I, p. 671.

delimitación legal de la consecuencia jurídico-penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para castigar los delitos de la Parte Especial. Se trata, por tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena, de manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta a las previstas en el artículo 28 del CP. Así, pues, este dispositivo penal no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

a. La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario[3100]. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código Penal, la pena privativa de libertad se ha unificado[3101], no diferenciándose diversas formas de privación de la libertad, como sí lo hizo, por ejemplo, el Código Penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión[3102]. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régimen cerrado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97 del Código de Ejecución Penal). En el actual Código Penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua[3103].

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo por los defensores de la criminología crítica[3104], en la sociedad moderna, construida sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad especialmente grave. Por esta razón, a la pena privativa de libertad no cabe recurrir para reprimir cualquier delito, sino que debe reser-

---

[3100] Vid., TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 38, n.m. 3. Igualmente, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 48.

[3101] Vid., Exposición de motivos del Código penal de 1991. Vid., el origen alemán de esta pena privativa de libertad unificada, STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 38 y ss.; n.m. 26.

[3102] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2579.

[3103] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 48.

[3104] Vid., la exposición sintética, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 49 y ss.

varse para los hechos más intolerables[3105]. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves, pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría hacerla efectiva, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas y posiblemente más eficaces (las penas restrictivas de derechos, por ejemplo)[3106].

b. Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. En la redacción original del Código Penal estas penas eran de dos tipos: La pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros. La legitimidad de la pena de expatriación comenzó, sin embargo, a ser cuestionada, pues se consideraba contraria a la normativa internacional referida a derechos humanos, la cual niega la posibilidad de expulsar del país a los nacionales. Por esta razón, mediante Ley 29460 del 27 de noviembre de 2009 se suprimió del Código Penal la pena de expatriación, alegándose precisamente su incompatibilidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional[3107].

Es pertinente precisar que la pena restrictiva de libertad de expulsión del extranjero no se contempla como una pena autónoma, sino, más bien, como una pena complementaria a la pena privativa de libertad[3108]. En este sentido, esta pena se aplicará después de cumplida la pena privativa de libertad impuesta[3109]. No parece correcto, por lo tanto, imponer esta pena complementaria junto a una pena privativa de libertad suspendida, a no ser que la expulsión tenga lugar luego del periodo de prueba. Admitir el control de la observancia de reglas de conducta en el extranjero podría implicar cierta injerencia en los ámbitos de aplicación del derecho interno de cada país. La pena de expulsión se prevé expresamente para delitos espe-

---

[3105] En este sentido, Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 46; Rebollo Vargas, *RPCP* 7-8, p. 554, recomienda esta pena solamente para delitos graves y menos graves.

[3106] Vid., Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 56.

[3107] Así, Prado Saldarriaga, *Código Penal*, p. 71; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2603.

[3108] Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 82.

[3109] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2598.

cialmente graves (narcotráfico, por ejemplo) o para delitos contra el Estado y la Defensa Nacional[3110].

c. Las penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, a la libertad personal, a los derechos políticos, etc. El Código Penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación. Un sector de la doctrina penal destaca la excesiva generalidad de la denominación utilizada para caracterizar a esta clase de pena. Pero es evidente que en este plano no pueden ofrecerse mayores niveles de precisión, dado el aglutinamiento que el legislador penal ha hecho de restricciones o privaciones de derechos de muy diversa índole[3111]. La precisión deseada solamente se puede conseguir si se entra en cada una de las distintas penas englobadas en la denominación general de "penas limitativas de derechos".

Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras publicas (prestación de servicios a la comunidad), sea manteniéndolo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres)[3112]. Estas penas están contempladas, por lo general, para delitos de mediana gravedad, sea de forma exclusiva o como pena alternativa a otra clase de pena (privativa de libertad o multa). Pero debe indicarse además que, aun cuando no estén expresamente contempladas en un tipo penal de la Parte Especial, estas penas pueden imponerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos[3113].

[3110] Vid., así, Exposición de motivos del Código penal.

[3111] Así, ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, octubre de 2009, p. 45.

[3112] Sobre las entidades receptoras de limitación de días libres, vid., ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, octubre de 2009, p. 55 y ss.

[3113] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 69 y s. Con base en la posibilidad de aplicar las penas limitativas de derechos alternativamente a la prisión, un sector de la doctrina penal nacional discute sobre si estas penas deberían

El mayor reparo presentado contra las penas de prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres, está en las condiciones administrativas para hacer viable su ejecución. Si bien se han aprobado disposiciones jurídicas que reglamentan su ejecución (la Ley 27030 y el Reglamento actualmente vigente del CEP, D.S. N° 015-2003-JUS, artículos 243 y siguientes), la necesaria participación de las instituciones sociales en el cumplimiento de estas penas no se ha llegado a concretar de manera suficiente[3114]. Por otro lado, las notables carencias en cuanto a la infraestructura requerida para asegurar su debida ejecución, así como la ausencia de un exhaustivo control de su cumplimiento, juegan en contra de su credibilidad como un mecanismo idóneo para responder satisfactoriamente frente a cierto tipo de criminalidad.

En cuanto a la pena de inhabilitación, el Acuerdo Plenario N° 10-2009 la caracteriza como la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). Precisa además que su aplicación se rige por un criterio de especialidad, el cual implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad (como pena principal o accesoria), dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate. Esta clase de pena debe corresponderse igualmente con el principio de proporcionalidad, lo que explica que el Código Penal actual haya suprimido el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el Código Penal anterior, convirtiéndola en temporal[3115]. Sin embargo, como bien lo hace el Acuerdo Plenario N° 2-2008, existen excepciones al carácter temporal de la pena de inhabilitación en función a la "naturaleza de las cosas", pues algunas privaciones de derecho o de actividad tienen un carácter definitivo. Así cabe mencionar la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, la privación definitiva de títulos honoríficos o la privación de la función, cargo o comisión

---

agruparse en una clase de penas de "alternativas a la prisión" (sobre esta discusión, con consideraciones críticas, ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, octubre de 2009, p. 46 y ss.). No hay razón para una tal clase de pena, pues la existencia de una pluralidad cualitativamente distinta de penas aplicables no establece una relación del alternatividad esencial entre las mismas, sino la facultad otorgada por el legislador al juez de poder aplicar en un caso concreto, sin afectar el principio de legalidad, una pena cualitativamente menor a un delito que abstractamente tiene una pena cualitativamente mayor. Pero cada clase de pena mantiene su propia identidad.

[3114] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2631.

[3115] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 64.

que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular. Se trata de privaciones definitivas, pero no de una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquéllos se recuperan tras cumplir la pena.

El Acuerdo Plenario N° 2-2008 precisa, en atención a la regulación legal, que la inhabilitación puede ser una pena principal o accesoria[3116]. En el primer caso, se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque cabe imponerla conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, por lo que es complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función– (artículos 39 y 40 del CP). En caso que la inhabilitación sea la pena principal, su tiempo de duración se extenderá de seis meses a cinco años, mientras que si se impone como pena accesoria, la inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal, aunque no podrá superar los cinco años establecidos como tope. No obstante, debe precisarse que en leyes penales especiales se han contemplado penas de inhabilitación principal por encima de los cinco años, como es el caso de Ley contra el delito de lavado de activos (inhabilitación de hasta seis años) o la Ley de delitos tributarios (inhabilitación de hasta siete años)[3117].

El uso de la pena de inhabilitación se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podría aplicarse a los particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplado en el artículo 36 inciso 4 del CP que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. Si se aseguran las condiciones para su efectiva aplicación, la pena de inhabilitación podría desarrollar mayores efectos preventivos que penas privativas de libertad, suspendidas en su ejecución.

[3116] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2742.
[3117] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2746.

d. La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito[3118]. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad[3119]. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días multa[3120]. Conforme a este sistema, se establece, en primer lugar, un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Debe precisarse, sin embargo, que si el condenado vive exclusivamente de su trabajo, el importe del día multa no podrá ser menor al veinticinco ni mayor al cincuenta por ciento, dependiendo de la carga familiar que pudiese tener[3121]. En segundo lugar, el monto de la multa se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la Parte Especial, lo cual depende de la gravedad del delito, pero que, en cualquier caso, no podrá ser menor a diez días multas ni mayor a trescientos sesenta y cinco días multas, aunque en leyes especiales como en el caso de la Ley Penal Tributaria se contemplan penas de multas por encima del máximo establecido para los delitos previstos en el Código Penal. A través de la consideración de los dos aspectos antes indicados, la pena de multa responderá no sólo a la gravedad del hecho delictivo, sino también a la capacidad económica del delincuente[3122].

En cuanto a su imposición, la pena de multa puede aplicarse de manera exclusiva o conjunta. Ejemplo del primer caso sería el delito de calumnia previsto en el artículo 131 del CP, mientras que del segundo lo sería el delito de receptación contemplado en el artículo 194 del CP. Si el condenado solvente no paga o frustra el cumplimiento de la pena de multa, ésta podrá convertirse en una pena privativa de libertad. Si es que el incumplimiento de la pena de multa se debe a una insolvencia sobrevenida ajena a la vo-

---

[3118] Vid., similarmente, DE LEÓN VILLALBA, *RPCP* 7-8, p. 417.

[3119] Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 59.

[3120] Sobre el origen escandinavo de este sistema de determinación de la multa, STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 40, n. m. 1; CEREZO MIR, *RPCP* 7-8, p. 344 y s., aunque hace referencia al manejo de este criterio anteriormente en el Código Criminal del Imperio del Brasil de 1830. Sobre sus antecedentes fundamentalmente en el Código Penal de 1924, vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 53 y s.

[3121] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2782.

[3122] Vid., GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 141.

luntad del condenado, esta pena se convertirá en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Los parámetros para hacer las equivalencias se encuentran establecidos en el artículo 56 del CP. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la pena de multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido ampliar el espectro de delitos en los que cabe imponer una pena de multa en detrimento de la pena privativa de libertad[3123], la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente en el ámbito empresarial. En efecto, diversos estudios han demostrado que las empresas contabilizan las posibles multas como un costo de producción que se traslada a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo. Es más, cada vez con mayor frecuencia se recurre a la figura de los directivos de banquillo, es decir, a personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa[3124]. En este sentido, la sanción de multa perdería completamente su virtualidad preventiva si quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtuación del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas, aunque, como se verá más adelante, la desafortunada forma como se ha regulado en nuestro Código Penal le quita toda virtualidad operativa. En el plano doctrinal, BOTTKE ha propuesto, como medida adicional a la multa que evitaría trasladar el *malum* de la pena a terceros (trasladar la multa a los consumidores), un registro de multas impuestas a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa[3125]. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado.

B. El marco penal mínimo y máximo

Además de establecer la clase de pena, el legislador penal debe también fijar un marco mínimo y máximo de pena en cada tipo penal de la Parte Especial, dentro del cual el juez se encargará, en atención a las carac-

[3123] Vid., GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 137.
[3124] Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.
[3125] Vid., BOTTKE, *Deutsche Wiedervereinigung*, III, p. 86 y s.

terísticas del delito concretamente juzgado, individualizar la pena concreta a imponer[3126]. La determinación de un marco penal abstracta por parte del legislador no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *Ius puniendi*. En especial hay que mencionar al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad.

a. El principio de legalidad

La exigencia de que el legislador penal establezca un marco penal en cada delito se desprende, en primer lugar, del principio de legalidad contemplado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política. Conforme a este principio, el tipo penal de la Parte Especial debe precisar no sólo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación)[3127]. No obstante, el nivel de certeza que exige el principio de legalidad no puede pretender ser absoluto, sino alcanzar solamente un grado que le garantice al ciudadano una determinación previa y objetiva de los criterios de decisión por parte del legislador que evite la subjetividad o emotividad de un juicio sometido al influjo del delito cometido. En este orden de ideas, no se trata de precisar en la ley penal la pena exacta aplicable al autor de un delito, sino de establecer legalmente el marco mínimo y máximo para el hecho delictivo previsto en la ley. El valor de la previsibilidad es sacrificado por el valor de la individualización[3128].

El marco penal abstracto está constituido por el mínimo y el máximo de pena previsto en el tipo penal de la Parte Especial. El punto de partida del proceso de determinación de la pena es, por tanto, el marco penal establecido en dicho tipo penal. No obstante, el legislador penal, en determinados delitos, no precisa el marco penal máximo (p.e. parricidio) o el marco penal mínimo (p.e. el delito de contabilidad paralela), originándose así una indeterminación legal que requiere ser corregida interpretativamente. Este problema se soluciona, en principio, recurriendo al artículo del Código Penal que establece la cuantía máxima y mínima de la pena correspondiente, para completar de esta manera el marco penal

[3126] Vid., Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 171.
[3127] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 33.
[3128] Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 33.

abstracto mediante una interpretación sistemática[3129]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado contrario al principio de legalidad si con esta complementación del marco penal se deja un margen amplio que prácticamente deje en manos del juez la determinación del *quantum* de la pena[3130].

b. El principio de proporcionalidad

El cumplimiento de la garantía formal de legalidad en la previsión del marco penal abstracto no agota los criterios que deben informar la labor de determinación legal de la pena encargada al legislador penal. Es necesario que éste tenga en cuenta el principio de proporcionalidad al fijar el marco penal abstracto[3131]. Siguiendo a la doctrina constitucional, la observancia del principio proporcionalidad implica tener en cuenta los tres juicios que abarcan el *test* de razonabilidad o proporcionalidad: El juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *strictu senso*[3132]. Veamos a continuación cómo se expresa cada uno de ellos en la determinación de la proporcionalidad del marco penal abstracto.

b.1) El juicio de idoneidad

Conforme al llamado juicio de idoneidad, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho penal[3133]. Como primera cuestión, debe quedar claro que la aceptación del principio de proporcionalidad en la intervención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena[3134]. 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, sino que la ve como un necesario correctivo que impide a las

---

[3129] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 102. Sigue este criterio el Acuerdo Plenario N° 1-2008, punto 7. Críticamente, FIGUEROA NAVARRO, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 422.

[3130] STC 00010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 205.

[3131] Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 244. Críticamente respecto de la Parte Especial del Código Penal Peruano, FIGUEROA NAVARRO, en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), p. 416.

[3132] STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 18.

[3133] Como lo dice STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 3, los fines de la pena deben ser la regla suprema de toda determinación de la pena.

[3134] Vid., en este sentido, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 13; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PG, p. 123. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, p. 54.

concepciones de la pena que se centran en su efecto disuasorio, poner la mirada exclusivamente en tal finalidad, llevando, como es lógico, a una situación de terror penal[3135]. La gravedad de la pena no debe 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 punitivas de la sociedad. La proporcionalidad de la pena en función de la gravedad del hecho cometido constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del grupo social[3136].

Por lo anterior, en la literatura especializada existen intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que la prevención efectiva de los delitos sólo puede alcanzarse si las penas impuestas son proporcionales al hecho[3137]. 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[3138]. 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[3139]. 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[3140]. Desde posturas preventivas, no hay duda que esta interpretación de las garan-

---

[3135] Vid., así, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 18.

[3136] Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259.

[3137] Vid. MIR PUIG, *Introducción*, p. 158 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, 1, p. 86; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento*, p. 108 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 102.

[3138] Vid., así la crítica de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 240.

[3139] Vid., en este sentido, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 381 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 249; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 284.

[3140] En esta línea discurre el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

tías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la más plausible.

Las posibilidades de justificación de la observancia del principio de proporcionalidad en la previsión legal de las penas no se reducen, sin embargo, a puntos de partida 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 reestabilizadora, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que trasmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía[3141]. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho. La calidad y cantidad de pena necesarias para reestabilizar la expectativa defraudada se encuentran determinadas por la gravedad de la defraudación. Por lo tanto, no podrá admitirse la reestabilización de una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivó la defraudación. La pena debe no sólo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho defraudador.

b.2) El juicio de necesidad

En el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista, debe plantearse la cuestión de si la medida es "*necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad*"[3142]. La necesidad de la pena puede verse desde dos planos. En primer lugar desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social. Esto es lo que la doctrina penal denomina principio de mínima intervención, según el cual el Derecho Penal es la *última ratio* para la solución de conflictos sociales. En este sentido, el Derecho Penal debe castigar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y, dentro de ellas, aquellas que son más intolerables (frag-

---

[3141] Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER, *Tratado*, I, p. 398.

[3142] STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142. Sobre este aspecto, vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, §2, n.m. 39; FREUND, *Strafrecht*, AT, §1, n.m. 19; PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 439; YACOBUCCI, *El sentido*, p. 338 y ss.; BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 98.

mentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberían dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal, lo que significa despenalizar los llamados delitos de bagatelas[3143].

Pero el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista debe determinarse también en un plano propiamente penal. Este juicio debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo o restabilizador se puede conseguir con una pena menos aflictiva dentro del propio sistema penal. Por consiguiente, si los niveles de prevención no aumentan con una pena más severa, el juicio de necesidad sobre la pena prevista deberá arrojar una infracción al principio de proporcionalidad. Desde esta lógica, una pena legalmente prevista será proporcional si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente.

b.3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en determinar "*si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma*"[3144]. La relación de equilibrio que exige la proporcionalidad en sentido estricto se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista[3145]. Si se admite la necesidad de castigar penalmente una conducta determinada, deberá precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que se correspondan proporcionalmente al hecho típico[3146]. 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 estricta de la pena con el hecho solamente se podrá establecer en función de tal interés (bien jurídico) y

---

[3143] Vid., así Naucke, *Derecho Penal*, §2, n.m. 93.

[3144] STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.

[3145] Destaca el carácter valorativo en esta determinación de la relación de proporcionalidad a diferencia de la relación de adecuación medio-fin que se utiliza en el ámbito administrativo sancionador, Navarro Frías, *InDret* 2/2010, p. 12.

[3146] Vid., Naucke, *Derecho Penal*, §2, n.m. 93.

la modalidad de ataque[3147]. 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[3148]. Muchos más aspectos del juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar sólo 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 ellos, la comisión dolosa más que la culposa[3149]. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales[3150].

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho típico se formule de manera general con base en 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[3151]. 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 afectación más elemental del bien jurídico protegido en la forma de ataque tipificada[3152]. El que

---

[3147] Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T.I, p. 666; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento*, p. 109.

[3148] En el mismo sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 402; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 303. A este respecto escribe PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 101: "*Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado*".

[3149] Vid., HASSEMER, *Fundamentos*, p. 279 y ss.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 305 y s.

[3150] En esta línea, el Tribunal Constitucional señala, por ejemplo, que la cadena perpetua "*resultaría evidentemente incompatible con el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, en aquellos casos de delitos de mínima dañosidad o gravedad* (STC 0965-2004-HC de 11 de octubre de 2005, fundamento jurídico 9).

[3151] Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 399 y s.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 312.

[3152] Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por DREHER, *FS-Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 37 y s.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel

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 victima en caso de no existir una sanción estatal[3153]. 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[3154]. 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 debería afectar la dignidad humana o desocializar al sujeto[3155]. 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.

2. La concreción legal del marco penal

En la llamada concreción legal del marco penal abstracto se tienen en consideración ciertas situaciones especiales previstas por el legislador que inciden en dicho marco. Se trata, en concreto, de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, por lo que, en principio, modifican

---

de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal sólo puede hacer un juicio de prognosis 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.

[3153] Vid., Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 401. Críticamente, Castillo Alva, *Principios*, p. 313.

[3154] Vid. Castillo Alva, *Principios*, p. 313 y s.

[3155] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 40.

el marco penal previsto en el tipo penal correspondiente. Por un lado están las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, por el otro, los casos de concurso de delitos en sus distintas variantes.

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal de la Parte Especial puede sufrir alteraciones por la presencia de alguna circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad que traiga consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del referido marco penal[3156]. Se trata de las llamadas agravantes o atenuantes genéricas, en la medida que no es aplicable a un tipo penal específico, sino a diversos delitos[3157]. Pero, además, estas circunstancias son modificativas de la responsabilidad, por lo que repercuten en la pena abstractamente considerada en el tipo penal correspondiente. En razón de este efecto modificatorio del marco penal, el Acuerdo Plenario N° 1-2008 prefiere llamarlas circunstancias cualificadas antes que genéricas.

En la doctrina penal se discute si las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal se limitan a circunstancias que no afectan la esencia de un delito, sino que, presuponiéndolo, únicamente inciden en la mayor gravedad de la pena[3158]. Al respecto, debe tenerse en cuenta que aun cuando la determinación de la pena sea un tema que se aborde en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, no puede desvincularse de la gravedad de su presupuesto principal (el delito), lo que hace que el referente fundamental de la determinación de la pena sea el esquema de la teoría del delito[3159]. En este sentido, dentro de las circunstancias genéricas pueden tenerse en consideración, además de las agravantes o atenuantes que especifican ciertos elementos de la conducta típica, los supuestos que producen una agravación o atenuación de la pena por afectar a alguno de los elementos del delito. Por lo tanto, deben ser tenidas también como circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal las eximentes incompletas o la llamada imputabilidad restringida.

[3156] En el mismo sentido, JIMÉNEZ NIÑO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 79.
[3157] PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1(2000), p. 547.
[3158] A favor de esta limitación, SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 48.
[3159] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 25/4.

Antes de entrar a analizar con mayor detalle las clases de circunstancias que modifican el marco penal abstracto, resulta conveniente hacer algunas consideraciones sobre ciertos aspectos comunes de dichas circunstancias:

- *La prohibición de doble valoración*: En primer lugar, debe señalarse que la circunstancia genérica sólo modificará el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues, de lo contrario, se estaría realizando una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del *non bis in idem*[3160]. En consecuencia, si la circunstancia genérica está incorporada en el tipo penal, no será procedente la modificación del marco penal abstracto. Al respecto es muy claro, por ejemplo, el artículo 46A último párrafo del CP al señalar que la agravante genérica del prevalimiento del cargo no es aplicable si dicha circunstancia está prevista al sancionar el tipo penal o si es un elemento constitutivo del hecho punible.
- *La modificación simétrica del marco penal abstracto*: En la medida que las circunstancias genéricas que modifican la responsabilidad penal influyen en el marco penal abstracto y no solamente en los casos más graves o menos graves, la alteración del marco penal debe darse tanto en el extremo máximo como mínimo. En consecuencia, por ejemplo, si una circunstancia genérica agravatoria incrementa el marco penal máximo de la pena abstracta en un tercio, el marco penal mínimo debe incrementarse en la misma proporción. De la misma manera, si con base en el porcentaje que se le asigna a una atenuante genérica, se reduce el marco penal mínimo, lo mismo deberá hacerse con el marco penal máximo, rediciéndolo en la misma proporción[3161]. No hacer este desplazamiento global en la pena abstracta, traería consigo la consecuencia de que la pena concreta sea, pese a la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la misma que se le habría impuesto al autor sin la presencia de dicha circunstancia.

[3160] Vid., así, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, p. 709.

[3161] Así, JIMÉNEZ NIÑO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 74; EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 47.

- *La incomunicabilidad de las circunstancias genéricas personales*: Debe mencionarse también que, en virtud del artículo 26 del CP, existen determinadas circunstancias o cualidades modificativas de la responsabilidad penal que no pueden comunicarse a los otros intervinientes del mismo hecho punible. Para poder determinar en qué casos la circunstancia modificativa de la responsabilidad resulta incomunicable a los otros intervinientes resulta necesario distinguir entre las circunstancias referidas al hecho y las referidas al autor[3162]. Las circunstancias referidas al hecho no pertenecen, por definición, a quien lo realiza, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por lo tanto, todos los intervinientes verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal de ser el caso[3163], pues el marco penal se amplía o reduce para todos los intervinientes en el hecho que conocen dicha circunstancia. Por ejemplo, una circunstancia genérica referida al hecho es la tentativa, la que generará una atenuación de la pena para todos los intervinientes. Las circunstancias referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor, por lo que al pertenecer al autor sobre el que recaen, no resulta posible su atribución directa a los otros intervinientes en el delito. Por ejemplo, la agravante genérica de la reincidencia producirá un incremento de la pena solamente respecto del reincidente, pero no respecto de los que no lo son.
- *El carácter obligatorio o facultativo de la modificación del marco penal abstracto*: Otro aspecto general que debe tenerse también en consideración en las circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad penal es su carácter obligatorio o facultativo. Por ejemplo, la pena en el caso de la tentativa debe disminuirse en todos los casos conforme al tenor del artículo 16 del CP, mientras que la atenuante de la imputabilidad restringida le otorga la facultad al juez de decidir si procede la reducción de la penalidad o no. Como puede verse, en el primer caso el juez debe modificar el

[3162] Utiliza esta clasificación BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, PG, p. 490; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG, 2, p. 501 y s.; JESCHECK, *Tratado*, PG, II, p. 903 y s.; CRAMER/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 28, n.m. 15; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, p. 707; BOLDOVA PASAMAR/QUINTEROS CAMACHO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 50.

[3163] En ese sentido, CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder-*StGB*, § 28, n.m. 9.

marco penal abstracto, mientras que en el segundo caso evaluará si, en el caso concreto, la circunstancia específicamente prevista afecta realmente la pena prevista para el delito cometido. En el caso de circunstancias modificativas de la responsabilidad de carácter potestativo, la doctrina y jurisprudencia alemanas discuten sobre el criterio que debe atenderse para evaluar su aplicación. Mientras que un sector se inclina por una consideración total del hecho[3164], otro sector entiende que esta cuestión debe decidirse con base en la circunstancia específica que motiva la modificación de la responsabilidad[3165]. Pese a la posibilidad de distinguir en el tenor legal circunstancias obligatorias y potestativas, debe quedar claro que el carácter facultativo de la agravación o atenuación genérica no implica una arbitrariedad del juez para decidir su aplicación o no, sino que el legislador le asigna al juez la labor de determinar los supuestos en los que la circunstancia especial sí afecta efectivamente la gravedad del hecho. Si se dan las condiciones de modificación de la responsabilidad, el juez estará obligado a aplicarla. Por el contrario, en el caso de circunstancias que obligatoriamente afectan la responsabilidad, el legislador ha tomado la decisión en todos los casos y, por lo tanto, el juez debe tenerlas en consideración al determinar la pena. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica no se desprende de una razón material, sino de distintos niveles de decisión.

a. Las agravantes genéricas

Las agravantes genéricas no son muchas en nuestro Código Penal y no se encuentran sistematizadas de manera adecuada, en la medida que se han ido incorporando progresivamente. La primera agravante genérica que se introdujo en el Código Penal fue la agravante de prevalimiento del cargo[3166], prevista en el artículo 46A del CP. Esta agravante tiene lugar cuan-

[3164] Vid., así, respecto al marco penal de la tentativa, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, p. 446. Referencias sobre la jurisprudencia alemana, vid., FRISCH, *ADPCP* 1994, p. 164, nota al pie de página 15.

[3165] Vid., así, igualmente respecto de la tentativa, FRISCH, *ADPCP* 1994, p. 168; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 25, n.m. 78.

[3166] Vid., ampliamente sobre esta agravante en el Derecho penal español, VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público, passim* (espec. p. 19 y ss.).

do el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. A este supuesto de ejercicio abusivo del cargo o función pública, el artículo 46A del CP añade el aprovechamiento de los conocimientos, adquiridos en el ejercicio de dicho cargo o función, para cometer el hecho punible. En ambos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

En el artículo 46A del CP, se ha incorporado también una circunstancia genérica de agravación que no tiene nada que ver con el prevalimiento del cargo. Se trata de la agravación que tiene lugar cuando el sujeto activo comete, en calidad de autor o partícipe, el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Como puede verse, la agravación no radica en el prevalimiento de una función pública, sino en otro tipo de consideraciones, posiblemente más de prevención especial. En efecto, el cumplimiento de la pena privativa de libertad tiene, entre otros efectos, proteger a la sociedad del delincuente mientras éste cumple con la condena, lo que en este caso se vería frustrado al seguir el condenado con una actividad delincuencial desde la prisión.

Dentro de las agravantes genéricas cabe mencionar también a la reincidencia (artículo 46B del CP) y a la habitualidad (artículo 46C del CP), las cuales permiten un incremento del marco penal máximo hasta en un tercio o una mitad por encima del máximo legal de pena fijado por el tipo penal respectivamente. En cuanto al fundamento de su efecto de agravación de la pena, el Acuerdo Plenario N° 01-2008 indica que estas circunstancias genéricas responden a razones de prevención especial por la mayor peligrosidad del sujeto[3167].

[3167] Críticamente, por ser un retorno a un Derecho penal de autor, ORÉ SOSA, *Temas de Derecho Penal*, p. 160; ALCOCER POVIS, *La inclusión del enemigo*, p. 107 y s.

Una persona tiene la condición de reincidente si es que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas[3168]. Para hacer operativo el límite temporal de la reincidencia, el último párrafo del artículo 69 del CP establece que la cancelación de los antecedentes penales por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por delito doloso será provisional hasta por cinco años, luego de lo cual será definitiva si es que no media reincidencia[3169]. Para determinar la reincidencia no podrán considerarse los antecedentes cancelados.

El Acuerdo Plenario N° 01-2008 establece que la reincidencia no requiere una identidad o similitud entre los delitos cometidos en el lapso de los cinco años, por lo que se trata de una reincidencia genérica y no, por tanto, específica. Precisa además que esta circunstancia genérica de modificación de la responsabilidad está configurada como una agravación de la pena de carácter personal, por lo que no se comunicará o extenderá a los otros intervinientes en el delito que no tienen la calidad de reincidentes. Por su parte, el artículo 46A del CP dispone que si se presenta la agravante de reincidencia, el Juez Penal aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado en el tipo penal. Si la reincidencia se produce por las modalidades agravadas[3170] de los delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del CP, el juez aumentará la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado en el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años[3171]), sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Los requisitos de la reincidencia se flexibilizan en ciertos supuestos especiales. Si la reincidencia está referida a las modalidades agravadas previstas en los artículos mencionados en el párrafo precedente, el lapso de los

---

[3168] Vid., Urtecho Navarro, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15, septiembre 2010, p. 64.

[3169] Destaca que esta redacción salva una incoherencia de la regulación anterior del artículo 69 del CP, Peña Cabrera Freyre, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3 septiembre 2009, p. 23 y s.

[3170] Críticamente sobre este tenor, Urtecho Navarro, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15, septiembre 2010, p.68, pues no se tiene claro si el carácter agravado se refiere a los delitos previstos en los artículos expresamente mencionados (que son graves) o a los supuestos agravados de estos delitos, y en este último caso si se incluye todas las agravantes o solamente las de mayor grado.

[3171] Vid., Acuerdo Plenario N° 01-2008, punto 13 f).

cinco años no se tendrá en consideración, tal como se concluye del tenor del último párrafo del artículo 46A del CP. Por otro parte, se admite la reincidencia en el caso de una persona a la que se le indultó o conmutó la pena, lo que significa que en estos casos no se exige que el reincidente haya cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad. Esta interpretación se sustenta en el hecho de que si se exigiese el cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad indultada o conmutada, entonces habría simplemente que aplicar la regla general de la reincidencia sin necesidad de una regulación especial de estos supuestos. Por lo tanto, cabe afirmar la reincidencia en el caso de condenados cuya pena privativa de libertad no han cumplido ni siquiera parcialmente por un indulto o conmutación de pena (cambio de la pena por otra menos rigurosa).

La agravante genérica de la habitualidad está regulada en el artículo 46C del CP, en el que se indica que el agente que comete un nuevo delito doloso será considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del CP, el cual se computa sin límite de tiempo. Determinada la habitualidad, el Juez penal aumentará la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en las modalidades agravadas de los delitos antes mencionados, en cuyo caso se aumentará la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años[3172]), sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En esta circunstancia de agravación de la pena, no se computarán los antecedentes penales cancelados, salvo en las modalidades agravadas de los delitos antes señalados.

b. Las atenuantes genéricas

Como cuestión general, debe decirse que las atenuantes genéricas presentan cierta situación de indeterminación en nuestro Código Penal, en la medida que se prevé simplemente una reducción de la pena sin precisiones porcentuales. La situación se torna un tanto más complicada por el distin-

[3172] Vid., Acuerdo Plenario N° 01-2008, punto 13 f).

to tenor de las atenuantes contempladas en la legislación penal. En efecto, mientras algunas atenuantes contemplan una reducción de la pena por debajo del mínimo legal (p.e. las eximentes incompletas del artículo 21 del CP o la confesión sincera del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales), otras solamente establecen una reducción prudencial de la pena sin especificar si se puede rebasar el marco penal mínimo (la pena de la tentativa en el artículo 16 del CP, o la disminución de la pena en la complicidad secundaria del artículo 25 del CP). Ante esta situación se plantea la cuestión de si las atenuantes genéricas deben tratarse, pese al tenor legal diferente, de la misma manera o si cabe un tratamiento diferenciado entre las mismas.

Una primera interpretación del diferente tenor en las atenuantes genéricas podría llevar a la conclusión de que solamente el primer grupo de las atenuantes genéricas reduce el marco penal abstracto mínimo, por lo que el segundo grupo solamente permitirá la aplicación de una pena atenuada dentro del marco penal abstracto. Sin embargo, pese a la coherencia literal que podría tener esta interpretación, pensamos que la pena también puede reducirse en el segundo grupo de atenuantes por debajo del mínimo legal, pues las leyes penales que favorecen al reo no pueden interpretarse restrictivamente[3173]. A ello cabría agregar que si la naturaleza de una atenuante genérica es modificar el marco penal abstracto, no tendría sentido calificar a los supuestos mencionados como atenuantes genéricas y tratarlos luego como criterios de determinación de la pena concreta[3174]. En este sentido, el tratamiento de las atenuantes genéricas debe ser el mismo, es decir, reconociéndoles la virtualidad de reducir el marco penal abstracto por debajo del mínimo legalmente previsto.

c. Concurrencia de circunstancias genéricas

La concurrencia de circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto no debe confundirse con un supuesto de concurso de

---

[3173] En este sentido, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 dispuso, en el tema 4 (consecuencias jurídicas del delito-Las penas), que cuando se aplica la atenuante del artículo 22 del CP, la pena se puede reducir del mínimo legal hacia abajo. En la jurisprudencia nacional también existe un amplio consenso en imponerle al cómplice secundario una pena por debajo del mínimo legal del delito (vid., así con amplias referencias, Reyna Alfaro, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

[3174] Así, Jiménez Niño, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 73.

leyes, en donde solamente un tipo penal resulta finalmente aplicable[3175]. En el concurso de circunstancias existe ya un tipo penal que suministra el marco penal abstracto que se concreta legalmente con las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El problema que se presenta en estos casos radica en la forma cómo se modifica el marco penal abstracto cuando concurren a la vez agravantes y/o atenuantes. A diferencia de la regulación española que contiene un conjunto de reglas que ofrecen al juez soluciones específicas para la medición de la pena[3176], en el Código Penal Peruano no existen reglas al respecto[3177], por lo que resulta necesario desarrollar ciertos criterios de proporcionalidad para salvar este vacío legal.

En nuestra opinión, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal debe resolverse conforme a las siguientes reglas. Cuando no concurran circunstancias agravantes ni atenuantes o concurran unas y otras, se mantiene el marco penal abstracto para la individualización judicial de la pena, teniendo en cuenta la gravedad del injusto culpable y compensando, en función de la gravedad, las circunstancias de diverso signo[3178]. Cuando concurren una o varias circunstancias genéricas agravantes que sean compatibles, el marco penal máximo tendrá que incrementarse conforme lo disponga la mayor agravante, mientras que el marco penal mínimo deberá incrementarse a la mitad del marco penal abstracto original. En caso de concurrir dos o más atenuantes que sean compatibles, el marco penal mínimo podrá reducirse prudencialmente por debajo del mínimo legal, mientras que el marco penal máximo deberá reducirse a la mitad del marco penal abstracto original.

B. Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad

Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal son las que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal y que establecen un marco penal abstracto dis-

---

[3175] Vid., GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 416.

[3176] Vid., con detalle, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 193 y ss.

[3177] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 109.

[3178] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 111, diferenciando los casos de circunstancias compatibles con las incompatibles. En el Pleno Jurisdiccional Penal de Chiclayo del año 2000 tema 1, se habla de una "compensación racional" en caso de concurrencia de circunstancias de diverso signo.

tinto al previsto en el tipo básico o simple[3179]. Por ejemplo, el artículo 186 del CP establece diversas circunstancias específicas que agravan la pena legalmente prevista en el delito de hurto simple, como es el caso del hurto en casa habitada, durante la noche, mediante destreza, con pluralidad de agentes, entre otras circunstancias. Si el caso concreto se corresponde con alguna de estas circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad, la determinación de la pena debe partir de la pena abstracta prevista para la correspondiente circunstancia específica, desplazando el marco abstracto del delito básico o simple.

Al igual que en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal genéricas, en las específicas es también aplicable el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades de carácter personal (artículo 26 del CP). En consecuencia, si la agravante o atenuante específica está referida a un aspecto personal del autor, la modificación de la pena abstracta no repercutirá en los otros intervinientes a los que dicho aspecto no alcanza. Por ejemplo, la circunstancia agravatoria de tener la calidad de funcionario público en el delito de secuestro (artículo 152 inciso 3 del CP) no alcanzará a los intervinientes que no reúnen esa calidad personal especial. Por el contrario, si la modificación de la responsabilidad penal se sustenta en un aspecto específico del hecho, como por ejemplo el hurto agravado en casa habitada (artículo 186 inciso 1 del CP), esta circunstancia específica alcanzará a todos los intervinientes que la conocen. Como puede verse, la comunicación de una circunstancia material requiere que los intervinientes conozcan dicha circunstancia, de lo contrario habrá un error de tipo respecto de una circunstancia que agrave la pena (artículo 14 del CP).

En determinados delitos es usual la existencia de circunstancias específicas agravantes de diversos grados, tal como sucede en el hurto, el robo o el secuestro. Las menos graves son de primer grado, subiendo el grado de las siguientes circunstancias específicas agravantes en función de su mayor gravedad[3180]. Puede ser que en el caso concreto concurran circunstancias de igual grado, por lo que debe precisarse cómo esta concurrencia se resuelve en la determinación de la pena. El Acuerdo Plenario N° 1-2008 se-

[3179] Vid., Prado Saldarriaga, *Determinación judicial de la pena*, p. 139; Boldova Pasamar/Quinteros Camacho, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 49.
[3180] Vid., Prado Saldarriaga, *Determinación judicial de la pena*, p. 142 y s.

ñala al respecto que el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente, por lo que toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta. En este sentido, lo que habría que hacer es tomar una de las agravantes del mismo grado para fijar la pena abstracta y utilizar las otras para individualizar la pena concreta a imponer.

Si las circunstancias agravantes específicas que concurren son de distinto grado, el Acuerdo Plenario N° 2-2010 establece que lo primero que debe hacerse es determinar si son compatibles entre sí, es decir, que se traten de factores o indicadores diferentes[3181]. Por ejemplo, no son compatibles en el delito de robo agravado la agravante de segundo grado de causación de lesiones a la integridad física de la víctima (artículo 189, segundo párrafo, inciso 1 del CP) con la agravante de tercer grado por la causación de lesiones graves a la integridad física de la víctima (artículo 189, tercer párrafo del CP). Dado que se trata de mismo factor (afectación a la integridad física), no cabe una consideración conjunta de las agravantes, sino de la más específica, esto es, la causación de lesiones graves. Si las agravantes son compatibles, entonces la pena se determinará recurriendo al marco penal abstracto de la agravante de mayor grado, teniéndose en consideración las otras agravantes en la determinación de la pena concreta.

C. Concurso de delitos

El marco penal abstracto resulta afectado también en caso de concurso de delitos. En la medida que concurren dos o más delitos, concurren también dos o más marcos penales. La solución general asumida durante mucho tiempo por nuestro Código Penal, no permitía la acumulación de las penas o el aumento del marco penal abstracto, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave. En efecto, los artículos 48, 49 y 50 del CP establecían conjuntamente que, en caso de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave[3182]. Solamente en el delito colectivo o masa la regla general de la

[3181] Sobre la compatibilidad de las circunstancias, PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1(2000), p. 552 y s.

[3182] La doctrina nacional no opinaba lo mismo en el caso del concurso de delitos, en donde se sostenía que la regulación penal asumía, en parte, el principio de asperación o exasperación (BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 247; VILLAVICENCIO, TERREROS, *Código penal comentado*, p. 201; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p.141). Pese a lo deseable de un sistema de asperación o exasperación en el concurso real de delitos, el tenor original del artículo 50 del CP no permitía asumir dicho

absorción sufría una modificación, pues conforme a la redacción aun hoy vigente del artículo 49 del CP se dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista, lo que significa asumir un criterio de exasperación.

La situación descrita ha cambiado con la última modificación realizada a los artículos 48 y 50 del Código penal (Ley 28726 del 09.05.2006), pues la regla general en el concurso de delitos ya no es la absorción de las penas más leves por el marco penal abstracto más grave. En el concurso ideal de delitos se asume el criterio de la asperación o exasperación (incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite de 35 años), en el concurso real la acumulación de penas (sumatoria de las penas fijadas para cada delito hasta un máximo del doble de la pena más grave sin superar los 35 años), dejando solamente el delito continuado bajo el criterio de la absorción (la pena del delito más grave). Así las cosas, tenemos el criterio de la absorción para el delito continuado, el criterio de la exasperación para el delito masa y el concurso ideal de delitos, y el criterio de la acumulación para el concurso real de delitos.

Pese a que los concursos de delitos han asumido una variedad de criterios en la actual regulación, en todos los casos resulta aplicable el principio de combinación de los tipos penales, el cual se manifiesta de dos maneras. Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo de la pena, según el cual el marco penal mínimo debe ser el más grave de los diversos delitos en concurso, aun cuando estos delitos hayan sido absorbidos o acumulados[3183]. Por el otro, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos o acumulados[3184]. La absorción o acumulación de los tipos penales no impide, además, que los delitos absorbidos o acumulados sean considerados en la individualización de la pena[3185].

---

sistema, lo que, por el contrario, ha quedado claramente establecido en la redacción actual.

[3183] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 331 y s.; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 724; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 44.

[3184] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 332; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 1; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

[3185] Vid., Jakobs, *Derecho Penal*, PG, Apdo 33, n.m. 4; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 724; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; Puppe, *NK* § 52, n.m. 72.

El panorama descrito hace que la concreción legal del marco de la pena en los concursos de delitos no sea uniforme. En el caso del delito continuado, el marco penal abstracto más grave es el que se tendrá en cuenta para determinar la pena, con el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave, en caso de haberlo, de los delitos absorbidos en la concreción legal del marco penal. Si se trata de un delito masa o de un concurso ideal de delitos, el marco penal abstracto del delito más grave aumenta en un tercio o en un cuatro respectivamente, sin que pueda superar el límite de los 35 años. Igualmente se tendrá que considerar el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave de los delitos desplazados en la concreción legal del marco penal. Así, por ejemplo, si hay un concurso ideal de los delitos de estafa (con un marco penal abstracto de 1 a 6 años de pena privativa de la libertad) y falsificación de documento privado (con un marco penal abstracto de 2 a 4 años de pena privativa de la libertad), el marco penal máximo se incrementará 7 años y seis meses tomando como base el marco penal máximo más grave del delito de estafa, mientras que el marco penal mínimo quedará en 2 años por el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave del delito de falsificación de documento privado.

Por el contrario, el principio de acumulación que rige el concurso real de delitos no genera una modificación legal del marco penal abstracto de cada delito. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2009 cada delito en situación de concurso real de delitos mantiene su pena básica (o marco penal abstracto), procediendo el juez a determinar, en un primer momento, la pena concreta de cada delito en situación de concurso. En una segunda etapa, se debe sumar las penas concretas de cada uno de los delitos, resultando así la pena concreta total del concurso real[3186]. Esta pena total tiene una doble limitación: no debe superar los 35 años o el doble de la pena concreta del delito más grave. Si uno de los delitos se sanciona con cadena perpetua, entonces solamente se aplicará esta pena. Este mismo procedimiento debe seguirse en el caso del concurso real de faltas. Pese a que el artículo 50A del CP no contiene una regulación muy clara al respecto[3187], el Acuerdo Plenario N° 4-2009 ha establecido que, en el caso de concurso real de faltas, debe seguirse el mismo criterio de acumulación de penas concretas de cada falta en concurso.

[3186] Igualmente, TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 248.

[3187] Califica la redacción de lamentable, CASTRO TRIGOSO, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre 2009, p. 31.

3. La individualización judicial de la pena

A partir del marco penal abstracto, modificado eventualmente por circunstancias genéricas que afectan la responsabilidad penal, el juez penal debe proceder a individualizar la pena por el delito o los delitos concretamente cometidos. Si bien la individualización de la pena no es un procedimiento judicial absolutamente discrecional que carezca de disposiciones legales regulativas[3188], debe reconocerse que dicha regulación es sumamente genérica, lo que le otorga al magistrado amplios márgenes de decisión. Esta situación explicaría que en las sentencias condenatorias sea muy común la ausencia por completo de una labor de motivación de la individualización de la pena o se haga, en todo caso, simples referencias a las disposiciones legales sin mayor desarrollo en el caso concreto. Sin embargo, la existencia de escasos parámetros legales para orientar el procedimiento de individualización de la pena, de ninguna manera puede justificar el incumplimiento del deber de motivar este aspecto de la decisión judicial, pues la observancia de dicho deber es un aspecto esencial del derecho de todo justiciable a obtener una respuesta razonada de los tribunales y, por lo demás, el que más intensamente afecta los derechos del reo[3189].

La existencia de muy pocas disposiciones legales en la individualización de la pena, hace necesario establecer otros referentes jurídicos a los que el juez pueda acudir para orientar su decisión. Por lo general, los estudios especializados proponen una remisión a los fines de la pena, sobre la base de la idea de que, de esta manera, se puede determinar si la pena concreta a imponer es teleológicamente legítima[3190]. Pero esta referencia a los fines de la pena tampoco resulta suficiente, ya que el nivel de abstrac-

---

[3188] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 96 y s. En la doctrina nacional, Velásquez Delgado, *Actualidad Jurídica*, T. 189, agosto de 2009, p. 126 y s.

[3189] Así, sumamente clara es la Sentencia del Tribunal Supremo Español 455/2002, de 13 de marzo del 2002 que a la letra dice: "*No cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva -ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta- porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura*" (citada por Feijoo Sánchez, *InDret* 1/2007, p. 3). A lo anterior, Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 3, agrega que constituye un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.

[3190] Resalta que la teoría de la determinación de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena, Feijoo Sánchez, *InDret* 1/2007, p. 8.

ción de los criterios de legitimación de la pena mantiene aún amplios márgenes de discrecionalidad que pueden devenir en un puro decisionismo y finalmente en una arbitrariedad judicial[3191]. Por esta razón, los actuales estudios doctrinales consideran necesario dejar el plano de los principios y entrar, más bien, a definir un conjunto de reglas para la determinación de la pena, lo cual se puede alcanzar satisfactoriamente con la incorporación de la sistemática de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, la individualización de la pena no sería más que la dimensión cuantitativa o de grado del sistema del delito[3192].

En la actualidad, las consideraciones precedentes han dado a pie a que la doctrina penal plantee un modelo de individualización de la pena que ponga la mirada en el delito concretamente cometido. Es así cómo ha tenido lugar la llamada teoría de la pena proporcional al hecho, cuyo punto de partida es que la individualización de la pena debe depender únicamente de la gravedad del hecho. Para determinar esta gravedad debe atenderse a la responsabilidad objetiva (el daño producido), a la responsabilidad subjetiva (intenciones, grado de negligencia), así como a la culpabilidad individual del autor[3193]. Pese a los cuestionamientos que pudiesen hacerse a los específicos referentes utilizados para establecer la gravedad del hecho[3194], la doctrina penal coincide en términos esenciales con esta orientación. Por nuestra parte, estamos de acuerdo en la necesidad de que el sistema jurídico-penal esté completamente interrelacionado y. por tanto, que los criterios para la individualización de la pena se correspondan con los elementos constitutivos del delito que determinan su gravedad. Pero esta relación de proporcionalidad entre hecho y pena debe determinarse con una perspectiva más general, tal como se ha hecho con el llamado *test* de proporcionalidad desarrollado en el ámbito constitucional.

A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena

La individualización judicial de la pena debe seguir los mismos criterios que informan la determinación legal de la pena[3195]. En este sentido,

---

[3191] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2/2007, p. 4 y s.
[3192] Así, HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 68 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2/2007, p. 5.
[3193] Vid., HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 36.
[3194] Así, críticamente FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 1/2007, p. 10.
[3195] Vid., STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 3.

este proceso encargado al juez debe orientarse por los principios de legalidad y de proporcionalidad. Sin embargo, debe señalarse que, por evidentes razones de operatividad, el principio de legalidad no puede desplegar su mandato de determinación en la pena a imponer judicialmente, por lo que el principio de proporcionalidad asumirá el papel decisivo como criterio informador de la labor del juez penal al momento de determinar la pena exacta a imponer al autor de un delito[3196]. La observancia del principio de proporcionalidad se manifiesta, al igual que la determinación legal de la pena, en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cuál es la función que cumple la pena en este nivel del sistema penal. Para poder determinar esta función de la pena, debe tenerse en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado responsablemente un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza penal o la vigencia de la norma penal, el juez no actúa amparado por una función abstracta de prevención o reestabilización. En este nivel del sistema penal el principio de culpabilidad por el hecho adquiere un carácter esencial para el cumplimiento de la función asignada al sistema penal. En consecuencia, la labor judicial no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de la culpabilidad por el hecho, tal como lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al señalar que "*donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena*"[3197].

De lo anterior se desprende que la imposición de una pena no puede sustentarse en elementos puramente preventivos o restabilizadores, pues con ello se renunciaría finalmente al carácter sancionatorio del Derecho penal[3198]. El juez no puede actuar amparado simplemente en necesidades de prevención o reestabilización social. Para que la pena a imponer por el juez sea idónea, las necesidades del sistema social deben pasar necesariamente

---

[3196] Vid., sobre la necesidad de observar el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 63.

[3197] STC Exp. N° 1029-2000-HC/TC del 18 de enero del 2011, fundamento jurídico 3.

[3198] Vid., así, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 69.

por el filtro de la culpabilidad del autor. Pero lo dicho no niega, y esto es importante resaltarlo, que la culpabilidad resulte permeable a las necesidades del sistema social (de prevención o de reestabilización). No obstante, a efectos de determinar la culpabilidad no sólo importa el aspecto social, sino también la individualidad de la persona, en el sentido de apreciar el delito como expresión de su libre determinación. El pretendido destierro de la base ontológica de la persona (libertad) en la culpabilidad jurídico-penal por su falta de demostración empírica, conduciría con la misma lógica a la negación de la función preventiva o restabilizadora de la pena por la falta de demostración empírica de estos efectos. Si la culpabilidad penal se configura normativamente en atención a la función de prevención o reestabilización, no vemos por qué no puede también tener cabida, como elemento esencial de esta función social, la consideración de la persona como libre y el delito como expresión de su libertad de actuación.

Como corolario de las ideas expuestas en los párrafos precedentes, una pena resultará desproporcionada en el plano judicial si el juez la impone sin observar la culpabilidad del autor por el hecho. Una sanción penal que se sustente únicamente en necesidades de prevención o reestabilización del sistema social, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o de la cabeza de turco, no puede ser aceptada en un sistema penal de la culpabilidad. Para que la pena impuesta por el juez pueda cumplir su función preventiva o restabilizadora resulta necesario establecer la culpabilidad del autor en el hecho delictivo concreto. Una pena sin culpabilidad es desproporcional por su falta de idoneidad.

b. El juicio de necesidad: En especial, la alternatividad penal

El juez penal, al imponer la sanción penal, debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir, dentro de las sanciones penales de las que dispone legalmente, a aquella que resulte menos lesiva para el autor, siempre que sea idónea, es decir, que se corresponda con su culpabilidad. En este sentido, si el sistema penal le ofrece al juez otras posibilidades de reacción penal menos gravosas, deberá recurrir a ellas y no a las más restrictivas de los derechos del condenado. De esta exigencia de necesidad se desprenden dos manifestaciones especialmente relevantes en la imposición judicial de la pena.

Por un lado, si el tipo penal contempla penas alternativas para el delito cometido, el juez deberá acudir a aquella que resulte menos restrictiva de

los derechos del reo. Por el contrario, el juez no podrá recurrir a ella, si la culpabilidad por el delito concretamente realizado sobrepasa la pena alternativa menos gravosa, pues esta última ya no será idónea. Por ejemplo, el delito de rehusamiento a dar información económica del artículo 242 del CP contempla una pena privativa de libertad no mayor de dos años o una pena de noventa a ciento ochenta días-multa. Es evidente que, en términos de gravedad, es preferible la pena de multa a la pena privativa de libertad, por lo que el juez, en atención al juicio de necesidad, deberá acudir preferentemente a la pena de multa. Una pena privativa de libertad solamente será aplicable si es que, por la culpabilidad del autor por el hecho concreto, la pena de multa ya no resulte idónea.

En segundo lugar, el juicio de necesidad en la determinación de la pena permite prescindir de penas privativas de libertad cuando son cortas, pues con ello se evita la desocialización del condenado que produce la ejecución de esta clase de pena. No hay duda que la pena privativa de libertad tiene un inevitable efecto desocializador por el solo hecho de importar el apartamiento del condenado de la sociedad, pero también es evidente que no puede dejar de ejecutarse, ya que cumple una necesaria función social de restabilización de lo cuestionado por el delito imputado culpablemente al condenado. Sin embargo, en los delitos de poca entidad es posible renunciar a hacer efectiva la pena privativa de libertad impuesta sin que exista un menoscabo a la función social de la pena, siempre que se recurra a un mecanismo alternativo que no erosione la identidad social garantizada por el Derecho penal. A esta tendencia se le ha venido a denominar como alternatividad penal[3199].

El Código Penal Peruano se ha alineado a la tendencia de la alternatividad penal[3200], pues pone expresamente a disposición del juez penal un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad[3201] o a la imposición de otras clases de penas. Como medidas alternativas cabe mencionar la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 del CP), la

---

[3199] De medidas alternativas, sustitutos penales o subrogados penales habla PRADO SALDARRIAGA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 49.

[3200] Por esta razón, CID/LARRAURI, *RPCP* 7-8, p. 363 y ss. sostienen que nuestro sistema de alternatividad sigue el enfoque rehabilitador europeo continental y no el sistema proporcionalista desarrollado en el mundo jurídico anglosajón.

[3201] Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal comentado*, p. 270 y s., destacando que ya el Código Penal de 1924 había incorporado mecanismos de alternatividad como la condena condicional y la liberación condicional.

reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del CP), la sustitución de penas (artículo 32 del CP) y la conversión de penas (artículo 52 del CP)[3202]. Si el juez penal no recurre a estos mecanismos de alternatividad penal, pudiendo hacerlo, imponiéndole al sujeto culpable una pena privativa de libertad efectiva, esta sanción será desproporcionada por falta de necesidad. Queda claro que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves, pues la necesidad de prevención general o de reestabilización no precisa en estos casos de una pena efectiva[3203].

b.1) La suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena se encuentra regulada en el artículo 57 del CP. Esta regulación sigue el modelo francés, en la medida que el proceso penal se realiza completamente y sólo se suspende la ejecución de la pena, a diferencia del modelo inglés que suspende el proceso penal mismo[3204]. En este sentido, los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena se formulan en atención a una condena impuesta, cuya ejecución no se hace efectiva por decisión del propio juez penal que emite la condena. Por lo tanto, el juicio de necesidad no precede, en este caso, al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que la decisión de si una pena privativa debe ejecutarse o no, debe tomarse luego de haberse fijado cuál es la pena proporcional en sentido estricto.

El artículo 57 del CP establece cuáles son los requisitos a partir de los cuales el juez puede suspender la ejecución de la pena: a) Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; b) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito (prognosis social favorable); y c) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. Durante mucho tiempo la práctica usual de los tribunales para

---

[3202] Vid., con mayor detalle, PRADO SALDARRIAGA, *Cathedra* 2 (1998), p. 78 y ss.; EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 55 y ss., en donde se incluye además a la exención de pena, pero que, en estricto, no debe considerarse una medida alternativa, pues no reemplaza la pena a imponer o impuesta por otra pena o medida, sino que procede, más bien, a extinguir la pena.

[3203] Vid., así, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 99.

[3204] Sobre los sistemas, ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, PG, II, p. 905; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L29/28; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 1156 y s.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal comentado*, p. 271.

decidir si se suspendía la ejecución de una pena privativa de libertad, se limitó a comprobar la existencia de los requisitos a) y c), presumiendo casi siempre una prognosis social favorable en el condenado. Sin embargo, la exigencia de mayor represión por razones de seguridad ciudadana ha llevado a que el propio Poder Judicial incorpore mecanismos para asegurar una ponderación efectiva de la ausencia de peligrosidad criminal, lo que puede apreciarse en la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ del 8 de septiembre de 2011.

Según la regulación pertinente, el juez penal puede suspender la ejecución de la pena por un período de uno a tres años[3205], en el que la vigencia de la suspensión estará condicionada al cumplimiento de ciertas reglas de conducta establecidas en la sentencia condenatoria. El artículo 58 del CP establece las posibles reglas de conducta: "*1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3. Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y, 6. Los demás deberes que el Juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado*". Si bien la redacción del artículo acabado de citar establece el imperativo "impondrá", queda claro que el juez no tiene que imponer todas estas reglas de conducta al condenado al momento de suspenderle la ejecución de la pena. Se trata, más bien, de un catálogo de posibles reglas de conducta a las que el juez, conforme a las particularidades de cada caso, puede recurrir. En la doctrina se han distinguido dentro de las reglas de conducta las obligaciones de las instrucciones. Las primeras son cargas que se imponen para reparar el ilícito cometido, mientras que las segundas son reglas de conducta que pretenden ayudar y controlar la reinserción social del condenado[3206].

En cuanto a las reglas de conducta, una de las cuestiones más debatida es, sin duda, si el juez puede poner como regla de conducta el pago de la reparación civil. El tenor de la ley lo permite, pues el artículo 58 inciso 4

[3205] Destaca la libertad de juez para fijar el período de prueba dentro del límite legal, Velásquez Velásquez, *Derecho Penal*, PG, p. 1162.

[3206] Vid., en este sentido, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal comentado*, p. 274.

admite la imposición de la regla de "*reparar los daños ocasionados por el delito*", lo que evidentemente incluye el pago de la reparación civil. En esta línea de pensamiento, cabe señalar que el Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 1/97, acordó como primera decisión que "*El pago de la reparación civil es susceptible de ser impuesto como regla de conducta en un régimen de suspensión de la ejecución de la pena*". Sin embargo, precisó en la segunda decisión que "*En el caso de procesados insolventes el Juez debe omitir la inclusión de la reparación civil como regla de conducta*". Adicionalmente, se estableció como cuarto acuerdo que "*Es conveniente fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesto como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad*".

Si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa un nuevo delito doloso e infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta, la condena se considerará no pronunciada[3207]. Por el contrario, el artículo 59 del CP señala que si durante el período de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas, el juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado sin excederse en ningún caso los tres años; ó 3. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena[3208]. En este punto, se discute la cuestión de si el juez puede directamente revocar la suspensión de la pena, o si debe primero amonestar y luego prorrogar. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que dicha norma no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que, ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas[3209]. En consecuencia, no se le exige al juez que progresivamente vaya imponiendo las distintas medidas frente al incumplimiento de las reglas de conducta, lo que evidentemente no excluye un control de proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción. Sin embargo, el tenor de la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ parece

---

[3207] Considera que los adjetivos de "persistente y obstinada" debió omitirlos el legislador, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 514.

[3208] Crítico ante las alternativas menores a la revocación, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 514.

[3209] STC Exp. N° 2517-2005-PHC; STC Exp. N° 3165-2006-PHC; STC Exp. N° 3883-2007-PHC; STC Exp. N° 03313-2009-PHC/TC.

llevar a una interpretación distinta, pues indica que el Juez deberá aplicar, de manera correlativa, lo dispuesto en el artículo 59 del CP.

Como se vio, el pago de la reparación civil puede ser considerado como una regla de conducta, lo que suscita aquí la cuestión de si puede revocarse una suspensión de la ejecución de la pena por el incumplimiento de la regla de conducta del pago de la reparación del daño. Para responder a este interrogante, cabe acudir nuevamente al Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el cual se acordó, como tercer acuerdo del Acuerdo Plenario N° 1/97, que "*el incumplimiento del pago de la reparación civil impuesta, si ha sido incluido entre las reglas de conducta impuestas al condenado, puede provocar la revocatoria de la suspensión, salvo que el condenado sea insolvente o no esté en capacidad económica de hacer frente a su obligación*". Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en diversas decisiones, en las que se dice textualmente que "*La exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena; (...). Conforme a lo expuesto, la revocatoria de la suspensión de la pena por falta de pago de regla de conducta, consistente en reparar el daño causado, no vulnera la interdicción de la prisión por deudas*" [3210].

El artículo 60 del CP establece un caso de revocación que ya no es, como las anteriores, facultativa, sino obligatoria[3211]. La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años. En este caso, se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible. A diferencia de los casos anteriores, la legislación penal le impone al juez el deber de revocar en el caso de la comisión de un nuevo delito, sin que sea posible una decisión judicial distinta. Si bien el artículo 60 del CP no establece la posibilidad de revocación si es que el nuevo delito se castiga con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con otra clase de pena, esta situación no impide

---

[3210] STC Exp. 00065-2009-HC FJ de 7 a 9, STC Exp. N° 1428-2002-HC/TC, STC Exp. 00948-2009-HC FJ 3.

[3211] Igualmente, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal comentado*, p. 276. Así, también en el Derecho penal español, Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 29/58.

que el juez revoque la suspensión de la pena por haberse contravenido una regla de conducta impuesta.

Si se revoca la suspensión de la ejecución de la pena por cualquiera de los motivos antes indicados, surge la interrogante de si debe tenerse en cuenta el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta o si debe el condenado cumplir íntegramente la pena que fue suspendida. En principio, no hay disposición legal que respalde alguna forma de computar el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta como parte de la pena que se hace efectiva a causa de la revocación. Sin embargo, las reglas de conducta implican, en cierta forma, una limitación a la libertad del condenado y, en este sentido, esta situación debería considerarse por razones de proporcionalidad al momento de revocar la suspensión de la pena y ordenar el cumplimiento de la pena. En todo caso, parece que esta decisión, que contaría con un respaldo material, requiere de una disposición legal que autorice al juez a llevar a cabo el descuento, así como ofrecer criterios claros para hacerlo.

b.2) La reserva del fallo condenatorio

El artículo 62 del CP regula la facultad otorgada al juez de disponer la reserva del fallo condenatorio al expedir una sentencia condenatoria. Conforme al tenor del artículo 63 del CP, el juez declara la responsabilidad penal del procesado, pero se abstiene de dictar la parte resolutiva sin perjuicio de fijar la reparación civil correspondiente. La doctrina penal ha discutido si la reserva del fallo implica que no exista pronunciamiento alguno sobre la pena que le corresponde al procesado por el delito juzgado o si dicha pena debe ser necesariamente determinada, aunque su imposición se reserve por determinado periodo bajo la observancia de ciertas reglas de conducta, luego del cual el juzgamiento se tendrá como no efectuado. Desde consideraciones de viabilidad práctica, lo más adecuado es que el juez establezca la pena concreta al reservar el fallo condenatorio (no que la imponga), pues si se revoca luego la reserva, se contará ya con un pronunciamiento que se dio con la inmediatez e inmediación necesarias en toda imposición de una pena[3212].

[3212] Al respecto, las puntuales consideraciones destacas por HURTADO POZO, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 248; FIGUEROA NAVARRO, en www.unifr.ch/dpp1/derechopenal

La reserva del fallo condenatorio se sustenta en el principio de resocialización o, para ser más exactos, de no desocialiación, en la medida que apunta a evitar la estigmatización que produce la condena penal[3213]. Sin embargo, si es que no se quiere afectar la función del Derecho Penal, la evitación de la estigmatización sólo podrá admitirse bajo ciertas condiciones. Por un lado, debe existir una prognosis social positiva en el sentido que la naturaleza y modalidad del hecho punible concretamente cometido, así como la personalidad del agente permiten prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito. Por otro lado, el delito por el que se reserva el fallo condenatorio debe ajustarse a ciertos estándares de gravedad, a saber: que esté sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa, que la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, o los dos años de inhabilitación. La sentencia vinculante R.N. 3332 Junín del 27 de mayo de 2005 precisa además que esta medida resulta también aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

Especial discusión ha suscitado la cuestión de si la entidad de la pena que autoriza la reserva del fallo condenatorio se corresponde a la pena abstracta o a la concreta. El punto de partida para dar una respuesta satisfactoria es entender que este mecanismo de la alternatividad penal solamente puede ser utilizado para delitos de poca gravedad, pues la renuncia a la aplicación de la pena no debe erosionar de manera relevante la confianza en el sistema penal. Desde esta perspectiva, no podrá recurrirse a la reserva del fallo condenatorio en un delito grave, aunque el aporte en el caso concreto no sea especialmente relevante. Por esta razón, si el delito está sancionado con una pena privativa de libertad, el referente a tener en cuenta para la procedencia de la reserva del fallo condenatorio deberá ser la pena abstracta y no la concreta[3214]. Por el contrario, si la pena legalmente prevista es de otra clase, entonces el criterio a tomar en consideración podrá ser la pena concreta, pues abstractamente estos delitos son siempre de poca gravedad.

[3213] Vid., Hurtado Pozo, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 240.

[3214] Igualmente, Oré Sosa, *Temas de derecho penal*, p. 224. De otro parecer, Hurtado Pozo, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 242; Figueroa Navarro, en www.unifr.ch/dpp1/derechopenal.

Sobre la base de las ideas expuestas en el párrafo precedente, se puede sostener válidamente que la reserva del fallo condenatorio procede, en el caso de delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuando la pena legalmente prevista no supere los tres años (marco penal abstracto). Si se trata de delitos sancionados con pena de multa siempre será posible la reserva del fallo. En el caso de delitos sancionados con prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, la reserva sólo podrá disponerse si la pena concreta no supera las noventa jornadas, mientras que si la pena impuesta es de inhabilitación, ésta no deberá superar los dos años[3215].

El periodo de prueba de la reserva del fallo condenatorio puede tener una duración de uno a tres años, contado desde la fecha que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada. Conforme al artículo 64 del CP, durante este periodo el juez puede imponer al sujeto penalmente responsable las siguientes reglas de conducta: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que está imposibilitado de hacerlo; 5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y, 6. Las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del procesado.

Si el agente incumpliera de manera responsable alguna de las reglas de conducta impuestas, el juez podrá hacerle una severa advertencia, prorrogar el régimen de prueba (sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado ni los tres años), o revocar el régimen de prueba. En caso que el agente cometa un nuevo delito doloso, el juez podrá igualmente revocar el régimen de prueba, lo cual será obligatorio si la pena impuesta por el nuevo delito cometido es superior a los tres años de pena privativa de libertad. Por el contrario, si el régimen de prueba no fuese revocado, el juzgamiento se tendrá como no efectuado, procediéndose a cancelar la anotación de la reserva del fallo condenatorio en el registro especial a cargo del Poder Judicial. De la sentencia vinculante R.N. 3332 se desprende que si bien la reserva del fallo condenatorio debe inscribirse en el registro respectivo, no genera por sí misma antecedentes penales.

[3215] Vid., ORÉ SOSA, *Temas de derecho penal*, p. 225.

b.3) La sustitución de penas

La sustitución de penas es un subrogado penal que permite reemplazar la pena privativa de libertad por otra de distinta naturaleza que no suponga la privación de la libertad ambulatoria[3216]. El artículo 32 del CP regula la sustitución de penas al disponer que el juez podrá imponer penas limitativas de derechos como sustitutivas a la pena privativa de libertad, cuando ésta no supere los cuatro años. El artículo 33 del CP establece que esta sustitución se debe hacer conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del CP, a saber: siete días de privación de la libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. De esto se deduce que, si bien la normativa citada habla de una sustitución de la pena privativa de libertad por una pena limitativa de derechos, esta sustitución se circunscribe a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

Tal como lo dispone el artículo 32 del CP, la sustitución de la pena se hace a criterio del juez, lo que supone un amplio margen de discrecionalidad. Los únicos aspectos legalmente fijados son que la pena privativa de libertad no supere los cuatro años y que la sustitución se haga conforme a las equivalencias legalmente establecidas. En cuanto a que la pena a sustituir no supere los cuatro años de pena privativa de libertad, queda claro que se refiere a la pena concreta. A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, en la sustitución de pena no se suspende la pena privativa de libertad y se imponen unas reglas de conducta a observar durante cierto periodo de prueba, sino que dicha pena se sustituye por otra que el condenado debe cumplir[3217]. De hecho, uno de los principales reproches a este sustitutivo penal es que no contempla un mecanismo de reconversión de la pena, de manera tal que no se puede restablecer la pena privativa de libertad si el condenado incumple la pena sustitutiva[3218].

b.4) La conversión de penas

La conversión de penas permite reemplazar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una pena de otra clase[3219]. A diferencia de

---

[3216] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2909.
[3217] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2914.
[3218] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2915.
[3219] PRADO SALDARRIAGA, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 259; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 509.

la sustitución de penas, la conversión de penas es subsidiaria[3220], es decir, procede siempre que no sea posible la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio. La pena privativa de libertad puede convertirse en una pena de multa, en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. A estas posibles penas de conversión, hay que agregar la llamada pena de vigilancia, la cual se ejecuta en el domicilio o lugar señalado por el condenado, a partir del cual se establece su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito. La pena de vigilancia, a diferencia de las otras penas en las que se puede convertir la pena privativa de libertad, se contempla únicamente como una alternativa de conversión, pero no como una clase de pena que pueda preverse como pena conminada de un delito en particular.

El artículo 52 del CP establece las equivalencias para la conversión de la pena privativa de libertad. Si la pena impuesta no supera los dos años, se podrá convertir en una pena de multa, a razón de un día de pena privativa de libertad por un día multa. Si la pena impuesta no supera los cuatro años, se podrá convertir en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, a razón de siete días de privación de la libertad por una jornada. Por su parte, la conversión de la pena privativa de libertad en una pena de vigilancia se puede hacer siempre que no supere los seis años, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 3 literal b de la Ley 29499[3221], siendo la equivalencia la prevista en el artículo 29A inciso 3 del CP: un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal.

La regulación de la conversión de penas no establece criterios específicos para su concesión por parte del juez, lo que le da a este último un amplio margen de discrecionalidad[3222]. Solamente se destaca su carácter subsidiario y los límites establecidos en función de la clase de pena en la que se convertiría la pena privativa de libertad. Sin embargo, en la conversión de una pena privativa de libertad a una pena de vigilancia sí se han establecido ciertos criterios a tener en cuenta al momento de su concesión, como lo son que el condenado sea un primario y que las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social estén acreditadas por un informe social y psicoló-

[3220] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2920.
[3221] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 23, n.m. 2797.
[3222] PRADO SALDARRIAGA, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 264.

gico. Adicionalmente, esta posibilidad de conversión establece que se debe dar prioridad a los mayores de 65 años, a los que padezcan una enfermedad grave, a las mujeres gestantes o que acaban de dar a luz, a las madres que son cabeza de familia o que tienen un hijo o a su cónyuge con incapacidad permanente, o al padre en las mismas circunstancias cuando no cuente con la ayuda de la madre.

Si el condenado no cumple injustificadamente la pena en la que se ha convertido la pena privativa de libertad que se le impuso, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial (cláusula de retorno)[3223]. Si es que el condenado cumplió una parte de la pena convertida, entonces se procederá al descuento conforme a las equivalencias previstas para hacer la conversión, debiendo cumplir con el tiempo de pena privativa de libertad restante. Si durante la ejecución de la pena convertida, el condenado comete un nuevo delito doloso sancionado en la ley con una pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará automáticamente revocada, debiendo cumplir el resto de la pena privativa que le queda luego de los descuentos y la que le fuere impuesta por el nuevo delito cometido.

c. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Los criterios de individualización de la pena*

La pena judicialmente impuesta debe someterse también a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro del marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Se trata, por tanto, de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar la gravedad del hecho delictivo y, por tanto, aplicar la pena conforme a esta gravedad. La pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito concreto que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado[3224].

Para determinar la gravedad del delito en vista a establecer la pena concreta, la doctrina recurre a la culpabilidad. En efecto, la función de

---

[3223] Vid., Prado Saldarriaga, en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 265.

[3224] Sobre la relación de la severidad de la pena con la gravedad del delito, Hörnle, *Determinación de la pena*, p. 83.

la culpabilidad no queda solamente en el hecho de ser fundamento de la pena, pues desde ACHENBACH se ha distinguido con claridad la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medición de la pena[3225]. La culpabilidad que sirve para medir la pena aplicable ofrece un conjunto de aspectos relevantes para la determinación de la magnitud de la pena en el caso concreto[3226]. En el Derecho Penal Alemán se acoge expresamente la culpabilidad como el criterio esencial de la medición de la pena (§ 46 StGB)[3227], sustentado la doctrina la incorporación de esta disposición en el hecho de que el Derecho Penal es un Derecho penal de la culpabilidad por la realización de una conducta determinada (culpabilidad de acto)[3228]. En nuestra legislación penal no hay una norma similar, pero debe reconocerse que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal pretende, pese a los desaciertos de su redacción, establecer un límite superior a la imposición de la pena: "*la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*". O dicho en términos más claros: la cuantía de la pena no puede ser mayor a la culpabilidad del autor por el hecho. En consecuencia, la culpabilidad se convierte en el referente para individualizar la pena que el juez debe imponer al autor de un delito.

Aceptada la culpabilidad como criterio de medición de la pena, surge evidentemente la siguiente pregunta: ¿En qué consiste la culpabilidad que constituye criterio de individualización de la pena? La culpabilidad, como criterio de medición de la pena, no debe identificarse con la categoría del delito que fundamenta la pena, sino que está referida a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho cometido, esto es, por el injusto culpable[3229]. Se trata, por tanto, de considerar todos los aspectos del delito que inciden en su gravedad y que permiten al juez determinar la pena concreta que, dentro del marco penal abstracto, le corresponde al responsable por el hecho delictivo concretamente cometido. Es evidente que, pese a la importancia permanente de diversos aspectos característicos del delito, la gravedad de un hecho tiene un claro condicio-

---

[3225] Vid., ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 2 y ss. Igualmente, ROXIN, *JuS* 1988, p. 377 y ss. Críticamente, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 92 y s.

[3226] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 50.

[3227] Vid., ZIPF, *CPC* 17 (1982), p. 354; GÖSSEL, *CPC* 42 (1990), p. 552; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 598.

[3228] Vid., STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 8.

[3229] Por eso HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 70, prefiere hablar de pena adecuada al injusto culpable o adecuada al injusto y la culpabilidad.

namiento cultural, por lo que el juicio de gravedad no tiene que ser siempre el mismo[3230].

En la doctrina penal se han desarrollado diversas teorías para determinar cómo el criterio de culpabilidad debe emplearse en la individualización de la pena. En primer lugar, se encuentra la teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto[3231]. Como puede verse, se trata de una interpretación de la culpabilidad unida en cierta forma a una comprensión retribucionista[3232], poco permeable a consideraciones preventivas[3233]. Las críticas a esta teoría se resumen en dos puntos: por un lado, se le cuestiona la premisa de que la culpabilidad pueda llegar a un punto firmemente fijado dentro del marco penal abstracto[3234] y, en segundo lugar, se le reprocha que esté cerrada a consideraciones preventivas[3235].

Frente a la teoría de la pena puntual, se presenta la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad. Conforme a esta teoría, la valoración de la culpabilidad ofrece sólo un límite máximo dentro del marco penal típico, pero no impone ningún límite por debajo que restrinja el marco penal. A esta teoría se le ha reprochado, si se le sigue rigurosamente, poder llevar a una disminución tan grande del marco penal que finalmente la pena no se corresponda con la culpabilidad del autor[3236].

Las críticas a ambos planteamientos extremos de las teorías sobre el criterio de la culpabilidad para la individualización de la pena han llevado a que se asuma posturas, más bien, atemperadas. Muy cercana a la teoría de la pena puntual, pero intentando generar un espacio de juego, aunque sea limitado, se encuentra la teoría del núcleo de la culpabilidad. Esta teoría acepta que la pena no es puntual, pero sí genera un núcleo de culpabili-

---

[3230] Sobre esta relativización de la gravedad de la culpabilidad por el delito, vid., Roxin, *CPC* 1986, p. 686.

[3231] Vid., Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 247; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

[3232] Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 247; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

[3233] Vid., así, Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 356.

[3234] Así, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 229.

[3235] Vid., con mayor detalle, Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 356; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328. Como lo dice Roxin, *CPC* 9 (1979), p. 62: "(...) *sólo se sanciona desde un principio (scl. culpabilidad) en el marco de un determinado margen de libertad*".

[3236] Vid., Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 357.

dad por encima y por debajo del cual la pena no puede llegar. En el mismo sentido de negarle a los aspectos preventivos relevancia para determinar la pena, la teoría del valor de reemplazo limita el uso de criterios preventivos solamente a los casos de alternatividad penal[3237]. Por el contrario, en una línea más cercana a la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad se encuentra la teoría del marco de la culpabilidad o teoría del libre espacio de juego[3238]. Conforme a esta teoría, el juez determina la pena con base en criterios de prevención dentro de un marco de culpabilidad constituido por un mínimo ya adecuado y por un máximo todavía adecuado a ella[3239]. Se trata de una prevención en el marco de la culpabilidad[3240]. En la doctrina penal, esta teoría ha sido la que ha recibido mayor reconocimiento[3241], aunque también ha sido objeto de críticas en el sentido de no poder determinar unívocamente el marco de la culpabilidad[3242]. Nuestra legislación positiva no ha asumido expresamente ninguna de estas teorías, pero el tenor del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal resulta altamente compatible con la teoría del marco de la culpabilidad, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba[3243].

Por nuestra parte, no compartimos la idea de que la culpabilidad es solamente un marco dentro del cual se va determinando la pena concreta con base en finalidades de prevención general y/o especial. Esta comprensión de la individualización de la pena tira por la borda una de las funciones más importantes de la dogmática penal, esto es, dar seguridad jurídica, pues le deja al juez amplios márgenes de discrecionalidad sin establecer mayores referentes estables. Por esta razón, resulta plenamente asumible

---

[3237] Sobre la teoría del valor de reemplazo, vid., HENKEL, *Die „richtige" Strafe*, p. 23 y ss.; HORN, *FS-Schaffstein*, p. 241 y ss. Críticamente, ROXIN, *CPC* 9 (1979), p. 58 y ss.; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 331 y s.

[3238] Sobre el origen jurisprudencial de esta teoría, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 49.

[3239] Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 49; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 247; BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 223; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

[3240] Sobre la función de límite solamente hacia arriba de la pena adecuada a la culpabilidad ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 29 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259: "*En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo*".

[3241] Vid., ROXIN, *CPC* 9 (1979), p. 55; ZIPF, *CPC* 17 (1982), p. 358. En la doctrina nacional, TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 230.

[3242] Vid., así, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 190; ZIFFER, *Lineamientos*, p. 55; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

[3243] Así, JIMÉNEZ NIÑO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 42.

la actual orientación que está tomando la individualización de pena, en el sentido de que la pena concreta sea proporcional al hecho[3244]. Sin embargo, la teoría que representa esta orientación, esto es, la teoría de la proporcionalidad al hecho formulada por Hörnle, parte de una comprensión del hecho preponderantemente individualista que la lleva a resaltar el desvalor del resultado en detrimento de su expresión social, además de centrar la gravedad del hecho en la perspectiva de la víctima, dejando de lado la del propio delincuente[3245].

A nuestro entender, la gravedad del hecho no se determina en función de la simple lesión a un objeto que materializa el bien jurídico penalmente protegido, sino a partir del sentido comunicativo que le corresponde en el plano social[3246], en donde entran a tallar tanto la afectación a la víctima, como la propia situación del autor. A partir de esto último, en la determinación judicial de la pena deben considerarse también las condiciones más o menos desventajosas del desarrollo social del autor, así como aquellas circunstancias personales que influyen en la comisión del delito y por las que no se le puede hacer responsable. En suma: La pena proporcional al hecho debe determinarse judicialmente teniendo en cuenta la dimensión social y las diversas perspectivas que confluyen en la realización del delito concretamente juzgado.

B. Los criterios específicos de la individualización de la pena

Los artículos 45 y 46 del CP ofrecen al juez penal un conjunto de criterios específicos que debe considerar en su labor de individualización de la pena[3247]. Se trata, en consecuencia, de aspectos que se derivan de la culpabilidad como criterio de medición. No resulta fácil extraer del tenor de la ley una lógica de estructuración de los diversos criterios específicos de la individualización de la pena, por lo que resulta de suma utilidad las propuestas de sistematización ofrecidas por la doctrina penal.

[3244] Así, Hörnle, *Determinación de la pena*, p. 68 y ss.; Feijoo Sánchez, *InDret* 1/2007, p. 9; Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 6 y s.

[3245] Así, Hörnle, *Determinación de la pena*, p.79 y ss., destacando que esta perspectiva debe ser de carácter normativo, es decir, cómo una persona razonable en el lugar de la víctima habría reaccionado ante el delito.

[3246] Sobre la necesidad de entrelazar la visión de lesión de un bien jurídico con su significación de infracción de la norma, Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 11.

[3247] En la misma línea, la decisión de la Corte Suprema R.N. N° 3800-99 Huancavelica de 9 de noviembre de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia*, 3 (2000), p. 284 y ss.].

Tradicionalmente, los criterios específicos de la individualización de la pena se han sistematizado en función de si están referidos al injusto culpable o a las necesidades de prevención (o reestabilización)[3248]. Esta ordenación responde a una visión de la individualización de la pena que se determina por la culpabilidad y las finalidades de prevención, tal como lo propone la teoría del libre espacio de juego. Sin embargo, tal como se ha indicado, la determinación judicial de la pena no debe acudir directamente a los fines de la pena para establecer la pena concretamente a imponer, sino que éstos sólo pueden ser considerados en la medida que se hayan filtrado en los elementos estructurales del delito. Por esta razón, los criterios específicos de individualización de la pena se deben ordenar en atención al injusto objetivo (de la acción y del resultado), al injusto subjetivo y a la culpabilidad[3249]. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada uno de estos criterios específicos de individualización de la pena, resulta necesario remarcar tres cuestiones generales de necesaria respuesta: El sistema abierto de determinación, la dirección de la valoración y la prohibición de doble valoración.

- *El sistema abierto de determinación*: Como se ha dicho, los artículos 45 y 46 del CP hacen mención a diversos criterios específicos que el juez debe tener en consideración al momento de individualizar la pena. La característica principal de esta regulación penal es que se trata de un sistema abierto, en el sentido de que la individualización de la pena no debe limitarse a los criterios expresamente indicados, sino que el juez penal puede ponderar otros aspectos que sean igualmente relevantes. Por lo tanto, si bien los criterios específicos legalmente mencionados deben ser especialmente considerados por el juez (carácter prioritario), éstos no son exclusivos (no exclusividad)[3250]. En consecuencia, el juez podrá tener en cuenta otros aspectos derivados del injusto culpable que, si bien no están recogidos en el artículo 46 del CP, inciden igualmente en la determinación de la pena concreta. Por lo demás, la legislación penal no ha establecido un orden en la aplicación de los

[3248] Vid., BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, p. 144.

[3249] Así, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2/2007, p. 8. En nuestro país, se ha preferido recurrir a un criterio de distinción en razón de su vinculación con el grado de injusto o el grado de responsabilidad del agente (vid., así BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 249; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 115).

[3250] Vid., en el mismo sentido, REYNA ALFARO, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

criterios legalmente establecidos, por lo que no resulta de recibo la interpretación que concluye que el artículo 45 del CP suministra los criterios para decidir la alternatividad penal, mientras que el artículo 46 del CP se refiere a la individualización de la pena en sentido estricto[3251]. Ambos artículos constituyen criterios específicos para la individualización de la pena, siendo la alternatividad penal una cuestión que se evalúa en el juicio de necesidad.

- *La dirección de la valoración*: En cuanto a la dirección de la valoración debe señalarse que los criterios específicos de individualización de la pena no están definidos en la ley como agravatorios o atenuatorios de la pena, por lo que el juez penal deberá decidir si en el caso concreto le da a una circunstancia específica un peso agravatorio o atenuatorio. De esta regla se excluyen ciertos supuestos muy concretos en los que el sentido de la valoración es único, como sucede con la confesión sincera, por ejemplo. Los criterios específicos son aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse con el hecho concreto y que, por lo tanto, el legislador no puede definir la dirección de su valoración de manera general[3252]. El problema de determinación se presenta, más bien, en el plano operativo, pues para poder agravar o atenuar algo es necesario tener un punto de comparación. El punto de comparación lo constituye el llamado caso regular, el cual puede ser definido empírica o normativamente. En el primer caso, el caso regular se determina por la experiencia del juez en función de la llamada "criminalidad cotidiana"[3253]. La principal objeción de este planteamiento consiste en que lleva a soluciones diferentes según la experiencia distinta de cada juez[3254]. Por ello, la doctrina recurre cada vez con mayor frecuencia a un concepto normativo del caso regular, que, a partir de determinar el punto de partida de la valoración legislativa, formula expresamente las valoraciones implícitas en el tipo penal. Lo que se desvía de estas valoraciones de la ley, constituyen aspectos agravantes o atenuantes[3255]. Este modelo normativo del caso regular resulta, en nuestra opinión, el más adecuado.

[3251] Vid., Velásquez Velásquez, *Ponencia*, p. 9 y ss.
[3252] Vid., en este sentido, Ziffer, *Lineamientos*, p. 100 y s.
[3253] Vid., la referencia en Ziffer, *Lineamientos*, p. 103 y s.
[3254] Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 104
[3255] Vid., Frisch, *GA* 1989, p. 354 y ss.

- *La prohibición de doble valoración*: Esta prohibición exige que todas aquellas circunstancias que fundamentan el injusto culpable no puedan ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para el delito concreto[3256]. El propio artículo 46 del CP establece que los criterios específicos mencionados sólo serán tenidos en cuenta por el juez al individualizar la pena, si no se han considerado antes en la determinación de la pena abstracta. Si es que se vuelven a considerar, se estaría haciendo una doble valoración contraria a la prohibición del *bis in idem*[3257]. La prohibición de doble valoración de las circunstancias ha sido remarcada por el Acuerdo Plenario N° 08-2008 de manera general. Sin embargo, el juez podrá valorar excepcionalmente una circunstancia considerada al establecer la pena abstracta, si es que se trata de fijar su gravedad frente a otras circunstancias igualmente recogidas en el tipo penal[3258]. Por ejemplo: en el delito de licitaciones colusorias en su modalidad de coacciones en licitaciones (artículo 241 inciso 2 del CP), la utilización de la violencia puede valorarse por el juez a efectos de determinar la pena concreta como más grave que el uso de dádivas o promesas previstos también en el tipo penal. Por otra parte, también será posible valorar una circunstancia que fundamenta el tipo penal si es que es de naturaleza cuantitativa. Así, por ejemplo, la circunstancia de agravación específica del delito de peculado por superar el valor de lo apropiado las diez UITs, puede ser considerada nuevamente al momento de individualizar la pena, pues no es lo mismo un peculado con un perjuicio de 11 UITs que uno de 50 UITs.

a. Los criterios referidos al injusto objetivo

Dentro del injusto objetivo se encuentran los aspectos referidos al desvalor de la acción y al desvalor del resultado. En cuanto al primero, se destaca especialmente la naturaleza de la acción que se determina en función de la mayor o menor potencialidad lesiva de la modalidad de acción realizada (inciso 1)[3259]. No es lo mismo lesionar a una persona con un

---

[3256] Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 107; REYNA ALFARO, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

[3257] Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 108.

[3258] Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 111.

[3259] Relacionan este criterio específico a la magnitud del injusto, PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1 (2000), p. 557; TOYOHAMA ARAKAKI, en *Estudios críticos*, p. 241.

puñete en la cara que hacerlo lanzándolo por una ventana. También debe considerarse la mayor o menor lesividad intensiva o extensiva de los medios empleados en la comisión del delito (inciso 2)[3260]. La pena concreta no puede ser la misma para quien coacciona a otro con la amenaza de un despido que quien lo hace con un arma.

Dentro del desvalor de la acción deben considerarse también los criterios referidos a los aspectos circunstanciales y a la valoración global de la acción. Como aspectos circunstanciales (inciso 5) cabe destacar el tiempo (p.e. usurpar un inmueble durante la noche), el lugar (p.e. violar sexualmente en un hospital), el modo (p.e. lesionar con gran crueldad) y la ocasión del delito (hurtar bienes durante un lanzamiento judicial), así como la unidad o pluralidad de agentes (inciso 7), siempre, claro está, que dichos aspectos no hayan sido considerados ya en la formulación del tipo penal[3261]. Como elemento de valoración global de la acción se recoge específicamente el criterio de la importancia de los deberes infringidos (inciso 3), los que se refieren a obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar[3262]. En efecto, en los tipos penales que no están típicamente estructurados sobre la infracción de un deber especial, la realización del tipo penal mediante la infracción de un deber especial merece una pena mayor que el que se produce por la infracción del deber general del ciudadano (por ejemplo, el homicidio de un hermano o de una persona que está bajo el cuidado del autor).

Respecto del desvalor del resultado se menciona expresamente como criterio de medición la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor (inciso 4). Así, por ejemplo, no es lo mismo difamar a una persona a través de un periódico local que hacerlo con un canal de televisión de alcance nacional. En la determinación de la extensión del daño, deben evaluarse no sólo los intereses de la víctima, sino también los su familia o de las personas que de ella dependen, tal como lo dispone el artículo 45 inciso 3 del CP. Para ello, el juez debe tomar conocimiento directo, en tanto sea posible o útil, de la víctima. Sin embargo, debe precisarse que el establecimiento de la extensión del daño no implica ampliar el horizon-

---

[3260] Hace referencia a la posibilidad de que el medio utilizado lesione a otras personas o a otros bienes jurídicos, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 241.

[3261] Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 131.

[3262] Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 117; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 558.

te de análisis a cualquier resultado desvalorado derivado causalmente de la conducta del autor. Solamente podrán considerarse aquellos resultados que puedan ser alcanzados por el fin de protección de la norma[3263], aunque no están expresamente recogidos en el tipo penal correspondiente[3264]. Dentro de la determinación de la gravedad del desvalor del resultado debe contar también el criterio de la reparación espontánea del daño del inciso 9 del artículo 46 del CP. Si bien el acto de reparación posterior al delito no revierte el desvalor de resultado producido, cuando menos lo atenúa. Con la reparación del daño el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, lo que debe ser considerado en la cuantificación de la pena concreta[3265].

b. Los criterios referidos al injusto subjetivo

La parte subjetiva del hecho es tenida también en consideración al contemplar como criterio específico el móvil o los fines del autor (inciso 6). Dentro de este criterio específico de la individualización de la pena cuentan, por ejemplo, la necesidad, el honor o el afán de lucro con el que actuó el autor[3266]. Si bien el artículo 46 del CP tiene en consideración específicamente elementos subjetivos especiales, también es posible, aunque no lo haya señalado expresamente el legislador penal, que en la individualización de la pena se tenga en cuenta la mayor intensidad del elemento cognitivo, en el sentido de actuar con dolo directo o con dolo eventual.

c. Los criterios referidos a la culpabilidad

Desde el punto de vista de la culpabilidad deben evaluarse en la medición de la pena la mayor infidelidad al Derecho que expresa el autor con su comportamiento. Si el horizonte de este comportamiento debe limitarse al momento de la realización del delito o si puede tenerse en consideración actos precedentes o posteriores, es objeto actualmente de polémica en los estudios especializados. HÖRNLE ha reprochado que se mantenga en el estudio de la teoría del delito un concepto de culpabilidad de acto y que en la medición de la pena se parta, más bien, de una culpabilidad caractereológica más cercana a la culpabilidad por el carácter o la conducción de

---

[3263] Vid., en igual sentido, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 124.
[3264] Así, lo que SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2/2007, p. 12, consecuencias extratípicas previsibles.
[3265] Similarmente, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 168.
[3266] Así, PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1 (2000), p. 559.

vida[3267]. Sin negarle un alto componente de razón a la crítica acabada de mencionar, no debe llevar, sin embargo, a excluir de la individualización de la pena aspectos anteriores y posteriores a la realización del hecho delictivo. La única precisión que cabe hacer al respecto es que estos aspectos no se evalúan por sí mismos, sino en tanto inciden en el grado de infidelidad al Derecho que el autor expresa al cometer el delito.

En cuanto a los hechos anteriores al delito que influyen en la culpabilidad del autor por el hecho cometido, cabe mencionar la reincidencia (inciso 13) y la habitualidad (inciso 12). Conceptualmente no hay nada que reprochar a considerar estas situaciones en la individualización de la pena, pues el nivel de infidelidad que expresa el autor con el delito no es el mismo si se trata de un primario que de un reincidente o habitual. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 01-2008 punto 13 a) indica que la reincidencia y la habitualidad no pueden ser consideradas en la individualización de la pena, en la medida que constituyen también una causa genérica de modificación de la responsabilidad. Pero debe quedar claro que esta decisión no se sustenta en que la reincidencia y la habitualidad no puedan ser consideradas en la individualización de la pena, sino en que no pueden ser objeto de una doble valoración, en tanto operarían a nivel de la determinación tanto legal, como judicial de la pena.

Como acto posterior a tener en cuenta en la individualización judicial de la pena cabe mencionar a la confesión sincera del autor antes de ser descubierto (inciso 10). La confesión sincera pone de manifiesto un arrepentimiento posterior al delito que resulta relevante en la culpabilidad del autor, pues disminuye el nivel de infidelidad al Derecho expresada por el autor. No hay propiamente una reversión del hecho socialmente perturbador, pero el reconocimiento de la transgresión del ordenamiento jurídico que hace el propio autor antes de ser descubierto[3268], produce una reducción de la infidelidad transmitida al momento de realizar el hecho. Por lo tanto, esta menor intensidad de la infidelidad al Derecho debe ser computada en la medición judicial de la pena concreta a imponer.

Para determinar el grado de infidelidad al Derecho del autor y, por lo tanto, la cuantía de la pena concreta, el juez debe tener en cuenta las

---

[3267] Vid., Hörnle, *Determinación de la pena*, p.52 y ss.

[3268] Destaca el reconocimiento de la culpabilidad, Toyohama Arakaki, en *Estudios críticos*, p. 244.

condiciones personales y sociales precedentes del autor. En efecto, la determinación de la pena debe considerar aspectos concretos como la edad, la educación, la situación económica y el medio social del autor, así como su cultura y costumbres[3269]. Incluso aspectos vinculados a su experiencia personal, como es el caso de las carencias sociales que hubiese sufrido, deben ponderarse a efectos de determinar el nivel de pena que se corresponde con su culpabilidad. En este orden de ideas, no sorprende que el artículo 46 del CP exija al juez que tome conocimiento directo del agente. Como puede verse, la determinación de la pena concreta por el juez requiere un acercamiento con el autor que permita una justicia penal más ajustada a la persona.

IV. Causas de extinción de la acción penal y de la pena

El Código Penal regula, a partir de su artículo 78, varios supuestos en los que no procede procesar penalmente a una persona o ejecutar la sanción penal impuesta[3270]. A los primeros se les conoce como causas de extinción de la acción penal, mientras que a los segundos se les conoce como causas de extinción de la pena. Hay que señalar, sin embargo, que aquellas causas de extinción de la acción penal que se sustentan en la falta de necesidad de imponer una pena, se expresan materialmente como causas de exclusión de la punibilidad, tal como sucede, por ejemplo, con la prescripción[3271]. No obstante, nuestro Código Penal les da un tenor procesal al regularlas como causas de extinción de la acción penal.

1. Las causas de extinción de la acción penal

Las causas de extinción de la acción penal que impiden el inicio o la prosecución de un proceso penal son la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el derecho de gracia, la cosa juzgada y, en el caso de los delitos de acción privada, el desistimiento y la transacción.

[3269] JAKOBS, en *Estudios*, p. 92 y s., menciona estos aspectos desde un punto de vista de la prevención general positiva (como educación, motivos, situación de hecho). Así, PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1 (2000), p. 560, como factores que inciden en el grado de culpabilidad y que inciden sobre el reproche que cabría hacerle.

[3270] Vid., VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 527 y ss.

[3271] Así, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p. 90.

A. La muerte del imputado

La muerte del imputado, como causa de extinción de la acción penal, implica necesariamente la existencia de un proceso penal iniciado, en la medida que solamente cabe hablar de un "imputado" una vez abierto un proceso penal. Por ello, hay que entender que la muerte del imputado extingue, en sentido estricto, la prosecución de la acción penal instaurada a la persona cuando se encontraba viva. Si la persona muere antes del ejercicio de la acción penal, no cabrá la apertura de un proceso penal por falta de un autor (vivo) individualizado. En todo caso, la extinción de la acción penal por muerte del imputado no afecta, en lo absoluto, la acción civil por los daños ocasionados, siempre y cuando exista patrimonio del imputado para satisfacer la obligación de reparación[3272].

B. La prescripción del delito

a. Fundamento y naturaleza

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la acción penal que se fundamenta en la falta de necesidad de pena por la antigüedad del delito (criterio material) y en que el transcurso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal)[3273]. Esta combinación de fundamentos explicaría por qué su naturaleza no se decanta exclusivamente por un carácter sustantivo o procesal[3274]. Si fuese sólo de naturaleza material, la prescripción se presentaría como una causa de exclusión de la punibilidad cuya incidencia en el proceso penal debería poder hacerse valer con una excepción de improcedencia de acción (por no ser penalmente justiciable), mientras que si su naturaleza fuese puramente procesal, la prescripción de la acción penal afectaría una condición de procedibilidad que debería poder dar pie a una cuestión previa. Sin embargo, la alegación de la prescripción en el proceso penal no admite la posibilidad de seguir estos caminos procesales, sino, más bien, el de una excepción propia en el que se conjugan aspectos tanto materiales como procesales. La institución de la prescripción se

---

[3272] Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 92; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 528.

[3273] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 33/24. Sobre el fundamento de la prescripción, con mayor detalle, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p. 21 y ss.

[3274] Sobre esta discusión respecto de la naturaleza de la prescripción, ABANTO VÁSQUEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 546 y ss.

muestra así como un claro ejemplo para cuestionar la pretensión de separar conceptualmente el Derecho penal del Derecho procesal penal y pone en evidencia la necesidad científica de asumir una visión integral del sistema penal[3275]. Es cierto que cada tema pueda tener una mayor incidencia penal o procesal, pero eso, en nada, autoriza a escindir aspectos que en la realidad están mutuamente condicionados.

b. El plazo de prescripción

Conforme al artículo 80 del CP, la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por ley para el delito, si se trata de una pena privativa de libertad temporal. Este plazo tiene, sin embargo, un límite de veinte años, por lo que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad máxima superior a los veinte años, mantendrán como plazo de prescripción los veinte años[3276]. Si la pena privativa de libertad es de cadena perpetua, la acción penal prescribirá a los treinta años. En el caso de delitos que contemplen una clase de pena distinta a la privativa de libertad, el plazo de prescripción de la acción penal será de dos años. Si se presenta un concurso real de delitos, cada delito seguirá separadamente su propio plazo de prescripción, mientras que si se trata de un concurso ideal de delitos la prescripción de todos los delitos se producirá con el plazo de prescripción del delito previsto con la pena mayor.

La regla general que establece que el plazo de prescripción de la acción penal es igual al marco penal máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal correspondiente contiene, sin embargo, ciertas excepciones, como es el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, en los que se duplica el plazo de prescripción (artículo 80 último párrafo del CP), o los delitos cometidos por imputables restringidos, en los que el plazo se reduce a la mitad (artículo 81 del CP). A estas excepciones legalmente establecidas hay que agregar aquellas que ha incorporado jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional, al establecer que, conforme a los tratados internacionales a los que el Perú se ha adherido, los llamados delitos de lesa humanidad son imprescriptibles[3277].

[3275] Sobre la visión integral en relación con la prescripción, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p.75 y s.

[3276] Vid., VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 530.

[3277] STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC de fecha 21 de marzo de 2011, fundamentos jurídicos 42 y 65. A favor de esta decisión, MEDINA TAPIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 22 (abril de

Para fijar el plazo de prescripción debe establecerse claramente si se debe tener en cuenta el marco penal abstracto previsto en el tipo penal correspondiente o el marco penal abstracto modificado por circunstancias modificativas de la responsabilidad (marco abstracto-concreto). De seguirse el primer referente, no se considerarán las modificaciones al marco penal abstracto que tengan lugar en virtud de circunstancias genéricas cualificadas. Pero, con la misma lógica, tampoco deberían considerarse las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal que dan lugar a un marco penal distinto, como lo serían, por ejemplo, las distintas agravantes previstas en el hurto agravado. Las modificaciones genéricas o específicas al marco penal abstracto mantendrían inalterable el plazo de prescripción establecido en el tipo penal correspondiente.

Si por el contrario se tuviera por correcto que las alteraciones del marco penal abstracto influyan también en el plazo de prescripción, entonces habría que admitirlo en todos los casos en los que dichas alteraciones se produzcan. Como correlato lógico, tendría que admitirse también una alteración del plazo de prescripción en el caso de atenuantes que permiten reducir la pena por debajo del mínimo legal, es decir, que también el plazo de prescripción tendría que reducirse en caso de atenuantes cualificadas, lo que no parece muy operativo dado su carácter discrecional en nuestra legislación penal. Vistas así ambas alternativas, parece que ninguna termina por dar una solución plenamente satisfactoria.

La Corte Suprema de la República ha tomado cierta posición al respecto en el Acuerdo Plenario N° 8-2009, al señalar que la agravante del prevalimiento del cargo del artículo 46A del CP no afecta el plazo de prescripción[3278]. En consecuencia, ha optado por asumir la posición que niega que las modificaciones al marco penal abstracto en virtud de circunstancias genéricas cualificadas afecten el plazo de prescripción. Sin embargo, el mismo Acuerdo Plenario sostiene que respecto del delito masa, previsto en el artículo 49 *in fine* del CP, la situación es distinta, pues no se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino de un delito en sí. A nuestro entender, este último aspecto del Acuerdo Plenario antes mencionado resulta discutible, en la medida que se trata de un supuesto de con-

---

2011), p. 19 y ss.; FIGUEROA GUTARRA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 22 (abril de 2011), p. 30 y s.

[3278] Vid, con consideraciones críticas, REVILLA LLAZA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 7, enero de 2010, p. 64 y ss.

curso de delitos (la llamada unidad de delito) que, en la determinación de la pena, sigue el principio de exasperación. Por lo tanto, tanto la agravante del prevalimiento del cargo, como la figura del delito masa, se mueven en el plano de la determinación abstracto-concreta de la pena, no apreciándose una razón válida para un trato diferenciado.

La posición asumida por la Corte Suprema de la República en relación con la agravante genérica de prevalimiento del cargo no es rechazable en sí misma. El único inconveniente es que su aplicación coherente debería llevar a que tampoco se tengan en cuenta en la determinación del plazo de prescripción las agravantes o atenuantes específicas, en la medida que responderían a la misma lógica que las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto. Por poner un ejemplo: tanto el hurto simple como el agravado tendrían como plazo de prescripción el marco penal abstracto máximo del tipo penal de hurto simple. Pese a la insatisfacción que provoca la aplicación coherente del referido punto de partida, este inconveniente no puede ser solucionado asumiendo la posición contraria que propugna que las agravantes que modifican el marco penal abstracto sean consideradas en la determinación del plazo de prescripción, pues, de hacerlo, habría que reconocerle el mismo efecto a atenuantes como la tentativa, las eximentes incompletas, etc. Esta consecuencia no parece practicable en nuestra legislación penal, en donde las agravantes genéricas no establecen criterios fijos de atenuación porcentuales, sino absolutamente discrecionales.

Frente al panorama descrito, la única forma para poder justificar que las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto no sean consideradas en la determinación del plazo de prescripción y que las circunstancias específicas sí lo sean, sería asumiendo que la incorporación de una circunstancia específica modificatoria de la responsabilidad penal en la Parte Especial del Código Penal trae como consecuencia un cambio en la identidad del tipo penal que no modifica el marco penal abstracto, sino que da lugar a uno distinto. De esta manera, se llegaría a la conclusión de que la colocación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en las disposiciones de la Parte General o de la Parte Especial no es solamente una cuestión de técnica legislativa, sino que influye en el propio sentido comunicativo del delito correspondiente y evidentemente en la conformación del marco penal abstracto.

A partir de las consideraciones precedentes, los incrementos o disminuciones del marco penal abstracto que tienen lugar por agravantes o ate-

nuantes genéricas no repercuten en el plazo de prescripción, mientras que las circunstancias específicas que inciden en determinados tipos penales sí afectarían el plazo de prescripción. En consecuencia, cuando un funcionario público comete un delito común al que resulta aplicable la agravante de prevalimiento del cargo del artículo 46A del CP, el plazo de prescripción se determinará de conformidad con la pena abstracta prevista en el delito común correspondiente. Por el contrario, en caso que cometa un delito especial en el que se tenga en cuenta su calidad de funcionario público como elemento que fundamenta la pena (delito especial propio) o como elemento de agravación de la pena (delito especial impropio), el plazo de prescripción se determinará en función del marco penal abstracto previsto en el tipo penal especial (propio o impropio).

El artículo 82 del CP establece que el cómputo del plazo de prescripción se inicia luego de la consumación, en el caso de los delitos instantáneos. Si el delito ha quedado en grado de tentativa, el cómputo del plazo de prescripción comienza desde el día en que cesó la actividad delictuosa. Si se trata de un delito permanente, el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del día que cesó la permanencia. En caso de delito continuado, el plazo de prescripción comenzará a correr desde el día en que terminó la actividad delictuosa. En este punto, debe indicarse que en el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de 1998 (tema 2) se precisó que el delito que se consuma con un solo acto se reputa instantáneo con independencia de la permanencia en el tiempo de sus efectos (delitos instantáneos de resultado permanente), por lo que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde su consumación y no desde la cesación de la permanencia de sus efectos. En esta línea argumentativa, el Pleno Jurisdiccional de 1998 estableció, en concreto, que los delitos de lavado de dinero, resistencia a la autoridad, omisión de la asistencia familiar y ciertas figuras del delito contra la libertad laboral eran delitos instantáneos con efectos permanentes.

En cuanto a la determinación y cómputo del plazo de prescripción, hay que tener presente que no es común a todos los intervinientes. Si bien se desprende del artículo 82 del CP que el inicio de la prescripción es común a todos los intervinientes en el delito[3279], el artículo 88 del CP dispone

[3279] Aunque Marticorena Collantes, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 66, sostiene que debería también establecerse un inicio diferenciado entre los intervinientes en el delito.

que el plazo de prescripción corre, se suspende o se interrumpe de manera separada para cada uno de los partícipes en el delito –hay que entender el término "partícipes" en sentido amplio lo que incluye a los autores en el ámbito de aplicación de esta disposición legal[3280]. En este sentido, el efecto individualizado de la prescripción está referido a todos los intervinientes en el delito. De este carácter personal del cómputo del plazo de prescripción se puede deducir igualmente que el plazo de prescripción de diversos intervinientes en el delito no debe ser necesariamente el mismo. En este sentido, por ejemplo, la duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por éste, sólo deberá alcanzar a los funcionarios públicos con el deber funcional específico, mas no a los otros intervinientes que no tienen esa posición especial.

c. El plazo ordinario y extraordinario de prescripción

Conforme al Acuerdo Plenario N° 09-2007, "*el Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al* ***plazo ordinario*** *y en el artículo 83° in fine hace referencia al* ***plazo extraordinario***". La razón de ser del plazo extraordinario de prescripción es evitar que los procesos abiertos dentro del plazo de prescripción ordinaria puedan durar eternamente sin ningún efecto material, por lo que se les establece a los tribunales penales el límite absoluto del plazo extraordinario para condenar definitivamente al procesado[3281]. Con relación al plazo extraordinario, la disposición jurídica antes mencionada precisa que éste se vence cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción[3282]. Si bien el legislador ha establecido que el plazo máximo de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal es de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua es de treinta años, el Acuerdo Plenario N° 09-2007 señala que tales límites sólo operan en relación con el plazo ordinario de prescripción, no afectando en nada las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción.

[3280] Igualmente, MARTICORENA COLLANTES, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 65.

[3281] En el mismo sentido, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 532.

[3282] Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 300.

En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años; y cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

El cómputo de los plazos ordinario y extraordinario de prescripción se inicia conforme a las reglas, antes referidas, del artículo 82 del CP[3283]. Sin embargo, las causas que afectan el cómputo de la prescripción no repercuten igualmente en ambos plazos de prescripción. Por un lado, se encuentran las llamadas causas de interrupción del plazo de prescripción, las que paralizan el plazo de prescripción y dejan sin efecto el tiempo transcurrido. El artículo 83 del CP establece, como causas de interrupción de la prescripción, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, así como la comisión de un nuevo delito doloso[3284]. En este mismo dispositivo penal se indica que el plazo extraordinario de prescripción es inmune a las causas de interrupción de la prescripción, es decir, que este plazo no se interrumpe en ninguno de los supuestos antes indicados.

Pero, además, el Código Penal regula causas de suspensión del plazo de prescripción en el artículo 84, las que, una vez superadas, reactivan el cómputo del plazo de prescripción en donde se quedó[3285]. A diferencia de las causas de interrupción de la prescripción, el plazo extraordinario de prescripción no es inmune a los supuestos de suspensión[3286], pues, de lo contrario, se generaría situaciones absurdas de impunidad al prescribir el delito, pese a que el proceso penal no podía iniciarse o proseguir. Las causas de suspensión de la prescripción (ordinaria y extraordinaria) previstas en el Código Penal son cualquier cuestión de la que dependa el inicio o continuación del proceso penal que deba resolverse en otro procedimiento (por ejemplo, el desafuero de un congresista o el proceso de extradición del imputado). Esta regulación parece razonable

---

[3283] De otra opinión, MEINI MÉNDEZ, *Imputación*, p. 297 y ss., en relación con el inicio del plazo extraordinario de prescripción, en la medida que señala que éste se inicia con la primera interrupción del plazo ordinario de prescripción.

[3284] Respecto del nuevo delito doloso, MEINI MÉNDEZ, *Imputación*, p. 295, indica que no debe esperarse a una sentencia firma para proceder a la interrupción, sino que basta la imputación formal, lo que evidentemente dependerá del pronunciamiento definitivo.

[3285] Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, p. 301.

[3286] Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *Imputación*, p. 300.

en la lógica del Código Penal, pues las causas de suspensión no dependen del retardo de los órganos de juzgamiento del delito, sino de otros procedimientos.

Las causas de suspensión de la prescripción se han ampliado, sin embargo, a supuestos que no siguen la misma lógica que informa al Código Penal, sino que se sustentan en otras razones. Así, el Acuerdo Plenario N° 6-2007 establece que se suspende el plazo de prescripción con la interposición del recurso de queja excepcional en los procesos sumarios como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad. Dicha suspensión dura hasta la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo. Pero también el Código Procesal Penal admite en el artículo 339.1 un nuevo supuesto de suspensión del plazo de prescripción, al disponer que la formalización de la investigación preparatoria producirá el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción penal. El Acuerdo Plenario N° 01-2010 ha desvirtuado la línea de interpretación defendida por un sector importante de la jurisprudencia nacional que sostiene que se trataría, en realidad, de una causa de interrupción de la prescripción, precisando que el tenor de la normativa procesal es claro al decir que se trata de una causa de suspensión de la prescripción[3287]. Lo único que no aclara suficientemente el Acuerdo Plenario es el término final de la suspensión por la formalización de la investigación preparatoria y, por lo tanto, el momento en el que el plazo de prescripción de reactiva. Debe quedar claro que tanto la causa de suspensión de la prescripción por la interposición del recurso de queja excepcional, como por la formalización de la investigación preparatoria están referidas propiamente al plazo extraordinario de prescripción, pues al tener lugar en el ámbito del propio proceso penal el plazo ordinario se encuentra ya interrumpido y, por lo tanto, carece de sentido suspenderlo.

[3287] De acuerdo con la tesis de la suspensión, PARIONA ARANA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 23 (mayo de 2011), p. 221 y ss. Críticamente, PANTA CUEVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 20 (febrero de 2011), p. 26 y s., por afectar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Por el contrario, DEL RÍO LABARTHE, *La etapa intermedia*, p. 94, sostiene que no hay una afectación a la razonabilidad del plazo con el efecto de suspensión de la prescripción que produce la formalización de investigación preparatoria, pues el imputado cuenta con la posibilidad de controlar el plazo a través de una audiencia de control de plazo.

C. La amnistía

El artículo 102, inciso 6 de la Constitución Política establece que una de las atribuciones del Congreso de la República es dictar leyes de amnistía. La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de este delito. Tal como se desprende del sentido etimológico de amnistía, se trata de un olvido (amnesia) de la realización de un hecho delictivo[3288], lo que impide que se procese o se siga procesando a los autores del delito beneficiados por una amnistía legalmente dispuesta por el Poder Legislativo. El sentido de este mecanismo de extinción de la acción penal es superar determinados momentos de crisis social (por ejemplo, luego de una guerra interna) o generar las condiciones para que rija adecuadamente una ley penal (por ejemplo, dar una amnistía para entregar o regularizar en un determinado plazo la tenencia de armas). Por ello, no cualquier ley que disponga una amnistía resulta legítima.

El Tribunal Constitucional ha establecido que las leyes de amnistía deben ser sometidas a un juicio de legitimidad constitucional para determinar si han respectado los límites formales y materiales de esta causa de extinción de la acción penal. Con respecto a los primeros señala que el dictado de una ley de amnistía sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Por tanto, además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad. Finalmente, la amnistía tampoco puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución, por lo que el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En virtud de ello, se deben declarar nulas las leyes que amnistían, por ejemplo, delitos de genocidio o contra la humanidad[3289].

[3288] Vid., Villa Stein, *Derecho Penal*, PG, p. 534.
[3289] STC Exp. N° 00679-2005-AA del 2 de marzo de 2007.

D. El derecho de gracia

El artículo 118, inciso 21 de la Constitución Política vigente reconoce la potestad presidencial de ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Al igual que la amnistía, el Tribunal Constitucional ha señalado que la gracia presidencial está sujeta también a límites formales y materiales. En cuanto a los primeros, se deben seguir "*los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución)*"[3290].

> "*En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial. Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger*"[3291].

[3290] STC Exp. N° 04053-2007-HC del 18 de diciembre de 2007, fundamento jurídico 25.
[3291] STC Exp. N° 04053-2007-HC del 18 de diciembre de 2007, fundamentos jurídicos 26 y s.

E. La cosa juzgada

La llamada cosa juzgada constituye un efecto procesal de la resolución judicial firme que impide que lo que ya se ha resuelto sea nuevamente revisado en el mismo proceso o en otro proceso[3292]. Este instituto procesal se encuentra reconocido en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú, en donde se establece "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada", así como en el artículo 90 del CP que dispone que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada "(...) *se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó* (...)"[3293].

El fundamento de la cosa juzgada en materia penal se encuentra esencialmente en la seguridad jurídica que se le otorga al ciudadano de que no sufrirá una nueva ingerencia estatal por el mismo hecho que fue objeto ya de una decisión judicial[3294]. De esta forma, el ciudadano resulta protegido frente a la arbitrariedad o ligereza estatal en el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que puede decirse, junto con San Martín Castro, que "*el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionatoria, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso*"[3295].

El punto de partida de la cosa juzgada es que el fallo definitivo en sede penal no puede ser revisado en el mismo proceso o en otro proceso penal. No obstante, la cosa juzgada extingue la acción penal no sólo cuando se trata de un fallo expedido en sede penal, sino también de decisiones judiciales

---

[3292] Vid., en este sentido, San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 388; Villa Stein, *Derecho Penal*, PG, p. 535. Prefiere no hablar de efecto, sino de cualidad, Reátegui Sánchez, *La garantía*, p. 42.

[3293] STC 4587-2004-HC/TC del 29 de noviembre de 2005.

[3294] Vid., así, Sánchez Velarde, *Manual de Derecho procesal penal*, p. 354.

[3295] Vid., San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 106.

firmes procedentes de otros ámbitos jurídicos. En efecto, el artículo 79 del CP establece que se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito[3296]. Al expresar este dispositivo jurídico un supuesto de cosa juzgada, debe ser tenido en cuenta tanto si el proceso penal se inicia después de la emisión de la sentencia civil, como si se inició antes[3297].

Conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2006, el efecto de cosa juzgada de una resolución firme tiene ciertos límites subjetivos y objetivos. En cuanto a los primeros, la cosa juzgada solamente se puede sostener respecto del procesado o condenado. Respecto de los límites objetivos, la cosa juzgada requiere que se trate del mismo suceso histórico, así como del mismo fundamento[3298]. Este aspecto, que se le conoce también como "consideración procesal del hecho", debe entenderse en un sentido amplio, lo que implica abarcar los concursos de leyes, real de delitos o de ilícito administrativos, con exclusión de los casos de delito continuado y de concurso ideal de delitos, en el que el bien jurídico protegido es heterogéneo.

No hay duda que el carácter de cosa juzgada solamente puede predicarse de resoluciones judiciales que han adquirido firmeza. Sin embargo, el Tribunal Constitucional le ha dado también a ciertas decisiones fiscales un carácter equivalente al de cosa juzgada. En efecto, el Tribunal Constitucional sigue a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto señala que "*(l)a decisión del fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional -como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión* (...)"[3299]. En sintonía con esta idea, El Tribunal Constitucional ha señalado que "*las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio*

[3296] Igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía*, p. 43.
[3297] De otra opinión, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 297.
[3298] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía*, p. 44.
[3299] Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995.

Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal (...)"[3300].

F. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada

En el caso de delitos que se persiguen por acción privada o querella, como los delitos contra el honor, la acción penal se extingue si es que el sujeto pasivo del delito se desiste del ejercicio de la acción penal o transa con el autor del delito mediante un acuerdo conciliatorio (artículo 78 inciso 3 del CP). En la medida que el delito ha afectado intereses de carácter estrictamente personal, se le da la posibilidad a la víctima de poder decidir sobre la prosecución del proceso penal. El artículo 464 del CPP regula expresamente el desistimiento y la transacción en los procesos especiales por delito de ejercicio privado de la acción penal, precisando que si el querellante se desiste de la querella no podrá intentarla de nuevo.

2. Las causa de extinción de la pena

Las causas de extinción de la pena se presentan en los casos en los que existe una sanción penal impuesta cuyo cumplimiento se extingue por ciertas circunstancias especiales. Estas causas se mencionan expresamente en el artículo 85 del CP, de las que nos ocuparemos individualmente en lo que sigue.

A. La muerte del condenado

Como causa de extinción de la acción penal se mencionó la muerte del imputado. Pero si la muerte del autor del delito se produce cuando éste está cumpliendo la condena impuesta (condenado), la acción penal no se extingue, sino la ejecución de la pena[3301]. Por esta razón, el artículo 85 del CP contempla la muerte del condenado como una causa de extinción de la pena.

[3300] STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC del 22 de septiembre de 2008, fundamento jurídico 15; STC Exp. N° 01887-2010-PHC/TC del 24 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 17.

[3301] Así, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código Penal anotado*, p. 92.

B. La prescripción de la pena

La pena impuesta al autor por resolución firme prescribe si no se cumple en el tiempo que fija la ley para la prescripción de la acción penal, es decir, el máximo de la pena prevista para el delito del que se trate. El fundamento de la figura de la prescripción de la pena reside en que el retardo en el cumplimiento de la pena impuesta repercute en la función asignada a la pena, por lo que la demora en su ejecución hace que se pierda la necesidad punitiva que motivó su imposición judicial[3302]. El plazo de prescripción se cuenta desde el día en el que la sentencia condenatoria quedó firme[3303]. Este plazo de prescripción se interrumpe por el comienzo de la ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso[3304]. En el caso de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción de la pena comienza a correr desde el día de la revocación[3305]. En este ámbito existe también una prescripción extraordinaria igual al plazo ordinario más una mitad.

C. El cumplimiento de la pena

Se trata de la forma regular de extinguir la pena. Así como el pago extingue la obligación civil, el cumplimiento de la pena produce el mismo efecto respecto de ésta[3306]. El cumplimiento de la pena no se alcanza con la obtención de la libertad condicional[3307], pues mientras se mantenga dicho beneficio la pena no se habrá cumplido. Del mismo modo, la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio solamente alcanzarán la extinción de la pena cuando se haya cumplido el período de prueba sin una revocación o ampliación.

El artículo 69 del CP establece que cuando el condenado cumple la pena impuesta o ésta se extingue de algún otro modo, queda rehabilita-

---

[3302] Similarmente desde consideraciones preventivas, QUINTERO OLIVARES, *InDret* 2/2008, p. 6.

[3303] En la legislación penal española se contempla también como punto inicio del cómputo del plazo de prescripción el quebrantamiento de la condena si es que ésta hubiese empezado a cumplirse. Vid., al respecto, QUINTERO OLIVARES, *InDret* 2/2008, p. 9. En la doctrina nacional hace mención también al supuesto de la pena interrumpida en su ejecución, ANGULO ARANA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, pp. 79, 83.

[3304] ANGULO ARANA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 84.

[3305] ANGULO ARANA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 85.

[3306] Por eso, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 33/7, destaca la mentalidad civilista de esta regulación.

[3307] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L 33/8.

do sin más trámite. Los efectos de la rehabilitación son dos: Por un lado, restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia (lo que no comprende la reposición en los cargos, comisiones o empleo de los que fue privado con la sentencia) y, por el otro, cancela los antecedentes penales, judiciales y policiales. La incorporación de las agravantes genéricas de la reincidencia y habitualidad ha llevado a diferenciar dos formas de rehabilitación en el caso de penas privativas de libertad por la comisión de un delito doloso: una provisional y otra definitiva. Con el cumplimiento de la pena se da una rehabilitación provisional hasta por cinco años, luego de los cuales, sin que me un acto de reincidencia, la cancelación será definitiva[3308].

D. La amnistía y el indulto

De la amnistía ya nos ocupamos como causa de extinción de la acción penal. La única particularidad que tiene como causa de extinción de la pena es que la ley entra en vigencia cuando el autor del delito amnistiado se encuentra ya condenado. En este sentido, no procede la extinción de la acción penal, sino de la pena.

El indulto, por el contrario, es únicamente una causa de extinción de la pena, en la medida que suprime la pena impuesta, es decir, que debe haber ya una condena. Se trata de una prerrogativa del Presidente de la República prevista en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución Política que debe ejercerse con respeto a la distribución de poderes. En este sentido, el perdón de la pena dispuesta por el Presidente debe sustentarse en argumentos de equidad, político-criminales o humanitarios.

El Tribunal Constitucional reconoce que el indulto es una facultad presidencial que está revestida del máximo grado de discrecionalidad, aunque esto no significa que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y en la más absoluta arbitrariedad[3309]. En consecuencia, el Presidente de la República puede ejercer libremente la facultad de otorgar un indulto a un condenado, siempre que se explicite una motivación razonable y no se afecten los valores fundamentales previstos en la Constitución. En este sentido, el indulto requiere observar ciertas condiciones de forma (motivación,

[3308] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2985.
[3309] STC Exp. N° 03660-2010-PHC/TC del 25 de enero de 2011, fundamento jurídico 3.

pues discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad) y de fondo (no desvirtuar valores constitucionales)[3310].

E. La exención de pena

La exención de pena se encuentra regulado en el artículo 68 del CP, en donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa. Dado que se trata de una facultad otorgada al juez, algunos califican a la exención de pena como un perdón judicial[3311]. Esta calificación no debe llevar, sin embargo, al falso entendimiento de que se está ante un acto de gracia judicial, en el que el juez puede liberar a discreción de la pena. La exención de pena cuenta con un fundamento objetivo que resulta necesario determinar en cada caso para su efectivo otorgamiento.

Algunos autores consideran que la exención de pena es un mecanismo que sirve para excluir los casos en los que no hay un merecimiento de pena por el insignificante grado de injusto y culpabilidad[3312]. Esta opinión no parece conveniente, pues si una conducta no reúne la suficiente entidad para constituir un delito, entonces no habrá que dispensarla de pena, sino que desde un principio se carece de legitimidad para imponerla. Por el contrario, mayor plausibilidad tiene el parecer que sostiene que la exención de pena se corresponde con criterios de oportunidad[3313], en la medida que resulta innecesaria la imposición de la pena en atención a la nimiedad del delito y la composición del conflicto. Si bien podría decirse que el artículo 68 del CP solamente exige que la levedad del delito, no debe desconocerse que, en la exposición de motivos, se vincula la exención de pena con el acuerdo entre las partes[3314]. Desde estas consideraciones, la exención de pena procede en aquellos casos en los que se produce una composición del conflicto que permite dejar de imponer la pena por su poca gravedad. Podría alegarse que, dada la existencia de los

---

[3310] STC Exp. N° 03660-2010-PHC/TC del 25 de enero de 2011, fundamento jurídico 9.

[3311] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2962.

[3312] En este sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 92.

[3313] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 25, n.m. 2963.

[3314] Sin embargo, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 519 y s., considera que la redacción del artículo 68 del CP no permite vincular la exención de pena a la composición, por lo que propone una redacción más explícita.

criterios de oportunidad en la normativa procesal penal, cabría solucionar estos casos durante el proceso sin esperar a la sentencia, lo que haría innecesaria la exención de pena. Sin embargo, puede ser que la composición no se haya conseguido en un primer momento o que existan ciertas limitaciones legales que no permiten su viabilidad a través del principio de oportunidad procesal. Nuevamente se constata cómo una institución de carácter sustantivo puede tener una correspondencia teleológica con una institución de orden procesal.

La levedad del delito para que proceda la exención de pena debe constatarse en un plano abstracto y concreto. En el plano abstracto, el delito debe estar conminado con una pena privativa de libertad que no supere los dos años, o con una pena de multa o limitativa de derechos. En el caso concreto, la responsabilidad penal debe ser mínima, lo que significa que el contenido del injusto concretamente cometido o la culpabilidad del autor por este injusto deben estar sustancialmente disminuidos. Conforme a los parámetros definidos en el artículo 68 del CP, la exención de pena no hace ninguna limitación en relación con los que pueden verse favorecidos por este supuesto de exclusión de la pena, por lo que debe proceder tanto para el autor como para el partícipe. La exención de pena no impide un pronunciamiento respecto de la reparación civil, lo que debe atender especialmente al acuerdo al que puedan haber arribado las partes[3315].

F. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada

El afectado por un delito tiene la posibilidad de perdonar la realización del delito con efectos en la persecución penal cuando se trate de delitos perseguibles por acción privada. Se trata de casos en los que ha tenido lugar una condena contra el autor del delito, pero el afectado procede a perdonarle por el delito. Anteriormente el perdón del ofendido tuvo incidencia también en ciertos delitos contra la indemnidad y libertad sexuales, pero en la actualidad se ha excluido esta causa de extinción de la pena en dicho ámbito para evitar su uso indebido.

[3315] Igualmente, Reátegui Sánchez, *Derecho Penal*, PG, p. 94.

LECCIÓN 21
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Introducción

Una de las orientaciones más importantes en la historia del Derecho Penal fue la escuela positivista italiana del siglo XIX, la que estudió el fenómeno criminal no desde la perspectiva del delito, sino del delincuente[3316]. Para el planteamiento positivista, la intervención jurídico-penal no tenía que sustentarse en la lesividad del hecho delictivo, sino en la peligrosidad del autor, de manera tal que el recurso al Derecho penal podía justificarse incluso con la sola presencia del estado peligroso del sujeto sin necesidad de la comisión de un hecho delictivo[3317]. Con independencia de los diversos cuestionamientos que se esgrimieron contra las ideas positivistas, sus puntos de partida tomaron cuerpo en la llamada teoría de la prevención especial, desarrollada en Alemania en el marco del proyecto político-criminal de VON LISZT[3318]. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos (delincuente ocasional). Pero si es que la pena impuesta al delincuente no le produce el efecto intimidante esperado, la teoría de la prevención especial establece que la pena tendrá que asumir, en este caso, la labor de corregir al sujeto inintimidable para que no vuelva a delinquir. Si finalmente el sujeto inimtimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

[3316] Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I., p. 721; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 153.

[3317] Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, p. 722; BORJA JIMÉNEZ, *LH-Bramont-Arias*, p. 25 y s.

[3318] Vid., VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I, p. 126 y ss.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico, no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de un injusto culpable[3319]. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial solamente alcanzó una fuerte influencia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta del siglo pasado. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización fue duramente cuestionada. Se le criticó, entre otras cosas, conducir finalmente a penas indeterminadas o muy severas[3320], en la medida que la liberación del delincuente sólo podía tener lugar si se le conseguía resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro[3321]. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena autorizaba a imponer al delincuente en el proceso de resocialización un determinado esquema de valores (el socialmente imperante[3322]), lo cual vulneraba el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas, incluidos los delincuentes[3323]. Por todo lo dicho, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad conforme lo dispone el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú. Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio[3324].

La introducción de la idea de la resocialización en la ejecución de la pena no es, sin embargo, la única incidencia del positivismo italiano en el sistema penal contemporáneo. De la mano de la llamada Escuela de la Política Criminal, la idea de la peligrosidad criminal logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal: Las llamadas medidas de seguridad[3325]. Se trata de medidas de carácter preventivo que se imponen a los sujetos

---

[3319] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 27.

[3320] Así la crítica de ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

[3321] Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, BARATTA, *LH-Peña Cabrera* (1991), p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

[3322] Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 17.

[3323] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

[3324] Vid., con mayores precisiones, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 32 y s.

[3325] Vid., así, BORJA JIMÉNEZ, *LH-Bramont-Arias*, p. 26; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 2990.

peligrosos para evitar que cometan nuevos hechos antijurídicos. Estas consecuencias jurídicas del delito no se asentaron, como las penas, en la culpabilidad del autor, sino en la lógica de la peligrosidad del autor y en la necesidad del tratamiento[3326]. De esta manera, el sistema de consecuencias jurídicas del delito asumió una doble vía, en tanto se permitía la imposición de penas y de medidas de seguridad[3327]. En esta lección nos vamos a ocupar de los aspectos centrales de las llamadas medidas de seguridad.

II. Fundamento y límites

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal exige, para la imposición de una medida de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes. Como puede verse, estas consecuencias jurídicas del delito no se sustentan en la culpabilidad del autor por el delito cometido, tal como sucede con las penas, sino en intereses públicos predominantes que el Estado debe resguardar. Al respecto debe señalarse que cuando una persona realiza una conducta antijurídica, puede suscitarse además el peligro cierto de que lo vuelva a hacer, lo que genera el interés público de evitar que ello suceda. No obstante, el interés público de eliminar o reducir el riesgo de nuevos hechos antijurídicos, no siempre autoriza la imposición de medidas específicas contra los sujetos peligrosos. En efecto, para ordenar una medida de seguridad no basta el interés público de eliminar o reducir la peligrosidad criminal, sino que este interés debe ser lo suficientemente relevante como para predominar sobre los derechos individuales (como el derecho a la libertad) que se afectarían con la imposición de la medida de seguridad[3328].

En principio, podría decirse que a la peligrosidad manifestada por el autor de un delito podría hacérsele frente con la imposición de la sanción

---

[3326] *Idem*. El sistema de doble vía fue considerado en textos legales por primera vez en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893 (vid., JORGE BARREIRO, *RPCP* 7-8, p. 285). Este sistema fue seguido por nuestro Código penal de 1924 (PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 154 y s.).

[3327] JORGE BARREIRO, en *LH-Juan del Rosal*, p. 726.

[3328] Así, el valor preponderante del cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad en las medidas de seguridad, FRISCH, *InDret* 3/2007, p. 23. En el mismo sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret* 2/2010, p. 5 y s., al señalar, en el marco de la legitimación de las medidas de seguridad, que "*conclusiones —o costes— graves precisan de premisas —o razones, cuando menos— equivalentes*".

penal correspondiente. Sin embargo, en el caso de inimputables peligrosos no se cuenta con sanciones penales que puedan desplegar algún tipo de efecto preventivo, mostrándose claramente insuficiente limitarse a las medidas de prevención ordinarias (por ejemplo, la labor de prevención policial). Por esta razón, si la fuente del peligro se encuentra focalizada en la personalidad anómala del agente y no cabe imponerle una pena por carecer de culpabilidad jurídico-penal, la colectividad tendrá el claro interés predominante de que el Estado tome algún tipo de medida preventiva específica sobre el inimputable peligroso. No se trata de castigar a un inimputable, sino de preservar a la colectividad de los riesgos de su personalidad desviada.

Pero no sólo en relación con inimputables cabe que el interés público de evitar hechos delictivos con medidas específicas sea predominante. También en el caso de ciertos sujetos imputables, en los que la sanción penal conforme a la culpabilidad se muestra insuficiente en términos preventivos, puede legitimarse la imposición de medidas de seguridad[3329]. Así sucede, por ejemplo, con los imputables relativos o con los imputables alcohólicos o drogadictos (artículo 77 del CP). En otros países incluso se ha tomado la decisión político-criminal de imponer medidas asegurativas respecto de imputables peligrosos después de cumplida su condena (la llamada custodia de seguridad), lo que evidentemente abandona el paradigma vicarial y asume un sistema de acumulación[3330]. Se trata de una medida excepcional aplicable a supuestos muy específicos, en los que la prognosis de reincidencia es bastante alta.

La predominancia del interés público de evitar nuevos delitos para legitimar la imposición de medidas de seguridad tanto a inimputables como imputables no debe entenderse desde una visión utilitarista que autoriza afectar los derechos de un individuo para beneficiar a la mayoría[3331]. Tal línea de pensamiento podría prescindir de la culpabilidad y hasta legitimar incluso medidas contra un sujeto inocente. Se ha ensayado, por eso, la posibilidad de introducir dentro del propio interés público, para evaluar su predominancia, la mejora del sujeto inimputable o con problemas de

[3329] Vid., ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 31.
[3330] Así, JAKOBS, *InDret* 1/2009, p. 10.
[3331] Una visión utilitarista que está implícita en la argumentación de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 54. Críticamente, SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret* 2/2010, p. 10 y ss.

adaptación social[3332]. Esta argumentación resultaría admisible en el caso de inimputables que no pueden autoadministrarse responsablemente, pues esta situación deficitaria autorizaría a la colectividad a asumir la gestión del ámbito personal peligroso del inimputable con la imposición de medidas[3333]. Tal fundamentación podría alcanzar incluso a los imputables relativos, siempre que la medida de seguridad a imponer recaiga sobre ámbitos que no puedan administrar responsablemente. Pero si se trata de imputables plenos peligrosos, la fundamentación precedente no resultaría de recibo, pues en estos casos sí existirá una autoadministración responsable del sujeto peligroso[3334]. Una justificación razonable sólo podría alcanzarse, si es que se le da a la medida de seguridad complementaria a la pena el carácter de una restricción de ámbitos de libertad ciudadana que se toma como contrapartida a la abierta inclinación responsable del imputable a cometer delitos[3335]. En nuestro país aún no se ha desarrollado esta moderna orientación de la política criminal, pero las actuales demandas de seguridad puede que pronto terminen por incorporarlas.

La legitimidad de las medidas de seguridad no autoriza su imposición de manera absolutamente discrecional. El hecho de que no se apoyen en la culpabilidad del autor, no significa que carezcan de algún criterio para controlar su imposición y medida. Al respecto se han desarrollado un conjunto de principios y garantías que deben rodear la imposición de las medidas de seguridad. En primer lugar, debe observarse el principio de legalidad, por lo que nadie podrá ser sometido a una medida de seguridad que no se encuentre establecida previamente en la ley (artículo II del Título Preliminar del CP). En segundo lugar, las medidas de seguridad solamente pueden ser impuestas por un juez, luego de que en juicio se haya acreditado que cometió una conducta antijurídica y se haya hecho patente su peligrosidad criminal con los correspondientes resguardos médicos. Pero posiblemente la garantía más destacable en la imposición de medidas de seguridad es el principio de proporcionalidad, a la que tiene que ajustarse cualquier me-

---

[3332] Así, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 95. Anteriormente WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 244 y s., hablaba de una admisibilidad ética frente al afectado por la medida de seguridad., en el sentido de un deber de tutela del Estado a los ciudadanos con un déficit de determinación moral.

[3333] Vid., JAKOBS, *InDret* 1/2009, p. 8.

[3334] Así, lo destaca SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret* 2/2010, p. 9 y s.

[3335] Por el contrario, con cuestionamientos a la legitimidad de este tipo de medidas, SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret* 2/2010, p. 22.

dida restrictiva de derechos de los ciudadanos[3336]. En este orden de ideas, la imposición de una medida de seguridad debe tener en consideración los distintos aspectos que determinan la proporcionalidad de una injerencia estatal y que, por lo tanto, la dotan de legitimidad.

La medida de seguridad debe ser primeramente idónea para conseguir la finalidad procurada por la norma, esto es, limitar o reducir la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del sujeto peligroso (juicio de idoneidad). Desde esta perspectiva resulta razonable asumir la transitoriedad de la medida de seguridad, en el sentido de que el cambio de situación (la ausencia de peligrosidad) puede dar lugar a una decisión inmediata de suspender la ejecución de la medida sin que sea necesario esperar la expiración de un plazo fijo[3337]. Esta idea está recogida legalmente en el artículo 77 del CP al permitir que en el caso del imputable relativo se prescinda de la pena si la medida de seguridad ha sido exitosa, así como judicialmente recogida en la sentencia vinculante R.N. N° 104-2005 Ayacucho.

En segundo lugar, las medidas de seguridad deben estar guiadas por el criterio de la necesidad (juicio de necesidad). Por lo tanto, se tendrá que prescindir de ellas si es que es posible conseguir la misma finalidad preventiva con medidas de carácter extrapenal menos gravosas. Pero además, aun cuando se llegue a la conclusión de que es necesaria la imposición de una medida de seguridad, habrá que optar siempre por la medida de seguridad menos gravosa que sea igualmente idónea para resguardar los intereses públicos predominantes[3338].

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto (juicio de proporcionalidad *stricto sensu*), el artículo 73 del CP establece que la imposición de las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la del que probablemente cometiera si no fuese tratado. Por lo tanto, no será legítimo imponer una medida de seguridad si la peligrosidad criminal no es relevante. De esta exigencia de la proporcionalidad se desprende un aspecto fundamental del sistema actual de medidas, a saber: que las medidas de seguridad no se pueden imponer con la sola existencia de hechos molestos o situaciones de marginalidad

[3336] Vid., ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 101 y s.
[3337] Así, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 96 y s.
[3338] Sobre la importancia del criterio de la necesidad, vid., FRISCH, *InDret* 3/2007, p. 30 y ss.

social, sino que se requiere un hecho antijurídico como un parámetro objetivo para sostener la razonabilidad de la injerencia[3339].

III. Naturaleza jurídica

La doctrina penal dominante le asigna a las medidas de seguridad el carácter de sanciones penales[3340]. Se sostiene que aunque la pena sea un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto la una como la otra constituyen privaciones o restricciones de derechos impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas auténticas "sanciones penales"[3341]. En esta línea, el precedente vinculante de la Corte Suprema R.N. N° 104-2005 Ayacucho, establece que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible.

Pese a lo extendido del parecer doctrinal antes mencionado y la adhesión de la Corte Suprema del Perú, consideramos que esta interpretación yerra al darle a las medidas de seguridad (post-delictuales) el carácter de sanción penal por el solo hecho de constituir restricciones de derechos impuestas en un proceso penal[3342]. Con esa misma lógica habría que darle el carácter de sanción penal a la multa que el juez impone en el ejercicio de su poder disciplinar al abogado que altera el orden de la sala. Una medida restrictiva de la libertad o de otros bienes jurídicos solamente puede alcanzar el carácter de sanción penal si es que es consecuencia de un juicio de culpabilidad hecho por el juez penal con base en los criterios de imputación jurídico-penales. Si la imposición de una medida restrictiva de derechos por parte de un juez no se ajusta al criterio de la culpabilidad penal, no podrá hablarse, en sentido estricto, de una sanción penal.

Tal como ya lo indicamos, las medidas de seguridad se sustentan en el criterio de la peligrosidad, el cual no es más que una especificación o

---

[3339] Vid., ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 224.

[3340] En el Perú, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 156; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 2993. En España, BORJA JIMÉNEZ, en *LH-Bramont Arias*, p. 27.

[3341] BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 256.

[3342] También críticos se muestran en esta línea GONZÁLEZ RIVERO, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 609 y s.

adaptación al proceso penal de la idea más general de peligro social. Este criterio orienta la actividad asegurativa y coercitiva de la Administración Pública en atención al bien común. Por lo tanto, las medidas de seguridad no constituyen sanciones penales, sino medidas administrativas orientadas por el bien común[3343]. El argumento de que solamente dotando a las medidas de seguridad de un carácter penal podría asegurarse el debido respeto de las diversas garantías del ciudadano[3344], resulta cuando menos engañoso, pues las garantías individuales que evitan una ingerencia abusiva del Estado son aplicables a cualquier medida que restrinja o limite los derechos de los ciudadanos[3345].

IV. Los presupuestos

Tal como lo establece el artículo 72 del CP, las medidas de seguridad se aplican cuando concurran dos requisitos. En primer lugar, el inciso 1 del referido artículo exige que el agente haya realizado un hecho previsto como delito. De fundamental importancia es precisar qué se entiende por "hecho previsto como delito". Dado que las medidas de seguridad suponen, en principio, un sujeto inimputable, no parecería correcto exigir la realización de un injusto culpable. A partir de esta idea, la doctrina penal es prácticamente unánime al requerir solamente la realización de un hecho típico y antijurídico (esto es, un injusto penal) para la imposición de una medida de seguridad[3346]. Esta exigencia trae como consecuencia además que estén fuera del ámbito penal la posibilidad de imponer medidas de seguridad pre-delictivas[3347], como eran las contempladas en la antigua la ley de vagancia que estuvo vigente en nuestro país hasta 1986.

La rigidez del presupuesto de la realización de un injusto penal se ha empezado, sin embargo, a relativizar, en la medida que se ha planteado la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas que actúan

---

[3343] Así, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 31, habla de "*una respuesta de tipo de administrativo o de seguridad pública*".

[3344] Como lo hace ZUGALDÍA ESPINAR, *PJ* 46, p. 331, respecto a las consecuencias accesorias. Críticamente, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 230.

[3345] Por eso, señala correctamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 610, que las garantías de las medidas de seguridad encuentran su legitimidad no en el Derecho penal, sino en la Constitución.

[3346] Vid., ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 221.

[3347] Así, FRISCH, *InDret* 3/2007, p. 28.

sin dolo o culpa, faltándole, por tanto, a su conducta el carácter de típica (por falta de tipicidad subjetiva[3348]). Piénsese en aquella persona que sufre algunas distorsiones en la percepción que le impiden representarse la realidad correctamente o que carece absolutamente de una capacidad de inhibición. ¿Podría decirse que en estos casos su actuación fue intencional? Bajo estas circunstancias, el presupuesto del injusto penal en las medidas de seguridad requiere reconfigurarse, de manera que permita la imposición de estas medidas en los casos anteriormente mencionados. En este sentido, el presupuesto consistente en "haber realizado un hecho previsto como delito" debe entenderse en un sentido fundamentalmente objetivo, como realización de una conducta objetivamente desvalorada que lleva a la afectación de un bien jurídico.

El segundo presupuesto para la imposición de una medida de seguridad está contemplado en el inciso segundo del artículo 72 del CP. Se trata de la llamada peligrosidad criminal, la cual se determina por un pronóstico del juez penal que, sobre la base del hecho cometido y la personalidad del agente, le lleva a concluir que existe una actitud de decisión del agente de volver a cometer nuevos delitos[3349]. Este juicio de prognosis lo tiene que hacer el juez, aunque es lógico que se base en los datos ofrecidos por las pericias psicológicas que se practiquen sobre el agente. El juez debe llegar al convencimiento de que el agente en libertad volvería a cometer nuevos hechos delictivos en los contextos de interactuación usuales. No obstante, debe precisarse que no se trata de una íntima convicción judicial, sino que debe existir una situación a la que, desde la perspectiva de la generalidad, se le asigna un potencial lesivo suficiente para perturbar la tranquilidad pública[3350]. Por esta razón, a la comunidad se le hace intolerable que el Estado omita frente a esta situación una labor de prevención específica.

Los presupuestos mencionados para la imposición de las medidas de seguridad parecerían limitar los sujetos pasibles de estas medidas a los inimputables. Sin embargo, nuestro propio Código Penal establece que las medidas de seguridad se pueden imponer también a imputables relativos o a drogadictos o alcohólicos imputables. En este orden de ideas, puede

---

[3348] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 867 y ss.

[3349] En esta línea, FRISCH, *InDret* 3/2007, p. 26 y s., cuestionando el recurso a simple datos estadísticos o de grados de probabilidad para hacer la prognosis criminal.

[3350] Así el planteamiento normativista de FRISCH, *Prognoseentscheidungen*, en Frisch/Vogt (Hrsg.), p. 75 y ss.

ser que el presupuesto del injusto sea incluso un injusto culpable. En estos casos, la medida de seguridad que recae sobre el imputable relativo o el imputable con problemas de adicción o alcoholismo, se le impone en atención a la peligrosidad criminal que manifiesta con la realización del delito y sus condiciones personales. Dada la imputabilidad del agente, éste podrá recibir conjuntamente una pena (en algunos casos disminuida en función de su culpabilidad) y una medida de seguridad por la peligrosidad criminal a la que llega el juez con un juicio de prognósis.

V. Clases

En la doctrina penal se suelen distinguir dos clases de medidas de seguridad: Las curativas y las asegurativas. Las primeras se orientan a eliminar las causas de la peligrosidad, mientras que las segundas se limitan a proteger a la sociedad del autor peligroso[3351]. Si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal le asigna a las medidas de seguridad una función sustentada en el aspecto curativo (curación, tutela y rehabilitación), no es posible excluir el efecto asegurativo en las medidas de seguridad previstas. El artículo 71 del CP establece cuáles son las medidas de seguridad que se pueden imponer al sujeto peligroso: la internación y el tratamiento ambulatario. Es evidente que en ambas medidas se aprecia un componente curativo fundamental, pero no puede negarse en la primera la incidencia de una función asegurativa.

En efecto, la internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable o sujeto peligroso en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con fines terapéuticos o de custodia[3352]. Se trata de una medida privativa de la libertad que apunta a cumplir una función eminentemente curativa y asegurativa del agente peligroso. Por su parte, el tratamiento ambulatorio, como su propio nombre lo dice, consiste en un tratamiento con fines terapéuticos o de rehabilitación que se hace sin privar de la libertad al imputable relativo. Se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad con una función predominantemente de rehabilitación[3353].

[3351] Vid., ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 30.

[3352] Crítico ante la reducción de opciones de las medidas de seguridad, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 163.

[3353] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 26, n.m. 3031.

Conforme al precedente vinculante R.N. N° 104-2005 Ayacucho, la medida de internación sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves (hay que entender que se refiere también a los imputables relativos). La duración de esta medida no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que le hubiera correspondido al sujeto peligroso por el delito cometido. No se trata de la pena abstracta sino de la pena concreta que se le habría impuesto al autor. El tiempo de duración del internamiento dispuesto por el juez no es de necesario cumplimiento, pues el artículo 75 del CP dispone que cada seis meses la autoridad del centro de hospitalario o de rehabilitación remita al juez penal una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido. De ser éste el caso, del juez hará cesar la medida de internación impuesta.

Cuando la medida de internamiento se aplique a un imputable relativo, el juez dispondrá que esta medida se cumpla antes que la pena que se corresponde a su culpabilidad. El artículo 77 del CP se pone en este caso y se adhiere a lo que se conoce como el sistema vicarial[3354], al disponer que el tiempo de privación de la libertad que implique el internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la pena. El dispositivo penal es incluso más flexible, en la medida que autoriza al juez a dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento.

VI. El proceso de seguridad

El nuevo Código Procesal Penal ha incorporado, como un proceso especial, el llamado proceso de seguridad. Este proceso especial sirve para el juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionadas con medidas de seguridad de internación[3355]. No se comprende, por el contrario, a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o las drogas, a los que también cabría imponer, dado el caso, medidas de seguridad de internación[3356]. En estos supuestos, se aplicarán siempre las reglas procesales que rigen el proceso común, pues existe un ámbito

[3354] BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 291, con apreciaciones críticas.
[3355] Vid., SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, p. 378.
[3356] Vid., NEYRA FLORES, *Manual*, p. 450.

de culpabilidad que debe determinarse con base en la normativa procesal ordinaria. Pero si se trata de inimputables, el artículo 456 del CPP establece los casos en los que procede instaurar un proceso especial de seguridad.

En primer lugar, la situación de inimputabilidad puede ser definida judicialmente durante la investigación preparatoria o durante el juicio, de oficio o a petición de parte. En efecto, el artículo 75 del CPP le da al Juez de la investigación preparatoria o al Juez penal colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, la potestad de ordenar un examen al procesado por un perito especializado. Con el informe pericial convoca a una audiencia con participación de las partes y del perito en la que, de estimar acreditada la inimputabilidad del procesado, dispone el inicio de un proceso especial de seguridad. Como puede verse, esta primera vía de acceso a la aplicación del proceso de seguridad depende de una iniciativa y decisión jurisdiccional.

En segundo lugar, el proceso de seguridad puede tener lugar al terminar la etapa de la investigación preparatoria. Si el Fiscal considera que el procesado es un inimputable y por su peligrosidad cabría aplicarle una medida de seguridad de internación, dispondrá la realización de diligencias de investigación imprescindibles sobre el hecho cometido, así como aquellas de carácter pericial que permitan consolidar y sustentar su posición. Posteriormente procederá a formular su requerimiento de apertura de juicio oral y su requerimiento de aplicación de la medida de seguridad de internación, precisando su extensión temporal. La regulación procesal establece que el Fiscal deberá observar los mismos requisitos que se exigen para la elaboración de una acusación y la solicitud de una pena. Esta segunda vía de acceso al proceso de seguridad queda, pues, en las competencias específicas del Fiscal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 457 inciso 4 del CPP establece que el Juez de la Investigación Preparatoria puede rechazar el requerimiento de imposición de medidas de seguridad formulado por el Fiscal, si considera que corresponde aplicar una pena, siendo esta decisión susceptible de apelación con efecto suspensivo.

Finalmente, el proceso de seguridad puede iniciarse en el contexto de una desacumulación de procesos. Si en un proceso se encuentran implicados varios imputados y uno o más son inimputables, se dispondrá la desacumulación de los cargos contra estos últimos y se les hará un juzgamiento independiente conforme a las reglas del proceso de seguridad. La ley no hace alusión alguna a la competencia sobre cada procesado y al procedimiento, por lo que puede asumirse razonablemente que será el mismo juez

penal el que habrá de realizar ambos juzgamientos de manera paralela o secuencial. Ello también resulta justificado, pues, el objeto de prueba será siempre el mismo hecho punible que fue materia de la investigación preparatoria y del requerimiento fiscal[3357].

En el artículo 457 del CPP se establece un conjunto de reglas especiales que deben observarse en la realización de un proceso de seguridad. En principio, se deben observar las disposiciones procesales que correspondan al juzgamiento en el proceso común[3358], ajustándose a la calidad del procesado, así como a los fines específicos de su juzgamiento. En este sentido, la representación procesal del inimputable y, por ende, el ejercicio de sus facultades y derechos serán asumidos por su curador, salvo las actuaciones judiciales que sean de carácter personal, como los interrogatorios o reconocimientos[3359]. No obstante, debe tenerse presente que si el estado del procesado inimputable no permite que pueda ser interrogado, se podrá prescindir de ello.

Prado Saldarriaga hace una atingencia acertada a un error de redacción del Código Procesal Penal, pues vincula el proceso de seguridad con los inimputables que se encuentran "*en la situación prevista en el artículo 20º.2 del Código Penal*", cuando esta disposición sustantiva no regula la imputabilidad por anomalía psicopatológica, sino por minoría de edad, lo que el propio Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 18 inciso 2, excluye del proceso penal común[3360]. En consecuencia, hay que entender que el Código Procesal Penal hace referencia, más bien, a la imputabilidad prevista en el artículo 20 inciso 1 del CP.

El juicio en el proceso de seguridad se debe desarrollar sin la presencia de público. Esta regulación es una excepción al principio y garantía de la publicidad del juicio oral. Sin embargo, se encuentra plenamente justificada por la calidad del procesado y la necesidad de no afectar su dignidad de persona[3361]. Incluso se puede prescindir de la presencia del inimputable procesado durante el juzgamiento por su estado de salud o razones de orden o de seguridad. Estas situaciones durante el juzgamiento se compensan

---

[3357] Así, PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 23 y ss
[3358] Igualmente, NEYRA FLORES, *Manual*, p. 451.
[3359] Así, PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 24.
[3360] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 24 y s.
[3361] Así, PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 25.

con la presencia obligatoria de su representante procesal y de su abogado defensor. Cuando el procesado no concurra por las causales aludidas al juzgamiento, se le podrá interrogar con anterioridad al juicio y con orientación de un perito. Este interrogatorio previo sólo podrá tener lugar si, a juicio del perito, la condición del procesado lo permite. En caso de no poder contar con la presencia del perito en el juicio o con una declaración previa, se podrán leer todas sus declaraciones anteriores sobre el objeto de prueba[3362].

En el proceso de seguridad el interrogatorio del perito en el juicio es imprescindible. Se trata del perito que examinó y emitió el dictamen sobre el estado de inimputabilidad o enfermedad mental del procesado. Al respecto Prado Saldarriaga señala dos aspectos complementarios. Primero, que en el juicio se puede disponer, a resultas del interrogatorio practicado al perito, que se amplié el examen practicado al procesado por un nuevo perito. Segundo, que el interrogatorio, pese a que no lo dice la ley, deberá de focalizarse en torno a la peligrosidad potencial del procesado (probabilidad de que cometa en el futuro nuevos actos de carácter delictivo y considerablemente graves); y sobre la duración probable de su tratamiento (necesidad mínima y máxima del régimen de internación)[3363].

El Código Procesal Penal señala finalmente que la sentencia versará sobre absolución o sobre la aplicación de la medida de seguridad solicitada. La doctrina nacional ha cuestionado la concisión de estas disposición, pues dada su novedad en nuestro medio del proceso de seguridad, debieron desarrollarse pautas más detalladas en torno al contenido y fundamentación del fallo de aplicación de la medida de seguridad de internación. Prado Saldarriaga sostiene, por ejemplo, que la sentencia debe precisar aspectos como la realización probada del hecho imputado, la vinculación directa o indirecta del procesado con la realización del hecho imputado, la condición acreditada de inimputabilidad del procesado al momento de la realización del hecho punible, el pronóstico de peligrosidad subjetiva futura del procesado, la necesidad del tratamiento, así como de sus características y duración para el caso concreto[3364]. Adicionalmente, Neyra Flores precisa que también debe haber un pronunciamiento sobre la reparación civil que

[3362] Vid., NEYRA FLORES, *Manual*, p. 453.
[3363] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 26.
[3364] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 27 ys.

no forma parte de la pena y que, por lo tanto, no cabe excluirla de un proceso de seguridad[3365].

El Código Procesal Penal contempla también la posibilidad de transformar dicho proceso en un proceso común. Dicha transformación procede cuando de los debates e interrogatorios realizados en el juicio oral, se advierta que no corresponde el proceso de seguridad y que es posible imponerle una pena al procesado. El Juez dictará la resolución de transformación del proceso y advertirá de su decisión al imputado para que éste pueda argumentar lo conveniente a su defensa, dando la posibilidad de intervención a las otras partes procesales. En relación con esta decisión, la normativa procesal no establece la posibilidad de impugnación. Pero hay que coincidir con Prado Saldarriaga que, dada la trascendencia y el efecto de la misma, el recurso de apelación debe ser autorizado[3366]. Una vez firme la resolución de transformación, se debe *suspender el juicio* para reiniciarse antes del octavo día conforme al inciso 3 del artículo 360 del CPP.

La normativa procesal se pone también en el caso que sea el Fiscal el que advierta la necesidad de transformar el proceso. En tal caso, se deberá proceder de manera similar al supuesto procesal de la acusación ampliatoria o complementaria. El Fiscal deberá, por tanto, observar las reglas específicas que definen los incisos 2 y 3 del artículo 374 del CPP, adecuando su acusación a las circunstancias del hecho punible y a la pena correspondiente. El juicio deberá suspenderse para que los otros sujetos procesales puedan adaptarse al nuevo requerimiento Fiscal y al nuevo esquema del debate. La suspensión no podrá exceder de 5 días y permitirá a la defensa ofrecer las pruebas que sean pertinentes a su posición procesal. En cualquier caso, la normativa penal establece la necesidad de se preserve siempre dentro del nuevo juicio la correlación entre acusación y defensa. Si es que el procesado no estuvo presente en el desarrollo del juicio que se le seguía conforme al proceso de seguridad, se deberá repetir con presencia del procesado todas aquellas actuaciones del juicio que se realizaron en su ausencia.

[3365] Vid., NEYRA FLORES, *Manual*, p. 454 y s.
[3366] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 29 y s.

LECCIÓN 22
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. Introducción

Las consecuencias accesorias se regulan en nuestro Código penal en los artículos 102 y siguientes. Como lo puede constatar una rápida lectura a estos artículos, dentro de la nomenclatura de "consecuencias accesorias" se agrupan medidas de diversa naturaleza que difícilmente podrían reducirse a un único criterio[3367]. En común solamente tienen dos aspectos. En primer lugar, queda claro desde la sistemática legal que las consecuencias accesorias no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco conceptos que se integran en la reparación civil por el daño producido. En segundo lugar, que estas reacciones jurídicas se caracterizan por ser accesorias, es decir, que dependen de la existencia de un injusto penal principal, sin el cual no sería posible imponerlas[3368]. Pese a estos aspectos comunes, la determinación del fundamento de cada una de ellas requiere una exposición diferenciada. En lo que sigue nos ocuparemos precisamente de entrar en las particularidades de cada una de las medidas agrupadas en el título general de consecuencias accesorias.

II. Clases

1. El decomiso

El decomiso no está contemplado como una pena en nuestro ordenamiento penal, a diferencia, por ejemplo, de la regulación anterior española[3369].

[3367] Vid., en este sentido, Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 387; Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 168.

[3368] Similarmente, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p.174 y s.

[3369] Como bien lo apunta Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 391 y s., este diferente tratamiento tiene repercusiones prácticas muy importantes, pues si se tratara de una pena se requerirá siempre la culpabilidad del autor, así como su aplicación

Si no constituye una pena, surgirá la pregunta lógica de qué tipo de medida se trata. El legislador ha previsto dos clases de decomiso: El decomiso de objetos, instrumentos o efectos del delito regulado en el artículo 102 del CP y el decomiso de las ganancias ilícitas de una persona jurídica regulado en el artículo 104 del CP. En la medida que ambas formas de decomiso se regulan de manera diferenciada, hay que suponer que tienen un fundamento distinto.

A. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito

a. Fundamento

La redacción original del artículo 102 del CP establecía que el juez podía decidir el decomiso o pérdida de los efectos (*productum scaeleris*) y de los instrumentos del delito (*instrumentum scaeleris*)[3370]. Dentro de los primeros se consideraba los objetos que resultaban del delito como la droga, el dinero falsificado o los bienes con marca falsificada[3371], mientras que por instrumentos se entendían los objetos utilizados para la ejecución del delito. El fundamento por el cual el juez podía decretar el decomiso se encontraba en la peligrosidad objetiva de estos instrumentos o efectos del delito, en el sentido de que podían ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos[3372]. En consecuencia, el decomiso resultaba procedente cuando el juez hacía un juicio de prognosis positivo sobre el futuro uso delictivo del instrumento o efecto del delito[3373].

La situación ha cambiado radicalmente con la nueva redacción del artículo 102 del CP, en la que el decomiso se prevé para los objetos, instrumentos y efectos del delito[3374]. Hay dos aspectos que merecen destacarse en la

---

personalísima, lo que significa que no podrían decomisarse objetos que no le pertenecieran al autor culpable.

[3370] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p 210. Similarmente en la *Einziehung* alemana, vid., ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 74, n.m. 8 y s.; ACHENBACH; *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23 y ss.

[3371] Críticamente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p 212, alegando que no puede identificarse el objeto del delito con el efecto del delito. Esta discusión ha perdido piso con la actual redacción del artículo 102 del CP que recoge ambos supuestos dentro de la figura del decomiso.

[3372] Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p.198 y ss.

[3373] En este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 396. En este sentido, una referencia a la medida del decomiso contra empresas, ACHENBACH, *FS-Stree/Wessels*, p. 549.

[3374] En el Derecho Penal Alemán, se diferencia el decomiso de instrumentos y efectos (*Einziehung*, § 74 StGB) de la confiscación (*Verfall*, § 73 StGB) que incluye también el

reforma. En primer lugar, que lo que antes se entendía como efecto del delito, se le llama ahora objeto de la infracción penal. En segundo lugar, la reforma orienta el sentido del término "efectos del delito" a los beneficios del delito, dentro de los que se incluyen expresamente los bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente del delito. En este nuevo contexto de redacción, el fundamento de la peligrosidad objetiva decae como fundamento común del decomiso, pues, por ejemplo, las ganancias procedentes del delito no tienen esa peligrosidad que sustentaba el decomiso en la anterior regulación.

La nueva regulación del decomiso obliga a distinguir el fundamento de su procedencia en función de la cosa sobre la que recae. En el caso del objeto del delito, hay que entender, por tal, el objeto sobre el que recae la acción delictiva (como las mercancías en el contrabando) o el que resulte inmediatamente del delito (como la droga en la elaboración ilícita de droga o el dinero falso en la falsificación de moneda). En estos supuestos, el decomiso procede por la peligrosidad de los objetos resultantes del delito para afectar los bienes jurídicos que se procuran preservar, como por ejemplo, el comercio exterior, la salud pública o el orden monetario. Así, por ejemplo, si los bienes que el contrabandista introduce ilegalmente no se decomisaran, entonces dichos bienes podrían terminar entrando en el tráfico patrimonial interno, afectando el orden del mercado interno. El delito deja objetos que podrían terminar lesionando el bien jurídico penalmente protegido, si es que no se decomisan.

El decomiso de los instrumentos del delito se sustenta igualmente en una peligrosidad objetiva, pero referida concretamente a su posible uso para la comisión de nuevos delitos similares[3375]. No se trata solamente de la incorporación del instrumento como prueba del delito, sino de su incautación para retirarlo del ámbito de disposición del procesado o de terceras personas. Así, por ejemplo, la máquina utilizada para fabricar billetes falsos debe ser decomisada, si no se quiere que vuelva a ser utilizada con los mismos fines delictivos. De igual manera debe procederse con instrumentos del delito especialmente peligrosos como las armas de fuego, los explosivos, etc. Por el contrario, si los bienes utilizados como instrumentos en el delito no tienen esa peligrosidad objetiva, no cabrá su incautación con fines

---

decomiso de las ganancias ilícitas en el caso de las personas jurídicas (*Mehrerlösabführung*). La regulación diferenciada se explica en que los fundamentos no son los mismos.

[3375] Igualmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 221; GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 50.

de decomiso, sino, en todo caso, su conservación por razones de la investigación (prueba material) o su embargo para hacer frente a la eventual reparación civil por el daño producido, siempre que sobre el propietario pueda ejercerse la acción civil.

Los efectos del delito a los que hace referencia la nueva redacción del artículo 102 del CP dejan de referirse a los aspectos inmediatos del delito para centrarse en la rentabilidad del delito. Por efectos del delito se entiende ahora bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal. Como puede verse, estos objetos no tienen una peligrosidad objetiva como sucede con el objeto o los instrumentos del delito, por lo que el fundamento de su decomiso no puede ser dicha peligrosidad. En nuestra opinión, el decomiso de bienes o ganancias de origen ilícito se fundamenta en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida, por lo que no podrá admitirse un incremento patrimonial mediante la comisión de delitos[3376]. Se trata, por lo tanto, de un mecanismo de redistribución que tiene lugar en el proceso penal ante un enriquecimiento sin causa lícita (cuasi enriquecimiento sin causa)[3377]. Este parecer obligaría a que el decomiso de las ganancias se ajuste a la ganancia neta, pues si se dirige al ingreso bruto, entonces se desbordaría el fundamento del cuasi enriquecimiento sin causa y se entraría en un ámbito propiamente punitivo de pérdida hasta de lo invertido[3378].

El que los efectos del delito se definan de forma extensiva requiere, sin embargo, establecer algún tipo de limitación, pues, de lo contrario, podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal. Se deben encontrar ciertas limitaciones normativas a la vinculación causal que permitan mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado. En primer lugar, puede mencionarse el caso de la mezcla de las ganancias del delito con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en efectos del delito, lo cual no parece ser lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como

---

[3376] Vid., GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 49 y s.

[3377] Así, un sector importante de la doctrina penal alemana habla de una medida de compensación por un cuasi enriquecimiento sin causa (*quasi-kondiktionelle Ausgleichsmassnahme*), tal como lo informa ESER, StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder, § 73, n.m. 18, con mayores referencias bibliográficas.

[3378] Así, ESER, StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder, § 73, n.m. 19.

una mancha de aceite[3379]. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre que tenga cierta significancia en el conjunto. En segundo lugar, hay que mencionar los casos de transformación, en el que el bien original se transforma en otro distinto. Para que en estos casos se pierda la vinculación con el delito previo, debe tratarse de una transformación esencial que cambie incluso la naturaleza del bien originario. En tercer lugar, la procedencia delictiva debe limitarse cuando existe una adquisición de buena fe[3380].

Es importante destacar que el artículo 102 del CP establece un límite negativo expreso al decomiso de bienes o ganancias procedentes del delito. En efecto, el mencionado dispositivo señala que no procede el decomiso en el proceso penal si los efectos del delito están sometidos a un proceso autónomo. La normativa se está refiriendo al proceso de pérdida de dominio, en virtud del cual el juez penal puede extinguir el dominio sobre bienes de procedencia ilícita, siempre que se demuestre esa procedencia (Ley 29212). Como puede verse, no se trata de una limitación material al decomiso de efectos del delito, sino de una norma de preeminencia procesal en relación con los procesos de pérdida de dominio.

b. Procedencia

El decomiso de los objetos, instrumentos o efectos procede cuando están en referencia con una infracción penal. Muy importante será entonces determinar el alcance del término "infracción penal". En primer lugar, debe señalarse que este término no debe interpretarse en un sentido amplio como hecho punible, sino en el sentido estricto de injusto penal. En consecuencia, para que proceda el decomiso basta con que se haya realizado previamente un hecho típico y antijurídico sin que sea necesaria la culpabilidad del autor[3381]. En segundo lugar, la expresión "infracción penal" no debe reducirse a los delitos en sentido estricto, sino que debe abarcar las faltas[3382]. En tercer lugar, el decomiso procede tanto en los delitos dolosos como culposos, pues tanto los unos como los otros resultan abarcados

---

[3379] Vid., así, en el caso del lavado de activos ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 210.

[3380] Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 281.

[3381] Igualmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 207; GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 51; QUISPE MEJÍA, en *Estudios críticos*, p. 312.

[3382] Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 206; GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 51.

por el término "infracción penal"[3383]. Finalmente, también la tentativa del delito constituye una infracción penal, por lo que el decomiso de los instrumentos del delito también será procedente[3384].

El artículo 103 del CP establece un supuesto en el que el decomiso es facultativo o, en todo caso, sólo parcial. Según este dispositivo, el juez podrá no decretar el decomiso o hacerlo sólo parcialmente si es que los efectos o instrumentos del delito no son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal. Hay que precisar, sin embargo, que el artículo 103 se ha quedado con la redacción anterior del artículo 102 del CP, pues hace referencia solamente a los instrumentos y efectos del delito. Por eso, resulta necesario que en una futura modificación legislativa se ordene adecuadamente esta regulación especial del decomiso. Con la redacción actual, el decomiso facultativo o parcial procedería solamente respecto de los objetos e instrumentos del delito, por lo que en el caso de los efectos, que en la nueva regulación del artículo 102 del CP se refieren fundamentalmente a los beneficios del delito, el decomiso sería siempre procedente[3385]. Para que el juez pueda prescindir de decomisar los objetos o instrumentos del delito, o hacerlo sólo parcialmente, resultan necesarias dos condiciones: que se trate de bienes de lícito comercio y que su valor no sea proporcional con la gravedad de la infracción. Como se puede ver, esta regla impregna el decomiso del principio de proporcionalidad[3386]. Así, por ejemplo, el juez podrá no decretar el decomiso de la maquinaria pesada con la que se lesionó levemente a un trabajador.

El hecho que los objetos, instrumentos o efectos del delito se encuentren en poder de terceros no afecta la procedencia del decomiso. En la redacción

---

[3383] No obstante, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 226, hace una reducción teleológica del término infracción penal y lo limita a los delitos dolosos. Del mismo parecer, GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 52.

[3384] Igualmente, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397, yendo incluso más allá, pues también estima procedente el decomiso en el caso de actos preparatorios punibles. La discusión puede llegar a ser terminológica, pues podría considerarse que la realización de un acto preparatorio punible constituye ya un delito consumado. En la doctrina nacional, admite el decomiso también en la tentativa GARCÍA NAVARRO, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 52.

[3385] Así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 234, sostenía que si en una eventual reforma se admitiese el decomiso de las ganancias ilícitas, como efectivamente ha sucedido, el decomiso debería ser en estos casos siempre obligatorio para el delito no sea rentable.

[3386] Como una regla de proporcionalidad, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 380. En contra, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 236.

anterior del artículo 102 del CP se establecía que el decomiso no procedía contra los bienes que pertenecían a terceros no intervinientes en la infracción penal[3387]. Hoy la norma del decomiso no contempla más esta limitación, por lo que se presenta la duda sobre si el decomiso puede recaer también sobre bienes pertenecientes a terceros. Por razones de orden en el tráfico patrimonial, el decomiso no debe proceder respecto de objetos o instrumentos de lícito comercio que fueron utilizados para la comisión del delito, pero que pertenecen a terceros no intervinientes en el delito. Así, por ejemplo, no podrá decomisarse la pistola del policía que le fue sustraída antes de cometer el crimen. Por el contrario, si los objetos o instrumentos son de ilícito comercio, el decomiso procederá de todas formas. En el caso de bienes o activos procedentes del delito que han sido adquiridos por terceros, el decomiso debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial.

c. Destino final de los bienes decomisados

En la regulación del decomiso no existe una disposición general sobre el destino de los bienes decomisados[3388]. Sin embargo, existen regulaciones específicas de ciertos delitos particulares que pueden dar luces al respecto. Por ejemplo, el artículo 224 del CP en el caso de delitos contra la propiedad industrial y el artículo 24 de la Ley de Delitos Aduaneros disponen que el destino final de los objetos decomisados sea su inutilización o destrucción[3389]. De ello se puede deducir que este destino final es predicable de los bienes decomisados en general. No obstante, cabe la posibilidad de decretar su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro en el caso de objetos que sean de lícito comercio, tal como lo prevé, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Delitos Aduaneros. En este sentido, si los bienes decomisados son de lícito comercio cabe su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro, mientras que si son de ilícito comercio lo que corresponde es su destrucción o inutilización.

d. La incautación cautelar

Como cuestión final, debe señalarse que los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la

---

[3387] Críticamente con la anterior regulación, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 204 y s.
[3388] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 241.
[3389] Vid., igualmente, ACHENBACH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23.

expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le ha denominado incautación cautelar, prevista en la segunda parte del artículo 102 del CP y que cuenta con una regulación en el nuevo Código Procesal Penal[3390]. El Acuerdo Plenario N° 5-2010 ha dejado absolutamente claro su naturaleza cautelar respecto de bienes susceptibles de ser decomisados. Esta medida cautelar es realizada por la Fiscalía y, en caso de flagrancia, puede hacerlo incluso la Policía, pero requiere siempre de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. En casos en los que no exista urgencia, la incautación requiere de una resolución judicial previa que la disponga.

Debido a que el Código de Procedimientos Penales no contaba con una regulación específica, se procedió a regular la incautación de los objetos, instrumentos y efectos del delito en diversos delitos económicos de la Parte Especial del Código Penal, como, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad industrial, o en delitos regulados en leyes especiales, como es el caso, por ejemplo, de los delitos aduaneros. En este último caso, la norma que regula la incautación dispone que el fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene el decomiso o disponga su devolución al propietario.

B. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas

El decomiso de ganancias de las personas jurídicas está previsto en el artículo 104 del CP[3391]. Si bien las personas jurídicas pueden ser las que normalmente se benefician sustancialmente con la comisión de delitos (sobre todo económicos), a esta regulación se le criticó en un primer momento haber limitado el decomiso de ganancias ilícitas solamente a las personas jurídicas y no haber incluido a las personas naturales[3392]. La acumulación de riqueza a través de la realización de delitos no es una posibilidad limitada solamente a las personas jurídicas. No obstante, la actual redacción del artículo 102 del CP parece haber levantado esta objeción, en la medida que permite el decomiso

[3390] Vid., QUISPE MEJÍA, en *Estudios críticos*, p. 317.

[3391] Sobre estas medidas en referencia a la empresa en el Derecho penal alemán, ACHENBACH, *JuS* 1990, p. 607; EL MISMO, *FS-Stree/Wessels*, p. 549.

[3392] Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 187; GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica en el Derecho penal*, p. 84.

de ganancias en general. Desde consideraciones sistemáticas, el artículo 102 del CP se aplicará para el decomiso de ganancias ilícitas de personas naturales, mientras que el artículo 104 hará lo propio respecto de las ganancias ilícitas de las personas jurídicas. Lo que no queda claro en esta ordenación del decomiso de las ganancias ilícitas es la razón para tener dos regímenes legales distintos con claras diferencias en cuanto a su alcance, en función de si se trata de ganancias de personas jurídicas o de personas naturales.

En cuanto al fundamento del decomiso de ganancias ilícitas de personas jurídicas, hay cierta discusión. Unos consideran que el decomiso de las ganancias es una medida de carácter penal que busca que el crimen nunca pague[3393]. El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial[3394]. El problema de esta lógica penal será que si esta medida despliega efectos preventivo-generales sobre la empresa, entonces no se entiende por qué no es propiamente una pena. Si el decomiso de ganancias tiene una finalidad de prevención general, el legislador estaría llevando a cabo una especie de fraude de etiquetas al considerar esta medida como una consecuencia accesoria no penal, pero asignándole igualmente fines de prevención general. Por otra parte, desde la lógica preventiva no se explica por qué la norma penal se automutila al limitar la cuantía del decomiso a lo que sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil que le corresponda a los inculpados[3395], siendo esta responsabilidad civil de la persona jurídica incluso subsidiaria respecto de los autores individuales del delito. Si el decomiso de ganancias busca generar efectos de prevención general en la persona jurídica, la limitación de esta medida por cuestiones de responsabilidad civil no tendría ningún sentido.

Más adecuada a su naturaleza es entender el decomiso de ganancias ilícitas como una medida civil de compensación con fines redistributivos[3396],

---

[3393] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 252 y s. En la legislación italiana, en la que se contempla como una sanción "administrativa" el decomiso de ganancia se enmarca claramente en la línea de este criterio. Vid., sobre esto último, CARMONA, *Premesse*, p. 225 y s.

[3394] En esta línea ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 204.

[3395] Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3269.

[3396] Similarmente, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 400. Con mayor claridad GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 607 considera que el decomiso de ganancias ilícitas es una consecuencia jurídica de carácter civil cuyo fin es absolutamente reparador y distributivo. Similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero

pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes u obtención de ganancias. Sin embargo, el tenor legal que tiene esta medida en nuestro Código Penal la vincula más con un deber de indemnizar[3397]. En efecto, el artículo 104 del CP establece que el dinero obtenido ilícitamente por la persona jurídica debe garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. No obstante, hay que precisar que consideramos más adecuado entender que no se trata de la indemnización por los daños y perjuicios producidos directamente por el delito, pues para ello la persona jurídica puede ser constituida en tercero civilmente responsable, incluso con una responsabilidad civil solidaria y no subsidiaria. Por ello, se trata, más bien, del deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica por el delito de sus dependientes; una obligación que se encuentra reconocida en el artículo 1954 del CC[3398]. En cualquier caso, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el decomiso de ganancias ilícitas no puede explicarse desde ninguna perspectiva[3399]. Se trata de una deficiente regulación que no debe mantenerse más tiempo, por lo que es necesario demandar una urgente modificación de este aspecto del decomiso de ganancias ilícitas, en el sentido de hacerla solidaria con los autores del acto que ha llevado al enriquecimiento de la persona jurídica en perjuicio de otros.

El artículo 104 del CP establece un mandato al juez para decomisar (privar) los beneficios obtenidos por una persona jurídica como consecuencia de la infracción penal. Como puede verse, el tenor de la ley no es facultativo, sino que el juez penal está obligado a decomisar los beneficios ilícitos producto del accionar ilícito de los miembros de la persona jurídica[3400]. Para poder decretar esta medida, el artículo 104 del CP exige dos requisitos: que los beneficios de la persona jurídica sean producto de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por parte de sus

---

(coord.), p. 217 y s.; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 277, aunque crítico ante la regulación positiva del Código Penal Peruano.

[3397] Vid., así la naturaleza indemnizatoria del decomiso de ganancias ilícitas, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, pp. 181, 187.

[3398] GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 401, discrepa de esta interpretación en el Derecho Español. En una interpretación de nuestro Derecho Penal, señala que la "privación de ganancias" constituye simplemente una responsabilidad civil del delito subsidiaria (GRACIA MARTÍN, *Prólogo* a Castillo Alva, Las consecuencias, p. 28)..

[3399] Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 201. En el Derecho Penal Peruano, igualmente crítico, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188.

[3400] De un parecer distinto, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 243.

funcionarios o dependientes y que los bienes de los sujetos individuales responsables resulten insuficientes para cubrir su responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil. En la medida que se trata de una medida de compensación civil, no se requiere un elemento de peligrosidad adicional que sería necesario en el caso de tener una naturaleza administrativa.

En cuanto al primer requisito, la regulación positiva exige que los beneficios sean producto o efecto del delito. El tenor legal parecería limitarse a los efectos inmediatos del delito, dejando de lado los beneficios indirectos o mediatos del delito (por ejemplo, los nuevos bienes que se adquieren con los beneficios del delito). En nuestra opinión, está interpretación restrictiva no se condice con el sentido de la norma y, por lo tanto, debería alcanzar también a los bienes o activos que se adquieran con los bienes directamente obtenidos por la infracción penal. En el Código Penal Español, por ejemplo, el decomiso de los beneficios procede ante cualquiera de las transformaciones que hubieren podido experimentar. Distinto es el caso de los beneficios que se obtienen con la inversión o utilización lícita de los bienes o activos obtenidos ilícitamente. En estos casos, el decomiso de las ganancias debe limitarse a aquéllas que tengan una causa ilícita directa. Hay que señalar, finalmente, que la regulación legal limita el decomiso a los beneficios que se obtienen por la infracción de miembros de la persona jurídica, de manera que si los beneficios se producen por una actividad de terceros, aunque se haga aprovechándose de la organización de la persona jurídica, el decomiso de las ganancias no podrá decretarse. Está claro que no se exige una pertenencia formal a la organización social, sino que basta con una incorporación fáctica en la estructura social.

El segundo requisito establece que el decomiso de las ganancias ilícitas solamente procederá si los bienes personales de los autores del delito (funcionarios o dependientes de la persona jurídica) no alcanzan para cubrir la reparación civil. Como puede verse, se establece una obligación civil subsidiaria a la persona jurídica. Esta exigencia resulta desatinada e incoherente. Desatinada porque ya la figura del tercero civilmente responsable permite una responsabilidad civil solidaria, con lo que resultará procesalmente más indicado solicitar que la persona jurídica se constituya en tercero civilmente responsable que en parte pasiva del decomiso de ganancias ilícitas[3401].

[3401] Así lo aconseja MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188, quien considera más diligente para el agraviado recurrir a la figura del tercero civilmente responsable que impone una responsabilidad civil solidaria. En el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA,

Y es incoherente porque no responde a la lógica de esta medida, sea en la lógica preventiva de que el crimen nunca paga o en la lógica redistributiva de que no cabe un enriquecimiento sin causa lícita.

2. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

En la línea de desarrollar determinadas medidas aplicables directamente a las personas jurídicas que no sean penas ni medidas de seguridad, determinados países contemplan las llamadas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas[3402]. Tales medidas van desde la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica, hasta la disolución y liquidación de la persona jurídica. Se pone especial énfasis en dejar en claro que no se trata de penas o medidas de seguridad, sino de implementar un tercer género de consecuencias jurídicas del delito[3403]. Estas medidas responderían a la lógica de la peligrosidad de la persona jurídica en el sentido de existir una estructura organizada que favorece u oculta la comisión de futuros hechos delictivos. En efecto, la imposición de sanciones penales a los miembros de las personas jurídicas no elimina la peligrosidad criminal de la estructura organizativa de la persona jurídica, por lo que resulta necesario imponer medidas directamente sobre la persona jurídica para erradicar o limitar significativamente esa peligrosidad[3404].

La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para atajar la futura comisión de hechos delictivos en el marco de actuación de las personas jurídicas se pone de manifiesto fundamentalmente a partir de ciertos datos criminológicos que pueden constatarse en la empresa moderna. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada cómo la cultura corporativa de una empresa puede tornarse en criminógena, es decir, fomentar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior[3405]. Por lo tanto, sancionar únicamente a los miem-

---

Derecho Penal, PG, II, § 29, n.m. 3270.

[3402] Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 279, respecto de la legislación española.

[3403] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 231 y s.

[3404] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 189; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 99. Para BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T III, p. 96, este criterio podría fundamentar incluso la imposición de sanciones penales.

[3405] Vid., con mayor detalle, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 240.

bros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. En segundo lugar, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa[3406]. En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita[3407]. Si el sistema jurídico pretende crear las condiciones necesarias para una pacífica convivencia social, no puede desconocer los datos criminológicos antes mencionados, por lo que deberá prever la imposición de medidas directas sobre las personas jurídicas, dirigidas a impedir o eliminar la peligrosidad de su estructura organizativa. Esta situación ha dado origen a la incorporación legislativa de las llamadas consecuencias accesorias en diversos países.

A. Naturaleza jurídica

El Código Penal Peruano de 1991 se ha adherido a la tendencia legislativa de incorporar medidas aplicables a la persona jurídica bajo el rubro de consecuencias accesorias. Si bien estas medidas se regulan junto con otras de mayor tradición legislativa como el decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito, no puede desconocerse la novedad que constituye su incorporación en las normas generales del Código Penal[3408]. Una similar orientación legislativa se presenta también en las leyes penales especiales, en donde se han incorporado dispositivos específicos para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas, como es el caso de la Ley Penal Tributaria (artículo 17 del Decreto Legislativo 813) y la Ley de Delitos Aduaneros (artículo

---

[3406] Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.

[3407] Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 510 y s.

[3408] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 247; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dr.), p. 474. No obstante, anteriormente se contemplaron medidas similares en leyes como la Ley 16185 de represión del contrabando y defraudación de rentas de aduanas (en el artículo 9 establecía para las personas jurídicas la cancelación en los registros públicos de la personaría jurídica que gocen y de las licencias, patentes u autorizaciones administrativas o municipales que disfruten). Vid., sobre esto último, HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), p. 148; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 180 y s.

11 de la Ley 28008)[3409]. Esta incorporación de medidas aplicables directamente a las personas jurídicas ha llevado a que la doctrina nacional haya comenzado a preguntarse sobre su naturaleza jurídica y la jurisprudencia haya creído necesario establecer parámetros claros para su aplicación judicial a través del Acuerdo Plenario N° 7-2009. Es evidente que la respuesta a la cuestión de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para su imposición dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen[3410].

a. Las consecuencias accesorias como penas

Un sector de la doctrina, siguiendo el parecer de ZUGALDÍA en el Derecho Español[3411], considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código Penal Peruano son, en realidad, penas[3412]. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas[3413]. Pese a la relativa aceptación de este planteamiento, su formulación resulta poco conciliable con la regulación establecida en el Código Penal Peruano. En efecto, si se concibiese las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas como penas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural. Por otra parte, la persona jurídica tendría que aparecer como inculpado en el proceso penal con todos los derechos de defensa correspondientes. Finalm nte, si se tratase de una pena, el criterio para decidir el *quantum* de las consecuencias accesorias sería la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos[3414].

[3409] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3221.

[3410] Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 256; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 210 y s.

[3411] Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.; EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 502 y ss. En el mismo sentido, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 102.

[3412] Vid., HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 151; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 158; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 179; MONTES FLORES, *RPDJP* 6, p. 322. De sanciones penales especiales hablan HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3232.

[3413] Críticamente, JAKOBS, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 95: "*Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada, tan sólo no debe bautizarse con el nombre de "pena" si se quieren evitar confusiones*".

[3414] Resulta llamativo, sin embargo, que una de las pocas sentencias nacionales que imponen a las personas jurídicas una consecuencia accesoria, como es el caso de la sentencia de primera instancia del caso Utopía, se decidió disolver y liquidar la empresa Inversiones García North

Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sean necesarias interpretaciones muy discutibles, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma cómo se encuentran reguladas estas medidas en la legislación penal. Es evidente que la regulación positiva de las consecuencias accesorias impiden, al menos de *lege lata*, considerarlas penas. Basta con decir que estas medidas no se encuentran incluidas en el catálogo de penas previstas en el artículo 28 del CP, sino que se agrupan en un título aparte con la reparación civil derivada del delito[3415]. Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. No obstante, de manera bastante sorprendente el Acuerdo Plenario N° 7-2009 sostiene el parecer que las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas son sanciones penales especiales[3416].

b. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación doctrinal mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas, pues no se sustentan en la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho delictivo. Se trata de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de la estructura social respecto de nuevos hechos delictivos. A pesar de que el fundamento de las consecuencias accesorias es la peligrosidad, es evidente que la formulación de estas medidas no se corresponde con la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. La peligrosidad de las medidas de seguridad está vinculada claramente a la constitución psico-física de una persona natural, no a la peligrosidad organizativa de una persona jurídica[3417]. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma

---

S.A.C., sustentando dicha medida en la gravedad de los hechos producidos (las muertes y las lesiones de los asistentes a la fatídica fiesta Zoo). La fundamentación de esta medida parecería ser que se encuentra más en el hecho producido que en la peligrosidad de la estructura empresarial. De hecho, dicha empresa no tenía otras discotecas con deficiencias en los sistemas de seguridad, como para considerar que debía ser disuelta. La empresa incluso ya había sido extinguida por los propios socios.

[3415] CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 247.

[3416] Con fundadas consideraciones críticas, URTECHO NAVARRO, *Gaceta penal & Procesal Penal* 6, Diciembre de 2009, pp. 29 y ss., 37 y s.

[3417] Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, 193.

distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad. Se trata de una peligrosidad de la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer la comisión futura de hechos delictivos. La particularidad de esta peligrosidad referida a la persona jurídica ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación[3418] o como un objeto peligroso[3419]. En la medida que la persona jurídica que desarrolla cierto nivel de complejidad organizativa adquiere una individualidad propia, consideramos más acertado tratarla como un sujeto de imputación. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no presenta en el fondo diferencias relevantes en las consecuencias prácticas[3420].

Mayor relevancia práctica tiene la discusión sobre la naturaleza preventiva de las consecuencias accesorias, es decir, si se trata de medidas de naturaleza penal o de medidas administrativas que simplemente se imponen en sede penal por razones de economía procesal. Los que sostienen que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza propiamente penal[3421], lo hacen como consecuencia de haber negado la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente, siendo, por tanto, la finalidad de las consecuencias accesorias cubrir el déficit de protección de bienes jurídicos o de mantenimiento de la vigencia de la norma que se genera por la imposibilidad de penar a las personas jurídicas. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial[3422].

El otro punto de vista tiene como punto de partida la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de penas con base en la culpabilidad del autor, por lo que toda medida que se imponga sin este criterio no puede ser genuinamente penal. La función del Derecho penal, que es proteger bienes jurídicos o devolverle la vigencia a la norma infringida, solamente se puede cumplir con referencia a un sujeto culpable. En la medida que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en la culpabilidad por el delito cometido, no son propiamente medidas penales,

---

[3418] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 182 y s.

[3419] Vid., así FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 252; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 276.

[3420] FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 254, habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

[3421] Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, I, p. 58; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *LH-Cerezo Mir*, p. 1129.

[3422] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 191, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

aun cuando se impongan en un proceso penal. Si no hay una lesión culpable de un bien jurídico o una desestabilización de la norma atribuible a una persona, el Derecho penal no podrá cumplir su función. Evidentemente esta situación no le impide a otros sistemas del Derecho hacer frente a situaciones de peligrosidad o riesgo, pero debe quedar en claro que sus presupuestos de aplicación son ajenos a los propiamente penales. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo que se imponen en sede penal por razones de economía procesal[3423].

c. Toma de posición

En primer lugar, debe indicarse que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas que no tienen el carácter de penas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad delictiva de las personas jurídicas[3424]. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización[3425]. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas y consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas[3426], siendo necesario únicamente delimitar adecuadamente el alcance de cada una de estas consecuencias derivadas del delito para evitar un fraude de etiquetas o, lo que es peor, una sobrerreacción del sistema penal.

Si partimos del hecho de que las consecuencias accesorias no son, cuando menos de *lege lata*, penas, la cuestión que debe abordarse decididamente es si se trata de medidas penales o no. Nuestro parecer es que no. Lo único que puede comunicar en el Derecho penal es la pena, de manera que la imposición de otras medidas, aun cuando se haga en un proceso

---

[3423] En una línea similar, CEREZO MIR, *Curso*, Parte General, II, p. 72 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394.

[3424] Así parece ser la interpretación de CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 249 y s.

[3425] Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 195.

[3426] Igualmente, VILCHERREZ ATO, *Ita ius esto*, 7, p. 256.

penal, no adquiere por ese solo hecho naturaleza penal. Los efectos preventivos que estas medidas pueden desplegar en el terreno penal constituyen simples reflejos empíricos de la protección, pero no el fundamento legitimante de estas medidas. Estas medidas preventivas no revisten el carácter de sanción[3427], pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos. Se trata, por tanto, de medidas preventivas de carácter administrativo que se imponen en un proceso penal[3428].

Si se aprecia la regulación positiva de las consecuencias accesorias en nuestro Código Penal, podrá verse que nuestra interpretación de las consecuencias accesorias no resulta incompatible con el tenor legal. Por ejemplo, las medidas previstas en el artículo 105 del CP se sustentan en una situación de peligrosidad objetiva que autorizaría a la Administración a tomar medidas de prevención sobre los bienes o actividades peligrosas de la persona jurídica. La realización de un hecho antijurídico por parte de sujetos individuales es solamente la ocasión que evidencia la peligrosidad de la organización de la persona jurídica respecto de futuros delitos. Si bien la previsión legal de las consecuencias accesorias no ha sido lo suficientemente clara sobre su fundamento dogmático, la interpretación judicial se encuentra obligada a llenar este vacío, rechazando interpretaciones erradas que puedan surgir por la falta de claridad conceptual del legislador.

B. Presupuestos

Para establecer los presupuestos necesarios para la imposición de las consecuencias accesorias juega un papel determinante el hecho de que no las consideremos penas y que tampoco les asignemos un carácter penal. En este sentido, estas medidas no responden a una situación de necesidad de intensificar un efecto disuasorio o resocializador en la persona jurídica o en sus miembros individuales. En la medida que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza administrativa no sancionatoria, sus presupuestos tanto materiales como procesales estarán orientados simplemente a eliminar una situación de peligro de la posible comisión futura de nuevos delitos.

[3427] De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 274, quien entiende que las consecuencias accesorias son sanciones administrativas.

[3428] Sigue este parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10, abril 2010, p. 70.

a. Presupuestos materiales

La imposición de una consecuencia accesoria a una persona jurídica no es una decisión absolutamente discrecional, por lo que resulta necesario acreditar en el caso concreto la existencia de un conjunto de presupuestos materiales que permitan afirmar que se da el fundamento de la peligrosidad objetiva de la organización[3429]. Estos presupuestos materiales son los siguientes:

a.1) Hecho principal

Para imponer una consecuencia accesoria es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo[3430]. A diferencia de la regulación española[3431], en el Código Penal Peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la Parte Especial, por lo que el juez penal estará en capacidad de imponerlas a la persona jurídica en cualquier delito de la Parte Especial[3432]. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el término "hecho punible" puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconsejarían reservarlo para lo hechos graves, es decir, para los hechos delictivos[3433].

Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar está el caso en el que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esa situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado está la teoría del interés que exige que la

---

[3429] Igualmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3256.

[3430] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194; URTECHO NAVARRO, *Gaceta penal & Procesal Penal* 6, Diciembre de 2009, p. 38.

[3431] Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286 y ss.; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 102 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 407 y s.

[3432] Vid., igualmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 301.

[3433] Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184. De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. El parecer de Castillo Alva ha quedado, sin embargo, sin piso con la expedición del nuevo Código Procesal Penal, en donde se contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente medidas preventivas para asegurar la finalidad de las consecuencias accesorias únicamente respecto de delitos [vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 323 y s.].

actuación delictiva de los sujetos individuales redunde en un beneficio para la persona jurídica. Por el otro, la teoría de la función que deja de lado el criterio del interés y se centra en el ámbito funcional de la persona jurídica, de manera que solamente exige que el delito se haya cometido en el marco de actuación del ente colectivo. Creemos más adecuado recurrir al criterio funcional, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil determinación y verificación[3434]. Lo determinante no es la utilidad del hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica.

Los otros dos supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible se refieren no a su ámbito de actuación, sino a su organización. El primer supuesto se presenta cuando la organización de la persona jurídica ha favorecido la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la persona individual que utiliza la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una imputación a título de partícipe[3435]. El segundo supuesto de vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, mediante una acción que configure el tipo penal de encubrimiento[3436]. En este sentido, se trata de actos materializados, por lo general, con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como cuestión general, hay que señalar que el término hecho punible permite incluir también los casos de realización, favorecimiento o encubrimiento de una tentativa del delito[3437]. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la culpabilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que para imponer una consecuencia acce-

---

[3434] En el mismo sentido, MEINI MENDEZ, *La responsabilidad*, p. 201. Por su parte, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 288 y s., utiliza indistintamente ambos criterios.

[3435] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 195 y s. Precisa CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 292 que el favorecimiento incluye no sólo la complicidad, sino también la inducción.

[3436] Similarmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 293.

[3437] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194 y s., a partir de consideraciones sobre el principio de legalidad.

soria resulta suficiente que se haya realizado una conducta que muestre la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, no siendo necesaria la culpabilidad de la persona natural[3438]. Por lo tanto, no es un requisito necesario para imponer una consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual[3439].

En la medida que las consecuencias son, como su propio nombre lo dice, accesorias, será siempre necesaria la previa determinación del hecho propiamente penal realizado por una persona natural. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica[3440], a diferencia del comiso de ganancias obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural autor del delito sea un funcionario o dependiente de la persona jurídica. Basta, por tanto, la utilización delictiva de la organización. En doctrina se discute si debe individualizarse a este sujeto individual o si resulta suficiente simplemente con determinar que se ha cometido un delito en las actividades o desde la organización de la persona jurídica. Pensamos que una individualización del sujeto individual no es indispensable.

En cuanto al alcance del término "persona jurídica", se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como a las de Derecho público. Si bien el artículo 105 del CP no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de Derecho privado[3441]. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables, las refiere claramente a las formas jurídicas de las personas jurídicas de Derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de Derecho público. Por contra, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de

---

[3438] Vid., igualmente, ZUGALDÍA ESPINAR, *RPJ* 46 (1997), p. 340 y ss.; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 308; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 198; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 409; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1166; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 285. De otra opinión ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 212; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LH-Cerezo Mir*, p. 1131.

[3439] De otra opinión, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 185; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10, abril 2010, p. 73 y s.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3260.

[3440] Vid., así SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 197 y s.; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 207. De otra opinión RODRÍGUEZ ESTEVES, *El Derecho penal*, p. 359 y s.

[3441] De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 298.

hecho e irregulares[3442]. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación. Por otra parte, la crítica de que las consecuencias accesorias están pensadas más para personas jurídicas debidamente constituidas resulta cuestionable, pues hasta la propia regulación societaria admite, por ejemplo, que la sociedad irregular pueda ser disuelta y liquidada.

Es precisamente a partir de las consideraciones materiales que orientan la interpretación de los criterios de imputación penal que se explica que se haya asumido, en la regulación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, una cláusula de facticidad en cuanto a la identidad de la persona jurídica. En efecto, en el último párrafo del artículo 105 del CP se indica que el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas. Se trata de evitar que, con un manejo de las formas jurídicas, se consiga sustraer a la persona jurídica de las consecuencias accesorias que corresponde imponerle por la peligrosidad de su organización.

a.2) Juicio de prognosis

En segundo lugar, es necesario que el juez haga, a partir de la forma como está estructurada la persona jurídica, un juicio de prognosis sobre la probabilidad de que se cometan futuros hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica[3443]. A este requisito se le conoce también como la peligrosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos futuros (por ejemplo, la existencia de una planta contaminante o la creación de las llamadas sociedades fachada). Es importante destacar que se trata de una peligrosidad objetiva que, por lo tanto, no necesita determinar quién es el competente por esa situación de peligrosidad.

a.3) Test de proporcionalidad

Como último presupuesto material, hay que señalar que la imposición de las consecuencias accesorias debe someterse a un *test* de proporcionalidad

---

[3442] De otro parecer en cuanto al tenor legal, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 297; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 493.

[3443] En el mismo sentido, URTECHO NAVARRO, *Gaceta penal & Procesal Penal* 6, Diciembre de 2009, p. 38.

que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto[3444]. En el juicio de idoneidad debe tenerse en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (peligrosidad de la estructura social), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida[3445]. Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter preventivo-penal, ponen de manifiesto nuevamente que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, estamos frente a medidas administrativas que requieren ponderar otros intereses sociales, no solamente la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica. El *test* de proporcionalidad exige hacer también un juicio de necesidad no sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto. Si la finalidad preventiva se consigue con una medida extrapenal menos lesiva o con una consecuencia accesoria menos grave, el juez deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Finalmente, debe hacerse también un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se determine si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la medida impuesta y la finalidad de la norma.

En aras de ofrecer criterios específicos para ajustar las consecuencias accesorias a la proporcionalidad del hecho concreto, el Acuerdo Plenario N° 7-2009 ha establecido diversas reglas para la aplicación judicial de dichas medidas, recurriendo, a tal efecto, al artículo 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora. Tales criterios son los siguientes: a) Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas; b) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible; c) La gravedad del hecho punible realizado; d) La extensión del daño o peligro causado; e) El beneficio económico obtenido con el delito; f) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; g) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica; y h) La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

[3444] Vid., así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 490; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1167; URTECHO NAVARRO, *Gaceta penal & Procesal Penal* 6, Diciembre de 2009, p. 38 y s..

[3445] Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, p. 54 y s.

b. Presupuestos procesales

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, no se contaba con una regulación de los presupuestos de orden procesal para la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Por esta razón, la jurisprudencia recurrió muy pocas veces a estas consecuencias jurídicas del delito y, cuando lo hizo, se apoyó en criterios poco uniformes. De esta situación da cuenta el Acuerdo Plenario N° 7-2009 en su punto 8, precisando que si bien el Código Procesal Penal actual cubre el vacío de la falta de operatividad procesal de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, su entrada en vigencia progresiva deja todavía sin referente legal los casos que se siguen ventilando con el Código de Procedimientos Penales. Por esta razón, el referido Acuerdo Plenario en el punto 22 establece cuáles son las reglas procesales que deben observarse, en los procesos ventilados con el Código de Procedimientos Penales, para imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas, las que se corresponden con los criterios establecidos en el nuevo Código Procesal Penal, teniendo obviamente en cuenta la estructura procesal del viejo código.

b.1) Incorporación al proceso penal

Para poder imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada al proceso a requerimiento de la parte legitimada. Dada la ausencia de alguna disposición al respecto en el Código de Procedimientos Penales, la jurisprudencia se encargó en un primer momento de desarrollar esta exigencia, señalando que las personas jurídicas debían ser sean emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de "parte pasiva"[3446]. El Acuerdo Plenario N° 7-2009 ha consolidado esta línea de interpretación al exigir primeramente un requerimiento de inclusión de la persona jurídica en el proceso por parte del Fiscal en la denuncia o durante la etapa de instrucción. Sobre la base de este requerimiento, el Juez Penal comprenderá en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario a la persona jurídica involucrada en el hecho punible como "sujeto pasivo imputado". La situación legal ha cambiado con el Código Procesal

[3446] Vid., así el auto de fecha 26 de febrero de 2002 en el Exp. N° 25-2001 (caso de América Televisión) y la sentencia de primera instancia de fecha 30 de abril de 2004 del Exp. N° 493-02 (caso de la Discoteca Utopía). Ambas resoluciones judiciales son reproducidas parcialmente en la parte pertinente por ESPINOZA GOYENA, *El nuevo proceso penal.* Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 313 y s.

Penal de 2004, pues su artículo 90 exige expresamente el emplazamiento e incorporación de la personas jurídica en el proceso penal a instancia del fiscal para poder imponerle alguna consecuencia accesoria.

Sobre el requisito del requerimiento fiscal se presenta una cuestión debatible. Cierto sector de la doctrina se pronuncia, con base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como sujeto pasivo[3447]. Por nuestra parte, no consideramos que ésta sea la razón de la exigencia del requerimiento fiscal de la consecuencia accesoria. Como ya lo adelantamos, estas medidas aplicables a las personas jurídicas no son penas, sino medidas preventivas de carácter administrativo, por lo que el fiscal no será el titular exclusivo para solicitar estas medidas. Sin embargo, en la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que es éste quien se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría por su posición en el proceso penal más que por el carácter jurídico-penal de las consecuencias accesorias.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 91 la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como sujeto pasivo en un proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa técnica. En la audiencia prevista para estos casos resulta de sustancial importancia la intervención de la persona jurídica emplazada. Si se aplican las reglas de los medios de defensa, el auto que resuelve la incorporación de la persona jurídica como parte pasiva podrá ser apelado, tal como lo establece el artículo 9 del CPP. En el caso de los procesos que se rigen por el Código de Procedimientos Penales, el Acuerdo Plenario N° 7-2009 establece igualmente que la oportunidad procesal para incorporar a la persona jurídica como sujeto pasivo va desde la formalización de la denuncia hasta la conclusión de la instrucción. Sin embargo, la incorporación la decide el juez sin que se le de la posibilidad de oponerse a la persona jurídica. El Acuerdo Plenario simplemente dispone que a la persona jurídica se le notifique su incorporación como sujeto pasivo.

[3447] Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 307 y s.; TAMARI SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1168; ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 316.

b.2) Parte procesal

La incorporación de la persona jurídica como parte pasiva debe permitirle gozar de una participación en el proceso que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo el derecho de defensa[3448]. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la posibilidad de defenderse dentro del proceso penal ante la eventual imposición de una medida restrictiva como es precisamente una consecuencia accesoria. En el nuevo Código Procesal Penal se establece el marco adecuado para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Se dice expresamente en el artículo 92 que una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que no puede ser el imputado por el hecho principal. Si en el plazo de cinco días de requerido no se designa un apoderado judicial, lo hará el juez. Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 7-2009 dispone igualmente que, una vez comprendida la persona jurídica en el proceso penal, ésta sea notificada para que nombre a un apoderado judicial en los mismos términos que el artículo 92 del NCPP.

El artículo 93 del CPP le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. El Acuerdo Plenario N° 7-2009 hace lo mismo respecto de los proceso penales que se rigen con el Código de Procedimientos Penales, indicando que rigen para la persona jurídica todos los derechos y garantías previstas para el imputado durante la instrucción y el juicio oral. El tenor utilizado por el Acuerdo Plenario se inclina abiertamente por considerar que la consecuencias accesorias son penas que se imponen a las personas jurídicas por su responsabilidad en el hecho punible, tan es así que indica que la acusación debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. A nuestro entender, como ya se dijo, las consecuencias accesorias no son realmente penas, por lo que si bien se le reconoce a la persona jurídica un derecho amplio a participar en las diversas etapas del proceso[3449], debe quedar claro que no es, en sentido estricto, un imputado. Por lo tanto, a la persona jurídi-

---

[3448] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 202; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 289.

[3449] Vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 318 y s.

ca no se le puede extender ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, como, por ejemplo, el "derecho" a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En este sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos.

C. Clases

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas. Por un lado están las medidas de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, y por el otro, las medidas de control interno que inciden sobre la estructura de la persona jurídica[3450]. Las medidas pecuniarias materializan de forma más clara la forma de control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre de establecimientos, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación[3451]. Por su parte, las medidas que buscan desarrollar un control interno sobre la persona jurídica encuentran su mejor expresión en la medida de intervención de la estructura organizativa de la persona jurídica. Un repaso a los dispositivos del Código Penal Peruano permite concluir que el modelo de consecuencias accesorias seguido por nuestra legislación penal se corresponde con un sistema mixto, pues asume tanto rasgos de control externo como rasgos del control interno. Veamos de manera específica cada una de las consecuencias accesorias previstas en la regulación penal actual.

a. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo

La clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica tiene lugar cuando existe objetivamente una peligrosidad sobre la futura comisión de hechos delictivos debido a la forma como están dispuestos estos locales o establecimientos. Por ejemplo: La medida de clausura debe tomarse si los locales abiertos al público de la persona jurídica no reúnen las condiciones mínimas de seguridad exigidas por la normativa admi-

---

[3450] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 199. Una ordenación distinta realiza GRACIA MARTÍN, en *Lecciones*, Gracia/Boldova/Alastuey, p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

[3451] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 200.

nistrativa. No es necesario que los locales sean de propiedad de la persona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal[3452]. La realización del delito no constituye el fundamento de la consecuencia accesoria, sino la ocasión para poder constatar la peligrosidad de los locales o establecimientos usados por la persona jurídica.

La clausura de locales o establecimientos puede ser temporal o definitiva. En caso sea temporal, su duración no puede ser mayor a cinco años. La clausura definitiva no significa la pérdida del local o establecimiento, pues el inmueble puede ser utilizado perfectamente para otros fines o actividades. La legislación penal no establece los criterios para saber cuándo procede una clausura definitiva y cuándo una temporal[3453], por lo que quedará al arbitrio del juez esta decisión. En cualquier caso, parece lógico entender que la clausura definitiva solamente será aplicable cuando no exista forma alguna de revertir la peligrosidad del local o establecimiento.

La pregunta que cabe plantearse respecto a la consecuencia accesoria de clausura es si esta medida puede levantarse si las circunstancias que hacían objetivamente peligrosos los locales o establecimientos de la persona jurídica han sido corregidas o cesadas. Si se defiende un carácter penal de estas medidas, difícilmente podría levantarse la medida, salvo que exista una especie de beneficios penitenciarios para las consecuencias accesorias que permitan levantar anticipadamente el cumplimiento efectivo de la medida. Por el contrario, si se entiende que esta consecuencia accesoria es estrictamente una medida administrativa, aunque se haya impuesto en el marco de un proceso penal, la clausura podría ser levantada sin mayores inconvenientes, pues la peligrosidad objetiva habría desaparecido. No obstante, en la medida que ha sido el juez penal el que la ha impuesto, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración, sino que tendrá que solicitarse que sea el juez penal el que proceda a levantar dicha medida. Debe quedar en claro que esta limitación procesal no se debe al carácter jurídico-penal de la medida, sino al rango de la autoridad judicial.

[3452] De una opinión distinta, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 182; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 311.

[3453] Igualmente en el Derecho español, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 302.

b. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años*

La suspensión de actividades constituye una medida temporal que le impide a la persona jurídica realizar su actividad social. El presupuesto para poder imponer la medida de suspensión de actividades es que la persona jurídica tenga aún una autorización para funcionar, pues si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dichas actividades. En este sentido, la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuente con la autorización legal de funcionamiento. El fundamento de esta medida accesoria radica en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo cuando el proceso productivo de la empresa ha generado productos defectuosos que han perjudicado a los consumidores. Es lógico que mientras no se resuelva estos defectos de organización o se reformule el proceso productivo, el peligro de futuros delitos de la misma índole se mantiene patente. El plazo máximo de la suspensión de actividades (el cual es dos años) se establece con el ánimo garantista de evitar una medida indeterminada de restricción de derechos. Si cumplido el plazo máximo de la medida la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas para controlar dicha peligrosidad. Como puede verse, la medida es de carácter administrativo.

c. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*

La medida de prohibición de actividades de la persona jurídica debe recaer sobre el ámbito de actuación en el que se ha realizado el delito y existe el peligro de que se pueda volver a cometer[3454]. Constituye, en el fondo, una inhabilitación, la cual no puede entenderse, al menos en nuestro sistema penal, como una pena, sino como una medida que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado como incompetente para realizar determinadas actividades sectoriales. A diferencia de la consecuencia accesoria de suspensión de actividades, la prohibición de actividades es parcial, en el

[3454] Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

sentido que no impide a la persona jurídica su funcionamiento, sino que la inhabilita en determinados ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado defraudación a las rentas de aduanas en su actividad importadora y existe el peligro de seguir haciéndolo. En estos casos, tendrá que adquirir los productos que necesita (insumos, por ejemplo), vía una empresa importadora o recurrir a productos nacionales. No se le niega la posibilidad de seguir realizado sus actividades, sino que se limita su intervención en ciertos sectores. Dada la incompetencia de la persona jurídica para desenvolverse correctamente en determinado sector, el juez toma la medida cognitiva de suspender sus actividades en este sector. El aseguramiento es pues cognitivo y no normativo.

d. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

La consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica[3455]. Por esta razón, esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos[3456]. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos como para la defraudación tributaria o el lavado de activos. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin únicamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ningún sentido.

e. La intervención de la persona jurídica

El penúltimo párrafo del artículo 105 del CP contempla la posibilidad de una intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Hay que precisar, sin embargo, que no se trata de una medida autónoma, sino que debe tomarse de la mano de cualquiera de las anteriores consecuencias accesorias, lo cual condiciona también su dura-

---

[3455] Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

[3456] Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 200; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 212. Exigen una alta probabilidad de que vuelva a involucrarse en delitos, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3249.

ción[3457]. Por lo tanto, la intervención de la persona jurídica no es propiamente una administración judicial, sino la existencia de un interventor con finalidades fundamentalmente de supervisión para que no se afecten los intereses de los trabajadores. Por lo dicho, esta medida tampoco se puede confundir con un embargo en forma de intervención, pues la intervención no se hace con la finalidad de resguardar determinados bienes, sino para proteger los intereses de los trabajadores. La administración de la persona jurídica sigue encargada a sus directivos, existiendo solamente un especie de órgano de control judicialmente impuesto que resguarda los intereses de los trabajadores durante la imposición de una consecuencia accesoria.

Un aspecto que conviene precisar es quién resulta la autoridad competente que debe disponer la intervención de la persona jurídica por orden del juez. Dado que se trata de la defensa de los intereses de los trabajadores, esta autoridad competente será la autoridad de trabajo[3458]. Debe quedar claro que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir la orden del juez. Su discrecionalidad se mueve solamente en el plano de la ejecución del mandato de intervención. En ámbitos de actuación sometidos a regulación y control especial por parte del Estado, parecería más adecuado que el órgano interventor sea el organismo encargado del control del desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras y de seguros.

D. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias

Un aspecto discutido en la doctrina penal sobre la aplicación de las consecuencias accesorias es su carácter facultativo u obligatorio, es decir, si el juez penal está obligado o solamente facultado a imponer estas medidas sobre la persona jurídica. En la doctrina nacional existen posiciones encontradas en función del distinto tenor que ha tenido el artículo 105 del CP. Con base en la redacción original ciertos autores consideraron que estas medidas tenían un carácter potestativo o facultativo[3459], mientras que con

---

[3457] Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 210; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 183; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 320.

[3458] Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 209.

[3459] Así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 304, a lo que se le dio como sustento el principio de mínima intervención. De otro parecer, sin embargo, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 206.

el actual tenor se sostiene que su imposición es obligatoria[3460]. En el fondo, consideramos que esta discusión es más retórica que de contenido.

Si se parte de la idea generalizada de que el juez siempre tiene un margen de decisión para determinar si se dan los presupuestos que fundamentan una determinada consecuencia jurídica, la imposición de las consecuencias accesorias no es obligatoria. Pero si se entiende que en el caso concreto se dan completamente los presupuestos exigidos, la imposición será obligatoria, pues el juez no puede dejar de aplicar sin razón alguna lo dispuesto por la ley. En consecuencia, hay que decir que las consecuencias accesorias deben ser impuestas por el juez si es que se presentan en el caso concreto los presupuestos materiales y procesales anteriormente desarrollados. En donde sí se da un margen de discrecionalidad judicial es en cuanto a la necesidad de aplicar todas o algunas de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP. Pero debe destacarse que esta discrecionalidad no significa arbitrariedad, por lo que el juez deberá justificar esta decisión en un criterio material, a saber: el principio de proporcionalidad.

E. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

El artículo 105 del CP no contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias a las personas jurídicas durante la sustanciación del proceso penal. Solamente una norma de carácter especial lo contempla, que es el caso del artículo 314C del CP que en los delitos contra el medio ambiente permite aplicar, como medida cautelar, la suspensión de actividades y la clausura del establecimiento. A partir de esta regulación especial se plantea la cuestión de si dicha posibilidad de imponer cautelarmente una consecuencia accesoria puede hacerse también en otros delitos. En principio, y en la medida que no se trata de penas, no se aprecia inconvenientes materiales para extender esta posibilidad a otras medidas y delitos.

De todas formas, y para resolver cualquier duda, el nuevo Código Procesal Penal ha viabilizado de manera general la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias mediante la regulación de las llamadas medidas preventivas en su artículo 313. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas no constituyen, en sentido estricto, medidas cau-

---

[3460] Vid., en este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3255.

telares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia[3461]. Esta afirmación, sin embargo, parte, a nuestro modo de ver, de una limitación de los efectos de la sentencia al ámbito civil y penal. En la medida que la legislación penal ha incorporado al proceso penal también medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de objetivos de carácter administrativo. Por lo tanto, si las llamadas medidas preventivas tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la finalidad administrativa de las consecuencias accesorias, podrá considerárseles medidas de carácter cautelar.

La finalidad de las consecuencias accesorias es evitar que la peligrosidad objetiva de la estructura organizativa de la persona jurídica permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos. En la medida que la duración del proceso penal puede afectar el cumplimiento oportuno y efectivo de esta finalidad, el Código Procesal Penal ha incorporado atinadamente las llamadas medidas preventivas. La finalidad instrumental de estas medidas explica también por qué se contemplan nuevas medidas no previstas como definitivas en el Código Penal, como el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. No se trata de medidas autónomas, sino de medidas dirigidas a asegurar la consecución efectiva y oportuna de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal[3462].

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas a las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del CPP. Por un lado, se encuentra la exigencia del *fumus bonus iuris*, es decir, que exista suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105 del CP[3463]. Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de prueba suficiente. En segundo lugar, se exige el *periculum in mora* o peligro en la demora, el cual puede manifestarse de dos formas: como peligro criminal (de permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, o de comisión de nuevos delitos de la misma clase) o peligro procesal (peligro concreto de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Si se cumplen estos requisitos, el juez penal podrá tomar cuatelarmente cualquiera de las medidas previstas sobre la persona jurídica que haya sido

[3461] Vid., ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 319 y s.
[3462] Vid., igualmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 293.
[3463] Similarmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 294.

constituida en parte pasiva dentro del proceso penal. Es evidente que en la medida que la imposición cautelar de una consecuencia accesoria implica una ingerencia sobre la persona jurídica, debe tenerse en cuenta también el principio constitucional de proporcionalidad[3464].

3. Otras medidas previstas en leyes especiales

Las leyes especiales contemplan adicionalmente un conjunto de medidas preventivas de carácter fundamentalmente administrativo. Por ejemplo, en el delito de libramientos indebidos la legislación comercial y bancaria prevé ciertas medidas adicionales, como es el caso de la publicidad del inicio y culminación de un proceso penal contra el girador, así como el cierre de cuentas corrientes por giro de cheques sin fondos[3465]. En cuanto a la publicidad, el artículo 88 de la LTV establece que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio Provincial respectiva el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheques rechazados por falta de fondos. Por su parte, el artículo 183 de la LTV señala que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubieren girado cheques sin fondos[3466]. La SBS publicará por lo menos mensualmente en el Diario Oficial El Peruano la relación de cuentas corrientes cerradas. Los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos, quedan impedidos de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (1) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo, las empresas del sector financiero deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (3) años. Si se reincide por segunda vez, la inhabilitación será permanente.

[3464] Vid., así, con referencias de la jurisprudencia española, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2/2006 (342), www.indret.com, p. 9.

[3465] Vid., con consideraciones críticas, CASTRO SALINAS, *Themis* 35, p. 36 y s.

[3466] Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

LECCIÓN 23
LA REPARACIÓN CIVIL

I. Introducción

La realización de un delito no sólo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar los daños producidos. En este sentido, el delito, en cuanto hecho lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil. El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del hecho delictivo sería iniciar el proceso civil, en donde el juez civil determinaría el daño producido y establecería una reparación acorde con dicho daño. Sin embargo, evidentes razones de economía procesal aconsejan ofrecer un modelo procesal en el que ambas pretensiones (penal y civil) se solventen en un mismo proceso (el proceso penal), evitando de esta forma el denominado "peregrinaje de jurisdicciones"[3467].

En las legislaciones penales modernas se ha seguido el modelo conocido como *action civile*, en el que se reconoce la posibilidad de que el afectado se pueda constituir en el proceso penal como parte civil y exigir en este proceso el pago de la reparación civil. Sin embargo, hay que señalar que esta unificación de pretensiones no implica que la acción penal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia normativa. Esta situación explica por qué el fiscal, como titular de la acción penal, tiene atribuciones diferentes dentro del proceso penal que las que le corresponden a la parte civil, como titular de la acción civil.

[3467] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, », *InDret* 03/2001, p. 2. Vid., igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 94.

La distinción conceptual que acabamos de esbozar brevemente está sufriendo en la actualidad cambios sustanciales. En efecto, la víctima está dejando de ser una simple parte civil en el proceso penal para convertirse en un sujeto cuya intervención en el delito y en el proceso penal puede alcanzar relevancia desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales. Muestras claras de esta nueva orientación del asunto penal son la competencia de la víctima en la imputación objetiva, el acuerdo reparatorio en el ejercicio de la oportunidad procesal, la reparación espontánea del daño como atenuante e incluso causa de exclusión del la pena, el derecho a la verdad de la víctima, etc. En la lección 3 nos hemos ocupado precisamente de destacar cómo la reparación del daño comienza a constituirse en una posible forma de resolver el conflicto social, abriéndose de esta manera una nueva vía del Derecho penal: La llamada tercera vía. En esta lección nos vamos a limitar a establecer los rasgos esenciales de la llamada reparación civil como una posible consecuencia jurídica del delito.

II. La reparación civil

La reparación civil puede presentarse en cualquier delito que haya generado daños o perjuicios[3468]. Si bien tanto la pena como la reparación civil derivada del delito comparten un mismo presupuesto (la realización de un acto ilícito), resulta indiscutida la afirmación de que la reparación civil no es una pena[3469]. Cada una de estas consecuencias jur dicas del delito valora el hecho ilícito desde su propia perspectiva, lo que se explica en el hecho de que parten de fundamentos distintos. Así, mientras la pena se impone con la finalidad de mantener el bien jurídico frente a vulneraciones culpables, la reparación civil derivada del delito se centra en la función de reparar el daño provocado a la víctima por la acción delictiva[3470]. Esta distinción de fundamentos se aprecia claramente en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en donde señala textualmente lo siguiente: "*Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por*

[3468] Vid., así, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420.

[3469] Una afirmación indiscutida en la doctrina nacional, como lo pone de manifiesto GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 81. Igualmente, el precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. N° 948-2005 Junín.

[3470] Vid., GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil*, p. 41.

un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' -lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente".

1. Sistema de determinación

El artículo 92 del CP establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. De esta regulación se ha deducido la conclusión de que no es posible determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor por el delito cometido[3471]. El Código Penal partiría de una premisa clara: si no hay pena, no se puede determinar la reparación civil. Pese a la conclusión deducida de la disposición penal antes citada, resulta necesario precisar que en el propio Código Penal se regulan supuestos en los que no se sigue la conclusión deducida. En primer lugar, cabe mencionar el caso de la reserva del fallo condenatorio, en la que si bien hay una declaración de culpabilidad, no se impone una pena concreta. En este caso, el artículo 64 inciso 4 del CP dispone que el juez pueda imponer, como regla de conducta, la reparación del daño, lo cual podría incluir evidentemente la reparación civil. En segundo lugar, hay que mencionar la nueva regulación del concurso real retrospectivo del artículo 51 del CP, en donde se señala que si uno de los delitos se castiga con cadena perpetua solamente se aplicará ésta, *sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito*. En este sentido, puede ser que el delito descubierto con posterioridad a la sentencia condenatoria no dé pie a una nueva condena penal (en caso de haber sido condenado ya el autor a cadena perpetua), pero esto no impide al juez penal fijar la reparación civil por el nuevo delito descubierto. Se trataría, por tanto, de excepciones a la regla deducida del artículo 92 del CP que dispondría que la reparación civil se determine conjuntamente con la pena.

La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal ha cambiado el panorama anteriormente descrito, al establecer en su artículo 12 inciso 3 que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito[3472]. Como puede verse, se abandona el sistema de determinación conjunta de la reparación civil, facultándose al juez penal para determinar

[3471] Vid., García Cavero, *Derecho penal económico*. PG, p. 995.
[3472] Vid., en este sentido, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 73.

la responsabilidad civil, aun cuando la responsabilidad penal se encuentre excluida. Este sistema resulta completamente razonable, pues diversos supuestos de exclusión de la responsabilidad penal dejan intacto el ilícito civil y, por tanto, la obligación de reparar el daño[3473]. En este sentido, el juez podrá fijar la reparación civil a favor de la víctima, aún en caso de no encontrar penalmente responsable al procesado, evidentemente si es que en el proceso penal se cuenta con los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad civil[3474].

Admitida la posibilidad de que el Juez Penal pueda fijar una reparación civil aunque absuelva al procesado, surge la cuestión de si esta facultad no cuenta con algún tipo de limitación adicional a los presupuestos legales de la responsabilidad civil. Un sector de la doctrina entiende que la legitimidad del Juez Penal para imponer una reparación civil sólo exige que se acredite la existencia del hecho (sin que sea necesariamente típico) y la vinculación del procesado con el mismo[3475]. Al respecto discrepo de este parecer, pues no considero que baste la sola exigencia de un hecho dañoso sin que sea necesario siquiera un juicio de tipicidad (por lo tanto, de prohibición penal general) para determinar la reparación civil en el proceso penal. Dada la admisión de nexos de imputación puramente objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil, este juicio de tipicidad no tiene que abarcar su vertiente subjetiva, por lo que bastará con que el juez determine respecto del hecho su tipicidad objetiva y la ausencia de una justificación objetiva[3476].

El parecer sostenido no discute la independencia de fundamento de la responsabilidad penal y civil, pero discrepa que en el proceso penal se dé una simple acumulación de pretensiones, en la que cada una mantenga plena independencia sin que sea posible la exigencia de un elemento jurídico común. A mi parecer, la acumulación de pretensiones tiene lugar por algún criterio de conexión que les da necesariamente una base común, que no es simplemente una misma base fáctica. Si se dice que la acumulación de la

---

[3473] Vid., con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 03/2001, p. 6.

[3474] Por esta razón, DEL RÍO LABARTHE, *La etapa intermedia*, p. 80, destaca la necesidad de utilizar la audiencia de control del requerimiento de sobreseimiento como un espacio de discusión sobre la pretensión civil y para la aportación de prueba del daño. En la misma línea, GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil*, p. 82 y ss.

[3475] Vid., DEL RÍO LABARTHE, *La etapa intermedia*, p. 72 y s.; GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil*, p. 85.

[3476] En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 03/2001, p. 8.

pretensión civil en el proceso penal se da por razones de economía procesal, esto quiere decir que el juez penal, en su labor propiamente penal, va a tener que entrar a analizar determinados puntos, en donde puede, de paso, resolver también aspectos de orden civil. En este sentido, y dado que un presupuesto del daño civilmente indemnizable es su causación por un acto ilícito, esa ilicitud solamente puede ser la que le corresponde determinar al juez penal, es decir, la tipicidad objetiva de la conducta. Pero debo precisar que no se pretende negar que pueda existir un ilícito civil que no sea penalmente relevante, sino que, en estos casos, no hay legitimidad del juez penal para entrar a determinar la responsabilidad civil. De lo contrario, estaríamos abriendo la puerta a un fraude de acciones, pues los abogados, con la finalidad de no pagar las tasas judiciales, procurarían una indemnización civil denunciando un hecho de alguna manera como delito (ejemplos muy comunes serían los incumplimientos contractuales con el delito de estafa o de apropiación ilícita), con lo que conseguirían que el juez penal, aun cuando califique la conducta de atípica, deberá pronunciarse sobre la responsabilidad civil.

2. Los criterios de determinación de la responsabilidad civil

Pese a que la llamada reparación civil derivada del delito se determina en el marco de un proceso penal, la responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de determinación jurídico-civiles, tal como lo pone de manifiesto la cláusula de remisión del artículo 101 del CP[3477]. En consecuencia, el daño que fundamenta la responsabilidad penal no tiene que ser un elemento típico del delito (concretamente, un resultado típico)[3478]. Sobre la base de esta idea, puede decirse que los delitos de peligro abstracto o la tentativa no se encuentran exentos de una determinación de la responsabilidad civil, pues si bien el tipo penal renuncia a un resultado lesivo para fundamentar el castigo, esta situación no excluye que efectivamente estos daños se produzcan y generen un deber de reparación[3479]. Frente a este panorama, puede concluirse que la responsabi-

[3477] Igualmente, Salinas Siccha, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre 2009, p. 55; Peña cabrera Freyre, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9, marzo de 2010, p. 77.

[3478] Así, Guillermo Bringas, *La reparación civil*, p. 79 y ss.

[3479] Vid., así, Silva Sánchez, *InDret*, 03/2001, p. 4 y s.; Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420; Guillermo Bringas, *La reparación civil*, p. 88. De otro parecer,

lidad civil determinada en el proceso penal no es propiamente "derivada del delito", sino que se establece con base en los criterios objetivos y subjetivos de imputación jurídico-civil de un daño, con independencia de si ese daño constituya un elemento fundamentador del injusto penal[3480]. Por ello, se dice acertadamente que la reparación civil en el proceso penal no es *ex delicto*, sino *ex damno*.

Hay que reconocer, sin embargo, que la reparación civil por el delito adquiere ciertos rasgos particulares que implican un cambio de las reglas generales de determinación civil. Se trata de la llamada "mutación del título", en virtud de la cual la obligación civil se amplía más allá de lo que se dispone en la regulación general de la responsabilidad civil. En efecto, una obligación civil puede ampliarse por la comisión del delito a personas cuya intervención es posterior a la producción del daño, como sería el caso de los receptadores o encubridores[3481], así como hacer responsables de una obligación contractual o legal preexistente a la realización del hecho delictivo, como sería el caso de los delitos tributarios o la violación de la libertad del trabajo[3482]. En nuestra doctrina jurisprudencial, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 tema 5 ha seguido esta línea, al acordar que el juez penal puede ordenar el pago de las obligaciones laborales incumplidas que se encuentren liquidadas en el delito de violación de la libertad de trabajo. La mutación del título tiene adicionalmente otra manifestación: La alteración de los plazos de extinción de la responsabilidad civil, pues el artículo 100 del CP dispone que la acción civil no se extinguirá mientras subsista la acción penal[3483].

ZARZOSA CAMPOS, *La reparación civil*, p. 178; GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, pp. 300, 304. El Acuerdo Plenario N° 6-2006 se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de que en los delitos de peligro pueda establecerse una reparación civil por ocasionar daños civiles. Críticamente con el Acuerdo Plenario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9, marzo de 2010, p. 85.

[3480] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 03/2001, p. 5.

[3481] Vid., la referencia, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 03/2001, p. 10.

[3482] Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 03/2001, p. 10. Con consideraciones críticas en los delitos tributarios, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 919 y ss.

[3483] Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 336 y ss. Aunque CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 162, hace la precisión que esta disposición tiene un alcance estrictamente procesal, de manera que si la acción civil se interpone en el ámbito civil, se ajustará a los plazos previstos en la normativa civil. Críticamente ante la posición de Castillo Alva, SALINAS SICCHA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre 2009, p. 58, con base en la obligatoriedad *erga omnes* de las leyes.

3. Alcance

En cuanto a su contenido, existe acuerdo en que la responsabilidad civil por el delito debe ser integral[3484]. En esta línea, el artículo 93 del CP establece los conceptos que abarca la llamada reparación civil. Por un lado, se encuentra la restitución del bien y, por el otro, la indemnización por los daños y perjuicios.

A. La restitución del bien

La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes[3485]. El artículo 94 del CP precisa que esta restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda[3486]. Esta disposición no debe interpretarse de forma absoluta, pues llevaría a graves incoherencias con el régimen civil. En el caso de los bienes registrables (principalmente inmuebles) existe el principio de la buena fe registral, conforme al cual el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante en virtud de causas que no consten en los registros públicos. Esta buena fe se presume mientras no se pruebe que el adquiriente conocía la inexactitud del registro. En consecuencia, la restitución solamente procederá si el tercero adquirient no tiene buena fe[3487]. En el caso de los bienes muebles no registrables, la *traditio a non domino* no opera en el caso de bienes adquiridos con infracción de la ley penal. Por lo tanto, la buena fe del adquiriente no le permite adquirir la propiedad del bien mueble, si es que su procedencia es delictiva[3488]. Sin embargo, esta regla tiene una excepción: si el bien mueble se adquiere en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si se encuentran amparados por facturas o pólizas de vendedor[3489]. En este caso, como en todos los demás en los que no es posible la restitución del bien, el artículo 93 del CP dispone que el que resulte civilmente responsable deberá pagar su valor.

[3484] Vid., así, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 106.

[3485] Vid., igualmente, Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 424; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 284.

[3486] En este sentido, destaca el carácter preferente de la restitución en la reparación civil, Quintero, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 51.

[3487] Igualmente, Guillermo Bringas, *La reparación civil*, p. 98 y s.

[3488] Vid., así, Bigio Chrem, en *Para leer*, vol. I, p. 211.

[3489] Vid., así, Bigio Chrem, *Para leer*, vol. 1, p. 211.

B. La indemnización por daños y perjuicios

El segundo concepto que engloba la reparación civil es la llamada indemnización por los daños y perjuicios. Se trata de un concepto que intenta abarcar todo el daño producido por el autor del delito. Este daño no se reduce al de carácter económico, pues como lo ha establecido el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal de 1999, la reparación civil debe comprender el daño económico, moral y personal[3490]. En este sentido, el objeto de la reparación no es solamente el daño patrimonial, sino también el de carácter extra-patrimonial, tal como lo ha reafirmado también el Acuerdo Plenario N° 6-2006, en el punto 8.

En cuanto al daño económico, hay que decir que éste no está constituido solamente por el daño emergente, sino que incluye el lucro cesante, es decir, aquellos ingresos económicos que el afectado ha dejado de percibir por el acto ilícito. En el Acuerdo Plenario N° 6-2006 se ha definido ambos aspectos de los daños patrimoniales. El daño emergente es caracterizado como la disminución de la esfera patrimonial del afectado, mientras que el lucro cesante se define como el no incremento en el patrimonio del afectado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir. Para conseguir la efectiva reparación del daño económico es fundamental que el actor civil demuestre no sólo la existencia de este daño, sino sobre todo su cuantía. En casos en que sea necesario, deberá actuarse incluso una valorización o tasación del daño económico producido.

En el ámbito de ciertos delitos, existen normas específicas para precisar el contenido del daño económico, como es el caso de la Ley de Protección de la Propiedad Industrial, en cuyo artículo 246 se establece que "la indemnización por daños y perjuicios compensará las pérdidas sufridas así como el lucro cesante causado por la violación. La cuantía de las ganancias dejadas de obtener se fijará teniendo en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido mediante el uso o explotación del derecho de no haberse producido la violación; b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; y c) El precio que el infractor hubiese tenido que pagar al titular por la concesión de la licencia que le hubiese permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho".

[3490] En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 429; ZARZOSA CAMPOS, *La reparación civil*, p. 178.

En cuanto al daño moral y personal, hay que señalar que aun cuando resulte poco frecuente alegarlo, también resulta posible la existencia de este tipo de daño en diversos delitos. En la doctrina se ha destacado la existencia de un daño moral en los casos en los que el delito produce una grave afección o preocupación en el perjudicado[3491]. La afección puede ser consecuencia de la imposibilidad de uso o disfrute de un bien o la imposibilidad de disfrutar un servicio o prestación de hacer esperados, mientras que la preocupación del perjudicado puede verse cuando el delito lo deja en una situación de no saber la manera de poder subsistir o frente a la posibilidad de sufrir un grave daño patrimonial futuro que no puede descartarse. Por su parte, el daño a la persona abarca las múltiples situaciones a las que el sujeto, afectado por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido y que producen consecuencias no patrimoniales sobre la persona considerada en sí misma.

Tanto en el daño patrimonial como no patrimonial, el juez penal debe estar en capacidad de poder evaluar estos daños y proceder a determinar motivadamente una reparación civil justa. Sin embargo, una rápida revisión a la jurisprudencia penal muestra la absoluta arbitrariedad en la cuantificación del daño derivado del delito[3492]. Existen muy pocos referentes legales o jurisprudenciales para poder cuantificar el daño. En cualquier caso, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 dejó expresamente establecido que el monto de la reparación civil no puede aumentarse ni reducirse por la gravedad del delito o la capacidad económica del agente, lo que ha venido a ser confirmado por el precedente vinculante R.N. N° 948-2005 Junín del siete de junio de dos mil cinco. En este sentido, la reparación civil debe ajustarse estrictamente a resarcir el daño producido, por lo que tampoco habría espacio para darle un carácter punitivo (el llamado daño punitivo).

4. Los sujetos de la reparación civil: Los responsables civiles y los agraviados

La responsabilidad civil alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible como responsables directos, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el integro de la reparación

---

[3491] Vid., así, Cavanillas, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 97 y ss.

[3492] Sobre la ausencia de motivación en la determinación de la reparación civil en los procesos penales, Guillermo Bringas, *La reparación civil*, p. 140.

civil frente a los otros responsables (artículo 1983 del CC). Esta solidaridad le llega también al tercero civilmente responsable[3493], es decir, aquella persona natural o jurídica que resulta responsable con base en los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-civiles, pero que no responde penalmente[3494]. Preciso es señalar que, aunque la jurisprudencia nacional ni se lo plantee, tercero civilmente responsable puede ser también el Estado respecto de los delitos cometidos por sus funcionarios públicos en agravio de particulares[3495]. Para que el tercero civilmente responsable pueda responder civilmente del pago de la reparación impuesta en el proceso penal, debe haber sido constituido en el proceso penal como sujeto civilmente responsable, a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. Si el tercero no ha sido incorporado al proceso penal, el agraviado podrá ir contra él en la vía civil, no pudiendo hacerlo, por el contrario, si la sentencia penal le alcanza[3496]. La obligación de pagar la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia[3497].

Los beneficiarios de la responsabilidad civil son los afectados o perjudicados por el delito. La cuestión que se plantea en este punto es si en el proceso penal se puede constituir en parte civil a cualquier afectado por el delito. Conforme al precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. N° 948-2005 Junín, la reparación civil debe reparar el daño o efecto producido sobre la víctima, lo que significa que no podrá incluirse en la reparación civil derivada del delito el daño causado a otras personas distintas a la víctima. En la misma línea de pensamiento, el Código Procesal Penal establece, en su artículo 98, que la acción reparatoria solamente podrá ser ejercida en el proceso penal por quien resulte perjudicado por el delito, lo que alcanza únicamente al que resulta directamente afectado por el delito, tal como se desprende a su vez del artículo 94 del CPP. Sobre la base de estas ideas, el daño ocasionado, por ejemplo, al paciente

[3493] Lo cual marca una diferencia con el sistema español que contempla una responsabilidad subsidiaria. Vid., sobre la regulación española, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 452 y ss. En relación a la regulación peruana GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 255; EL MISMO, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 1, Julio 2009, p. 49.

[3494] Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 246 y s.; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 287.

[3495] Con toda claridad, AYA ONSALO, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 72.

[3496] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 289.

[3497] Así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 160.

que iba a ser atendido por el médico que no llegó a tiempo a la operación por haber sido atropellado imprudentemente por un conductor alcoholizado, no podrá ser indemnizado civilmente en el proceso penal instaurado contra este último. Los terceros afectados por el delito podrán, en todo caso, solicitar la indemnización correspondiente en la vía civil, pero no podrán constituirse en parte civil dentro del proceso penal. Si bien el Código de Procedimientos Penales legitima la constitución en parte civil de parientes del agraviado, esta regulación debe entenderse como la transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado. De hecho, la nueva regulación del Código Procesal Penal del 2004 es mucho más clara en este aspecto, pues se refiere a los parientes en función del orden sucesorio.

Una situación particular respecto a los afectados por el delito se presenta en el caso de delitos con daño difuso o colectivo (como la contaminación medioambiental, por ejemplo). En estos casos, cualquier persona a la que se le pueda individualizar el daño puede constituirse en parte civil, siendo incluso posible que cierto colectivo de personas que represente intereses difusos o colectivos se constituya en parte civil. Dada la ausencia de una norma procesal para la representación de intereses difusos, podría recurrirse supletoriamente al artículo 82 del CPC. El artículo 94 inciso 4 del nuevo CPP corrige la ausencia de regulación expresa en la actual regulación procesal penal al respecto, otorgándole las facultades de los agraviados difusos a las asociaciones que representen los intereses difusos afectados por el delito.

5. El incumplimiento del pago de la reparación civil

En caso de incumplimiento del pago de la reparación civil, se puede solicitar vía ejecución de sentencia el embargo y remate de los bienes de los responsables civiles. Si el condenado no tiene bienes realizables para pagar la reparación civil, el artículo 98 del CP faculta al juez a señalar hasta un

tercio de la remuneración del condenado para cumplir dicho pago. La ley penal contempla la posibilidad de fraude al acreedor (en el presente caso, el agraviado) por parte del obligado al pago de la reparación civil. Ante esta situación, el artículo 97 del CP dispone la nulidad de los actos jurídicos practicados o de las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en la medida que disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación. El artículo 188A del Código de Procedimientos Penales y el artículo 15 del Código Procesal Penal se encargan de establecer las vías procesales para hacer efectiva esta acción de nulidad en el proceso penal[3498].

La nulidad de los actos de disposición de bienes en el proceso penal procede respecto de actos jurídicos de disposición de bienes como de asunción de obligaciones. No cabe, por el contrario, deducir esta acción de nulidad respecto de actos que frustran el incremento patrimonial, como la renuncia a una herencia[3499]. Esta acción puede dirigirse tanto a los procesados por el delito, como al tercero civilmente responsable[3500]. La acción de nulidad no alcanza a los actos jurídicos celebrados de buena fe[3501], aunque debe precisarse, por una interpretación sistemática con las normas civiles, que la buena fe no debería impedir la nulidad del acto jurídico si se ha realizado a título gratuito[3502].

Llama la atención que este dispositivo penal no contemple, como lo hace la regulación civil, la ineficacia del acto jurídico, sino su nulidad, lo que le daría a la reparación civil en el proceso penal un carácter más de orden público que estrictamente privado[3503]. En cualquier caso, la intención del legislador es la misma: evitar el fraude a los acreedores, pero por coherencia con la regulación civil no debería contemplarse una acción de nulidad, sino de ineficacia de los actos de disposición del patrimonio.

[3498] Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Nulidad de actos jurídicos*, p. 48 y s.

[3499] Así, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Nulidad de actos jurídicos*, p. 60.

[3500] En este sentido, GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Nulidad de actos jurídicos*, p. 62.

[3501] En el mismo sentido, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 315 y s.; EL MISMO/DELGADO TOVAR, *Nulidad de actos jurídicos*, p. 146; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 289, aunque citando una jurisprudencia aparentemente en sentido contrario.

[3502] Igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 316.

[3503] GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Nulidad de actos jurídicos*, p. 59, consideran más adecuada, de *lege ferenda*, la solución de la ineficacia, siendo posible la nulidad solamente si es que en el caso concreto se presentan razones de interés superior al simplemente reparatorio, pero de *lege lata* sostienen que se debe asumir como un supuesto de nulidad sui generis, en la medida que autoriza al agraviado a optar por la nulidad o la ineficacia.

Como cuestión final al respecto, hay que señalar que en nuestro Código Penal ha incorporado, siguiendo al Derecho penal español, una sanción penal para aquellos que generan dolosamente una situación de insolvencia para evitar el pago de la reparación civil en el proceso penal (artículo 417-A del CP).

6. Las vías judiciales

Muy discutido en el plano doctrinal y con líneas jurisprudenciales encontradas ha sido el tema de la obligatoriedad de la acción civil en el proceso penal. Mediante una interpretación unida al tenor del artículo 92 del CP, un sector doctrinal defiende la obligatoriedad de la reparación civil en sede penal, de manera que una sentencia penal que omita pronunciarse sobre la reparación civil es nula[3504]. Por nuestra parte, no compartimos esta interpretación, sino que pensamos que, en la medida que la acción civil se rige por un principio transitivo, no puede adquirir un carácter de orden público[3505]. Si bien la LOMP establece que le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción civil[3506], la cuestión civil no se somete al principio de legalidad procesal. En este sentido, el afectado puede no sólo renunciar al pago de una reparación civil, sino que está facultado a reservarse su derecho de solicitar el pago de una reparación civil en la vía civil. La intervención del Ministerio Público tiene solamente un carácter tuitivo para evitar que la víctima quede sin resarcimiento, pero resulta desplazado cuando ésta asume la defensa de su pretensión civil o renuncia a ella[3507]. El Ministerio Público actúa a nombre propio, pero afirmando derechos subjetivos ajenos[3508].

Resulta conveniente dejar esclarecido que la renuncia de la víctima a una reparación civil no implica la exclusión del agraviado del proceso penal. El agraviado constituye un sujeto procesal cuya intervención, con independencia del ejercicio o no de su pretensión civil, resulta necesaria para decidir el aspecto penal del conflicto. Esta relevancia de la intervención de la víctima se aprecia con mayor facilidad en el caso de los delitos perseguibles a instancia de parte o por querella. El Código Procesal Penal

---

[3504] Vid., así, Zarzosa Campos, *La reparación civil*, p. 181.
[3505] En la misma línea, Sánchez Velarde, *Manual*, p. 152.
[3506] Vid., Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 72.
[3507] Similarmente, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 103 y s.
[3508] Así, San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 342.

actual ha visto con mejor criterio esta situación, por lo que ha regulado de forma diferenciada la intervención en el proceso penal del agraviado, el querellante particular y el actor civil. Sólo este último puede efectivizar una pretensión civil en el proceso penal, siempre que se constituya como tal en dicho proceso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal como ha dispuesto la sentencia vinculante R.N. N° 1538-2005, la falta de constitución del agraviado como parte civil en el proceso penal no le impide solicitar el pago de la reparación civil alcanzada a instancias del fiscal, pues no se trata aquí de su participación procesal, sino de hacer cobro de un derecho judicialmente determinado.

Otro aspecto discutido en el plano doctrinal y jurisprudencial es la posibilidad de revisar en la vía civil la reparación civil impuesta mediante una sentencia penal. El principio general debe ser que la reparación civil impuesta definitivamente en el proceso penal constituye cosa juzgada. No obstante, esta afirmación no implica que en ningún caso pueda revisarse en la vía civil una reparación impuesta en sede penal. En primer lugar, puede presentarse un caso en el que no exista identidad de objeto, de manera que no puede hablarse de cosa juzgada[3509]. Así sería el caso, por ejemplo, si en el proceso penal la parte civil solamente ha recibido como reparación la restitución del bien, pero no existe pronunciamiento sobre la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En este caso, el actor civil mantiene plenamente su derecho de accionar en la vía civil para exigir el pago de la indemnización. Por otra parte, debe recordarse que las resoluciones judiciales que tienen el carácter de cosa juzgada pueden tener un alcance absoluto o relativo[3510]. Bajo esta lógica, consideramos que la cosa juzgada tendrá un carácter relativo si en el proceso penal no se actuaron pruebas dirigidas a demostrar la entidad del daño por razones no atribuibles a los afectados. En estos casos, la tutela judicial efectiva exigiría no negar la posibilidad de que en sede civil pueda acreditarse la entidad del daño y recibir una reparación civil justa.

[3509] Vid., sobre la identidad objetiva y subjetiva SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, p. 388; SÁNCHEZ VELARDE, *Manual*, p. 354; GARCÍA CAVERO, *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240.

[3510] Vid., GARCÍA CAVERO, *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y s.

BIBLIOGRAFÍA

- **AAVV,** *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000.
- **ABANTO VÁSQUEZ,** «Acerca de la teoría de los bienes jurídicos», en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, p. 1 y ss.
- **ABANTO VÁSQUEZ,** «Acerca de la naturaleza de la prescripción», *Libro Homenaje al Prof. Raúl Peña Cabrera*, I, Lima, 2006, p. 545 y ss.
- **ABANTO VÁSQUEZ,** «El principio de "certeza" en las leyes penales en blanco», *RPCP* 9, p. 15 y ss.
- **ABANTO VÁSQUEZ,** *Derecho penal económico*, Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997.
- **ABANTO, César,** «El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones», *RPCP* 11, p. 77 y ss.
- **ACALE SÁNCHEZ,** «Los delitos de mera actividad», *RDPC* 10 (2002), p. 25 y ss.
- **ACHENBACH,** *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2. Aufl., 2004. ACHENBACH, «Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 549 y ss.
- **ACHENBACH,** «Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch», *JuS* 1990, p. 607 y ss.
- **ACHENBACH,** *Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

- **ALBRECHT,** «Der Zugriff des Strafrechts auf die Kriminologie», en *Festschrift für E.A. Wolff*, Berlin, 1998, p. 1 y ss.
- **ALBRECHT,** *Der untaugliche Versuch*, Basel 1973.
- **ALCÁCER GUIRAO,** *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2004.
- **ALCÁCER GUIRAO,** *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, 2004.
- **ALCÁCER GUIRAO,** ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, Granada, 2002.
- **ALCÁCER GUIRAO,** «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC* 04-08 (2002), punto II.
- **ALCÁCER GUIRAO,** *Tentativa y formas de autoría*, Madrid, 2001.
- **ALCOCER POVIS,** *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima, 2009.
- **ALONSO FERNÁNDEZ,** *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Barcelona, 1999.
- **ALTENHAIN,** «Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», *ZStW* 107 (1995), p. 398 y ss.
- **Álvarez García,** «Bien jurídico y Constitución», *CPC* 43 (1991), p. 5 y ss.
- **Álvarez Dávila,** «La actio libera in causa. ¿Es plausible de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano», *Eta ius esto* 1, p. 127 y ss.
- **ALWART,** *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982.
- **AMBOS,** «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial», *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 119 (2011), p. 1 y ss.
- **AMBOS,** Introducción, en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), Montevideo, 2006, p. 34 y ss.
- **AMBOS,** *Nuevo Derecho penal internacional*, Lima, 2004.
- **AMELUNG,** «El concepto de "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», (trad. Ortiz de Urbina), en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 227 y ss.

- **AMELUNG,** «Die Neutraliesierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 16 y ss.
- **AMELUNG,** *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesselschaft*, Frankfurt a.M., 1972.
- **ANGIONI,** *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milan, 1983.
- **ANGULO ARANA,** «Efectos y requisitos de la prescripción de la pena», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 76 y ss.
- **ANTOLISEI/CONTI,** *Istituzioni di diritto penale*, Milán, 2000.
- **ANTOLISEI,** *La acción y el resultado en el delito*, México, 1959.
- **ARÁNGUEZ SÁNCHEZ,** *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000.
- **ARMAZA GALDÓS,** «Sobre la fuerza irresistible», *Estudios de Derecho Penal*, Libro Homenaje a Domingo García Rada, Emilio Armaza Galdós (coord.), Arequipa, 2006, p. 123 y ss.
- **ARMAZA GALDÓS,** «Estado agresivo y defensivo de necesidad», en *Anuario de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 2003, p.283 y ss.
- **ARMAZA GALDÓS,** «La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico», *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss.
- **ARMAZA GALDOS,** «El error de prohibición», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 41 y ss.
- **ARMENTA DEU,** *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, 1995.
- **AROCENA,** *Interpretación gramatical de la ley penal*, Lima, 2006.
- **ARROYO ZAPATERO,** «Derecho penal económico y Constitución», *Revista penal* 1 (1998), p. 1 y ss.
- **ARZT,** «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.
- **Ávalos Rodríguez,** «Limitación de días libres en el Derecho Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4, octubre de 2009, p. 43 y ss.
- **Ávalos Rodríguez/Robles Briceño,** *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, Lima, 2006.
- **AVALOS RODRÍGUEZ,** *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 14.

- **AYA ONSALO,** «La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos», en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), Bilbao, 1997, p. 71 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** «Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 35 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 63 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** *Derecho penal*, Parte General, Lima, 2004.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002.
- **BACIGALUPO ZAPATER.** *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** «La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico», y «El delito fiscal», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, pp. 53 y ss., 299 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** «El nuevo delito fiscal», *AP* 45 (1995), p. 883 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER,** «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición», en El Derecho penal hoy, *Libro homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 140 y ss.
- **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique,** «Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), T. V, Vol. 1, 1985, p. 315 y ss.
- **BACIGALUPO, S.,** «Las consecuencias accesorias aplicables a las personbas jurídicas en el Código penal de 1995», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 91 y ss.
- **BACIGALUPO, S.,** *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, 2007.
- **BACIGALUPO, S.,** *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998.
- **BACKES, O.,** *Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre, Habilitationsschrift*, Bielefeld, 1976.

- **BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO,** *Derecho penal económico*, Madrid, 2001.
- **BALDÓ LAVILLA,** *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.
- **BARATTA,** «Resocialización o control social», *Libro homenaje a Peña Cabrera*, Lima, 1991, p. 101 y ss.
- **BAUER,** *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830 (reimpresión, Goldbach 1996).
- **BAUMANN,** *Strafrecht*, AT, 8. Aufl. Bielefeld, 1977.
- **BAUMANN/WEBER/MITSCH,** *Strafrecht*, AT, 10. Aufl., Bielefeld, 1995.
- **BECKEMPER,** «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», *Jura* 2001, p. 169 y ss.
- **BEHRENDT,** «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 303 y ss.
- **BEHRENDT,** *Die Unterlassung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1979.
- **BELING,** *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000.
- **BELING,** *Esquema de Derecho penal*, (trad. Soler), Buenos Aires, 1944.
- **BELING,** *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, 1928.
- **BELING,** *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- **BELLO GORDILLO,** *Principio de irretroactividad de la ley penal: Fundamento y alcances*, Lima, 2008.
- **BEMMANN,** *Zur Frage der objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957.
- **BENDEZÚ BARNUEVO,** «¿Legítima defensa de bienes patrimoniales? El caso de Francisco Arce o del "robo de la laptop"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 49 y ss.
- **BENLLOCH PETIT,** «Las diferencias entre el injusto de la tentativa imperfecta y el de la tentativa perfecta y sus consecuencias en materia de desistimiento», en *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Sánchez Herrera (coord.), Bogotá D.C., 2002, p. 306 y ss.
- **BENTHAM,** *El panóptico*, Puebla, 1989.
- **BENTHAM,** *The Rationale of Punishment*, 1830.

- **BERNAL DEL CASTILLO,** «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en El nuevo Derecho penal español, *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 91 y ss.
- **BERNER,** *Wirkungskreis des Strafgesetzes*, Frankfurt a.M., Neudruck 1969.
- **BERNER,** *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Leipzig, 1857.
- **BERNER,** *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843.
- **BERZ,** «Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 331 y ss.
- **BERZ,** *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986.
- **BIGIO CHREM,** «La compra venta y transmisión de propiedad», en *Para leer el Código civil*, vol. I, Lima, 1988, p. 211 y ss.
- **BINDING,** *Grundriß des deutschen Strafrechts*, AT, 8 Aufl., Leipzig, 1913.
- **BINDING,** *Lehrbuch des Gemeinen Deustchen Strafrechts*, Besonderer Teil, I, Leipzig, 1902.
- **BINDING,** *Handbuch des Strafrechts*, Tomo I, Leipzig, 1885.
- **BINDING,** *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. 1, Leipzig, 1872.
- **BIRNBAUM,** *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, (trad. Guzmán Dalbora), Valparaíso, 2010.
- **BLANCO LOZANO,** «La aplicación temporal de las normas penales», *CPC* 71 (2000), p. 279 y ss.
- **BLAUTH,** *„Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968.
- **BLEI,** «Das Wahnverbrechen», *JA* 1973, p. 601 y ss.
- **BLOY,** *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976.
- **BOCK,** *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen, 1997.
- **BODERO,** *Relatividad y delito*, Bogotá, 2002.

- **BOHNERT,** «Warum Gesamtstrafenbildung?», *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.
- **BOIX REIG,** «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 123 y ss.
- **BOIX REIG/ORTS BERENGUER,** «Consideraciones sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en orden a la determinación de la pena», *RPCP* 7-8, p. 302 y ss.
- **BOLDOVA PASAMAR/QUINTEROS CAMACHO,** «Incomunicabilidad en las circunstancias de la participación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 45 y ss.
- **BOLDOVA PASAMAR,** *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.
- **BORJA JIMÉNEZ,** «La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho español», en Estudios Penales, *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 23 y ss.
- **BORJA JIMÉNEZ,** «La terminación del delito», *ADPCP* 1995, p. 104 y ss.
- **BORNEMANN,** *Das Zusammentreffen vertatbestandlichter Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe*, Baden-Baden, 2002.
- **BOTTKE,** «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 73 y ss.
- **BOTTKE,** *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB*, Berlin, 1980.
- **BRÄHLER,** *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und -ordnungswidrigkeiten*, Berlin, 2000.
- **BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES,** *Código Penal anotado*, 4ª ed., Lima, 2001.
- **BRAMONT ARIAS,** «Los principios rectores del nuevo Código penal. Título Preliminar», *Derecho* 46 (1992), p. 13 y ss.
- **BRAMONT ARIAS,** *La ley penal.* Curso de dogmática jurídica, Lima, 1950.
- **BRAMONT-ARIAS TORRES,** en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, Lima, 2004.

- **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.,** «Alcances de la Ley penal contra lavado de activos», *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65 y ss.
- **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.,** «Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores Ley 27287», *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 51 y ss.
- **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.,** «Controversias sobre la determinación del concurso de leyes y concurso de delitos», *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19 y ss.
- **BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO,** *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 4ª ed, Lima, 1998.
- **BREHM,** *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973.
- **BRICOLA,** «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1973.
- **BRUNS,** «Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzumgehendes Täterverhaltens», *GA* 1986, p. 1 y ss.
- **BRUNS,** *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, 1985.
- **BRUNS,** «Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht», *JR* 1984, p. 133 y ss.
- **BRUNS,** «Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)», *GA* 1982, p. 1 y ss.
- **BRUNS,** «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung», *JZ* 1958, p. 461 y ss.
- **BRUNS,** «Juristische Personen können wegen Devisenvergehens bestraft werden», *JZ* 1954, p. 253 y ss.
- **BRUNS,** «Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht», *JZ* 1954, p. 12 y ss.
- **BRUNS,** Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken, Berlin, 1938.
- **BRUNS,** Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?, Breslau, 1931.
- **BÜNGER,** «Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe», *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss.

- **BURGSTALLER,** «Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder Verletzten selbst», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 363 y s.
- **BURGSTALLER,** *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.
- **BURKHARDT,** «Rechtsirrtum und Wanhdelikt», *JZ* 1981, p. 681 y ss.
- **BURKHARDT,** *Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung*, Berlin, 1975.
- **BURKHARDT,** «Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen», *JZ* 1971, p. 352 y ss.
- **BUSCH, R.,** «Über die Abgrenzung von Tatbestand- und Verbotsirrtum», *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, 1954, p. 165 y ss.
- **BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE,** «Principio de legalidad y "ne bis in idem"», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 163 y ss.
- **BUSTOS RAMÍREZ,** *Obras completas*, I, Derecho penal, Parte general, Lima, 2004.
- **BUSTOS RAMÍREZ,** «Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)», *EPC* XII, Santiago de Compostela, 1989, p. 105 y ss.
- **BUSTOS RAMÍREZ,** *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, 1986.
- **BUSTOS RAMÍREZ,** «Política criminal y dolo eventual», *RJCat* 1984, p. 321 y ss.
- **CADUS,** *Die faktische Betrachtungsweise*, Berlin, 1984.
- **CALDERÓN SUSIN,** *Arrepentimiento espontáneo* (Estudio del artículo 9-9ª del Código penal), Madrid, 1990.
- **CALLIES,** *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974.
- **CANCHO ESPINAL,** «Un esbozo hacia una posible objetivación del dolo», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 15, septiembre de 2010, p. 75 y ss.
- **CANCHO ESPINAL,** «La disolución del error de tipo al revés y del error de prohibición al revés», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p. 48 y ss.
- **CANCIO MELIÁ,** «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 247 y ss.

- **CANCIO MELIÁ**, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en Dogmática penal y Ley penal, *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 57 y ss.
- **CANCIO MELIÁ,** «¿"Derecho penal" del enemigo?», en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 59 y ss.
- **CANCIO MELIÁ,** *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, 2001.
- **CANCIO MELIÁ,** *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México, 2001.
- **CANCIO MELIÁ,** «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo», *RPCP* 13, p. 155 y ss.
- **CANCIO MELIÁ,** «Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor», *RPDJP* 1 2000, p. 17 y ss.
- **CANCIO MELIÁ,** «Dogmática penal y Política criminal en una teoría funcional del delito», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 17 y ss.
- **CARBONELL MATEU,** *La justificación penal*, Madrid, 1982.
- **CARMONA,** *Premesse a un corso di diritto penale dell'economía*, Milán, 2002.
- **CARO CORIA,** en *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ambos/Malarino/Woischnik (ed.), Montevideo, 2006 p. 373 y ss.
- **CARO CORIA,** «El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06).
- **CARO CORIA,** «"sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo», *RPCP* 9, p. 197 y ss.
- **CARO CORIA,** «Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código penal peruano», en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 319 y ss.
- **CARO CORIA,** en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 3.
- **CARO CORIA,** *Derecho penal del ambiente*, Lima, 1999.

- **CARO JOHN,** «Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión», en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. *Anuario de Derecho Penal 2009*, Lima, 2011, p. 83 y ss.
- **CARO JOHN,** *Dogmática penal aplicada*, Lima, 2010.
- **CARO JOHN,** *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010.
- **CARO JOHN,** «Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del Derecho penal», en Estudios de Derecho penal, *Libro Homenaje a Domingo García Rada*, Armaza (coord.), Arequipa, 2006, p. 85 y ss.
- **CARO JOHN,** «La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 335 y ss.
- **CARO JOHN,** Recensión a Derecho penal económico, Parte general, Ara editores, Lima, 2003, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5 (2004), p. 441 y ss.
- **CARO JOHN,** «La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia», *RPCP* 4, p. 733 y ss.
- **CASTILLO ALVA,** *El delito de aborto*, Lima, 2005.
- **CASTILLO ALVA,** *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo I, artículo VII.
- **CASTILLO ALVA,** *Principios de Derecho penal*, Parte general, Lima, 2002.
- **CASTILLO ALVA,** *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001.
- **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», *Normas Legales*, T. 279, Agosto 1999, p. A-61 y ss.
- **CASTIÑEIRA,** *El delito continuado*, Barcelona, 1977.
- **CASTRO CORNEJO,** *El error en el Derecho penal*, Lima, 2010.
- **CASTRO SALINAS,** «Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria», *Themis* 35, p. 31 y ss.
- **CASTRO TRIGOSO,** «La reforma penal de las faltas introducida por la Ley N° 20407», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre 2009, p. 26 y ss.

- **CEREZO MIR,** *Derecho Penal*, Parte General, Montevideo, 2008.
- **CEREZO MIR,** «La regulación del error de prohibición en los códigos penales español y peruano», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 211 y ss.
- **CEREZO MIR,** «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *RDPC* 10 (2002), p. 52 y ss.
- **CEREZO MIR,** «La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», *RDPC* 1 (1998), p. 13 y ss.
- **CEREZO MIR,** *Curso de Derecho Penal español*, PG, II, 5ª ed., Madrid, 1997.
- **CEREZO MIR,** «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 77 y ss.
- **CEREZO MIR,** «Reflexiones críticas sobre el sistema de penas en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 338 y ss.
- **CERLETTI,** «Juicios de imputación y juicios causales», en El funcionalismo en Derecho penal, *Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 239 y ss.
- **CID/LARRAURI,** «Penas alternativas a la prisión en el Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 363 y ss.
- **COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN,** *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, 1999.
- **COCA VILA,** «Entre la solidaridad y la responsabilidad. El estado de necesidad defensivo», *InDret* 1/2011, p. 1 y ss.
- **CONTRERAS GONZÁLEZ,** «El principio de proporcionalidad de las penas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 57 y ss.
- **CORCINO BARRUETA,** «Redefiniendo la coautoría», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 375 y ss.
- **CORCOY BIDASOLO,** «Relación entre causalidad e imputación objetiva», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 171 y ss.
- **CORCOY BIDASOLO,** *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999.
- **CORCOY BIDASOLO,** *El delito imprudente*, Barcelona, 1989.

- **CÓRDOBA RODA,** «Consideraciones sobre el principio de legalidad», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 237 y ss.
- **CRAMER/STERNBERG-LIEBEN,** en Schönke/Schröder, *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 15, 16.
- **CUELLO CONTRERAS,** «Sobre el tipo de tentativa», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 253 y ss.
- **CHOCANO/VALLADOLID,** *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002.
- **CHOCLÁN MONTALVO,** *El delito continuado*, Madrid, 1997.
- **CHRISTIE,** *Los límites del dolor*, (trad. De Caso) México, 1988.
- **DANNECKER,** «La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho penal comunitario», (trad. Nieto Martín), *Revista penal* 3 (1999), p. 18 y ss.
- **DANNECKER,** «Sanciones y principios de la parte general en el Derecho de la competencia de las Comunidades Europeas», en Hacia un Derecho penal económico europeo, *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 553 y ss.
- **DANNECKER,** *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993.
- **DARNSTÄDT,** «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», *JuS* 1978, p. 441 y ss.
- **DE LEÓN VILLALBA,** «Alternativas a las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995», *RPCP* 7-8, p. 417 y ss.
- **DE VICENTE MARTÍNEZ,** «El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio», en El Nuevo Derecho penal español, *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 193 y ss.
- **DEDES,** «Die Sinndeutung der Handlung», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 187 y ss.
- **DEL RÍO LABARTHE,** *La etapa intermedia en el nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Lima, 2010.
- **DELGADO GUEMBES,** *Prerrogativas parlamentarias*, Lima, 2007.
- **DELZO LIVIAS,** «La injerencia como fuente de posición de garante en el artículo 13 del Código Penal Peruano», *Actualidad Jurídica*, T. 169, diciembre de 2007, p. 124 y ss.

- **DEMETRIO CRESPO,** «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y Política Criminal*, Lima, 2010, p. 261.
- **DEMETRIO CRESPO,** *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999.
- **DERKSEN,** *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.
- **DÍAZ PITA,** *El dolo eventual*, Valencia, 1994.
- **DIEZ RIPOLLÉS,** «Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del PCP80 (I)», *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.
- **DONATSCH,** «Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht», *SchwZStr* 105 (1988), p. 361 y ss.
- **DONATSCH,** «Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum», *SchwZStr* 102 (1985), p. 16 y ss.
- **DONINI,** «Dolo e prevenzione generale nei reati economici», *RTDPE* 1-2 (1999), p. 5 y ss.
- **DOPSLAFF,** «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale», *GA* 1987, p. 1 y ss.
- **DOVAL PAÍS,** *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.
- **DREHER,** «Über Strafrahmen», *Festschrift für Bruns*, Köln, 1978, p. 141 y ss.
- **ENGISCH,** *La causalidad como elemento de los tipos penales*, (trad. Sancinetti), Buenos Aires, 2008.
- **ENGISCH,** *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, (trad. Guzmán Dálbora), Buenos Aires, 2006.
- **ENGISCH,** *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl., Stuttgart, 1983.
- **ENGISCH,** «Der „umgekehrte Irrtum" und das „Umkehrprinzip"», *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 186 y ss.
- **ENGISCH,** *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Aufl., Heidelberg, 1965.
- **ENGISCH,** «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen», *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.

- **ENGISCH,** «Die normativen Tatbestandmerkmale im Strafrecht», *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, 1954, p. 127 y ss.
- **ENGISCH,** *Untersuchugen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.
- **ERB,** «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 455 y ss.
- **ERB,** *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991.
- **ESCOBAR ANTEZANO,** «El concurso aparente como un conflicto de reglas», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 57 y ss.
- **ESCRIVA GREGORI,** *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976.
- **ESCRIVÁ GREGORI,** «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», en *Papers* 13 (1980), p. 141 y ss.
- **ESER,** en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 1-7, 73.
- **ESER,** *Estudios de derecho penal médico*, Lima, 2001.
- **ESER,** *Derecho penal, medicina y genética*, Lima, 1998.
- **ESPINOZA GOYENA,** «La persona jurídica, en el nuevo proceso penal», en *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales,* Cubas/Doig/Quispe (coord.), Lima, 2005, p. 313 y ss.
- **ESPINOZA URBINA,** «La acción típica como elemento de la imputación penal», *Gaceta Jurídica* T. 204, noviembre 2010, p. 102 y ss.
- **EXNER,** «Fahrlässige Zusammenwirken», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 569 y ss.
- **EXNER,** *Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914.
- **EXNER,** *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1910.
- **FABIÁN CAPARRÓS,** *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998.
- **FAKHOURI GÓMEZ,** *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemático*, Pamplona, 2009.
- **FALKENSTETT,** *Zur Rechtsnatur der Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombinationen*, Diss., Heidelger, 1976.
- **FARALDO CABANA,** *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000.
- **FEDDERS,** *Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfeldelikten*, Baden-Baden, 2002.

- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «Derecho Penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa? », *InDret* 2/2011, p. 1 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret* 1/2007, p. 1 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** *Retribución y prevención general*, Montevideo, 2007.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 307 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?», en Dogmática penal y Ley penal, *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 235 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 217 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima, 2002.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC* 65 (1998), p. 271 y ss.
- **FEIJOO SÁNCHEZ,** «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?», *RPCP* 9, p. 277 y ss.
- **FELIP I SABORIT,** «El objeto del conocimiento de la antijuricidad», *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y ss.
- **FELIP I SABORIT,** *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, 2000.
- **FERNÁNDEZ SESSAREGO,** «Breves apuntes sobre el concepto jurídico de persona (desde la edad clásica hasta nuestros días)», *Ius et veritas* 12, p. 102 y ss.
- **FERNÁNDEZ TERUELO,** *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003.

- **FERNÁNDEZ,** *Culpabilidad y teoría del delito*, Montevideo, 1995.
- **FERRAJOLI,** *Derecho y razón*, (trad. Andrés Ibañez y otros), Madrid, 2006.
- **FERRERES COMELLA,** *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, 2002.
- **FERSCHL,** *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Frankfurt a.M., 1999.
- **FEUERBACH,** *Tratado de Derecho penal*, 14ª ed., (trad. Zaffaroni/Hagemeier), Buenos Aires, 2007.
- **FIANDACA/MUSCO,** *Derecho penal*, Parte General, (trad. Niño), Bogotá, 2006.
- **FIGUEROA GUTARRA,** «La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 22 (abril de 2011), p. 23 y ss.
- **FIGUEROA NAVARRO,** «Criterios para la elaboración de un sistema legal de penas conminadas en el Código Penal», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 415 y ss.
- **FIGUEROA NAVARRO,** «Reserva del fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta?», en www.unifr.ch/dppl/derechopenal
- **FLECHTHEIM,** *Hegels Strafrechtstheorie*, 2. Aufl., Berlin, 1975.
- **FRANCIA ARIAS,** «Notas sobre el principio de certeza de la ley penal», en *Libro Homenaje al Prof. Peña Cabrera*, I, Lima, 2006, p. 595 y ss.
- **FRANK,** *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Montevideo, 2004.
- **FRANK,** *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931.
- **FRANZHEIM,** «Parteispenden – Steuerhinterziehung – Straffreiheit?», *NStZ* 1982, p. 137 y ss.
- **FREUDENTHAL,** *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, (trad. Guzmán Dalbora), Montevideo, 2006.
- **FREUND,** *Strafrecht*, AT, Heidelberg, 1998.
- **FREUND,** *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992.
- **FRISCH,** «Delito y sistema del delito», en *El sistema integral del Derecho Penal*, Wolter/Freund (eds.), Madrid, 2004, p. 193 y ss.

- **FRISCH,** «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 539 y ss.
- **FRISCH,** «Faszinierendes, Berechtiges und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 219 y ss.
- **FRISCH,** «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias del Derecho penal», *InDret* 3/2007, p. 1 y ss.
- **FRISCH,** *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 2004.
- **FRISCH,** «La imputación objetiva: estado de la cuestión», (trad. Robles Planas), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 43 y ss.
- **FRISCH,** «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad», (trad. Peñaranda), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 18 y ss.
- **FRISCH,** «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», (trad. Paredes Castañón), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 125 y ss.
- **FRISCH,** *Tipo penal e imputación objetiva*, (trad. Cancio Meliá y otros), Madrid, 1995.
- **FRISCH,** «Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswisseschaftlicher Sicht», *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, en Frisch/Vogt (Hrsg.), Baden-Baden, 1994, p. 55 y ss.
- **FRISCH,** «La atenuación del marco penal en la tentativa», (trad. Sancinetti), *ADPCP* 1994, p. 161 y ss.
- **FRISCH,** *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsvertändnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg, 1993.
- **FRISCH,** «An den Grenzen des Strafrechts», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 97 y ss.
- **FRISCH,** «Selbstgefährdung im Strafrecht», *NStZ* 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss.
- **FRISCH,** «Über die „Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen», *GA* 1989, p. 354 y ss.
- **FRISCH,** «Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter" Afekttaten», *ZStW* 101 (1989), p. 610 y ss.

- **FRISCH,** «Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 113 y ss.
- **FRISCH,** *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983.
- **FRISCH/ROBLES PLANAS,** *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo, 2006.
- **FRISTER,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 53.
- **FRISTER,** «Nowehr im System der Notrechte», *GA* 1988, p. 291 y ss.
- **GALVÁN RAMOS,** «Supuestos de inimputabilidad penal», *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 95 y ss.
- **GÁLVEZ VILLEGAS,** «La solidaridad de la reparación civil entre los responsables del delito y los terceros civilmente obligados», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 1, Julio 2009, p. 48 y ss.
- **GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR,** *Nulidad de actos jurídicos de disposición de bienes en el proceso penal*, Lima, 2008.
- **GÁLVEZ VILLEGAS,** *El delito de la lavado de activos*, 2ª ed., Lima, 2009.
- **GÁLVEZ VILLEGAS,** *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Lima, 2005.
- **GALLAS,** «Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenslehre» en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1989, p. 52 y ss.
- **GALLAS,** «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 155 y ss.
- **GALLAS,** «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW* 80 (1968), p. 1 y ss.
- **GALLAS,** «Täterschaft unnd Teilnahme», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, p. 92 y ss.
- **GALLAS,** *La teoría del delito en su momento actual*, (trad. Córdoba Rodas), Barcelona, 1959.
- **GARCÍA ALBERÓ,** *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.
- **GARCÍA ÁLVAREZ,** *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999.

- **GARCÍA ARÁN,** «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *EPC* XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 63 y ss.
- **GARCÍA CANTIZANO,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 8, p. 332 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** «La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori», en *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, 2010, p. 189 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Lima, 2010.
- **GARCÍA CAVERO,** *Derecho penal económico*. Parte Especial, II, Lima, 2007.
- **GARCÍA CAVERO,** *Derecho penal económico*. Parte General, I, 2ª ed., Lima, 2007.
- **GARCIA CAVERO,** ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?, *Derecho penal del enemigo*, Tomo I, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 925 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** «El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales», *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** «La imputación subjetiva en Derecho penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 15 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo VIII (p. 211 y ss.), y artículo IX (p. 257 y ss.).
- **GARCÍA CAVERO,** *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003.
- **GARCÍA CAVERO,** «La nueva política criminal intimidatoria e inocuizadora: el caso de la seguridad ciudadana», *RPCP* 10, p. 211 y ss.
- **GARCÍA CAVERO,** *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.
- **GARCÍA NAVARRO,** «Implicancias penales y procesales del decomiso», *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 41 y ss.
- **GARCÍA PÉREZ,** *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*, Barcelona, 2008.
- **GARCÍA PÉREZ,** *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997.

- **GARCÍA PUENTE,** «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», *ADPCP* 1981, p. 84 y ss.
- **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,** *Criminología*, 1ª ed., Lima, 2008.
- **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,** *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000.
- **GEERDS,** «Der vorsatzausschließende Irrtum», *Jura* 1990, p. 421 y ss.
- **GEERDS,** *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961.
- **GEILEN,** «Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung», *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, p. 655 y ss.
- **GEPPERT,** «Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur des „fortgesetzten Handlung" - 1. Teil», *NStZ* 1996, p. 60 y ss.
- **GEPPERT,** «Grundzüge der Konkurrenzlehre», *Jura* 1982, pp. 358 y ss., 418 y ss.
- **GIERHAKE,** *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Berlin, 2005.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** «Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326 y ss.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», *Festschrift für Wezel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, p. 87 y ss.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** *Autores y cómplices en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- **GIMBERNAT ORDEIG,** «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.

- **GLANDIEN,** *Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht*, Herdecke, 2000.
- **GOLDSCHMIDT,** *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., Montevideo, 2002.
- **GOLDSCHMIDT,** *Der Notstand, ein Schuldsproblem, Viena*, 1913.
- **GÓMEZ BENÍTEZ,** Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, Madrid, 1988.
- **GONZALEZ CUSSAC,** *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000.
- **GONZÁLEZ RIVERO,** «Imputación jurídico-penal en estado de defecto», en Dogmática penal y Ley penal, Libro *Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 263 y ss.
- **GONZÁLEZ RIVERO,** *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Berlin, 2001.
- **GÖSSEL,** «La medición de la pena en el sistema del Derecho penal», (trad. Polaino Navarrete), *CPC* 42 (1990), p. 551 y ss.
- **GÖSSEL,** «Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB», *Festschrift für Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, p. 219 y ss.
- **GÖSSEL,** Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, Berlin, 1974.
- **GRACIA MARTÍN,** «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc
- **GRACIA MARTÍN,** *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- **GRACIA MARTÍN,** «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, *Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 361 y ss.
- **GRACIA MARTÍN,** «Instrumentos de imputación en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP* 16 (1993), p. 213 y ss.
- **GRACIA MARTÍN,** *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993.
- **GRACIA MARTÍN,** *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

- **GRACIA MARTÍN,** *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986.
- **GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBOS,** *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Gracia Martín (coord.), Valencia, 1996.
- **GRAF ZU DOHNA,** «Grenzen der Idealkonkurrenz», *ZStW* 61 (1942), p. 131 y ss.
- **GROSS,** *Handbuch für Untersuchungsrichter aus System der Kriminalistik*, Graz, 1894.
- **GROTEGUTH,** Norm- und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB, Berlin, 1993.
- **GRÜNWALD,** «Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad», (trad. Ziffer), en El error en el Derecho penal, Buenos Aires 1999, p. 167 y ss.
- **GÜBEL,** *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-Baden, 1994.
- **GÜNTHER, H-L,** *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, 1983.
- **GÜNTHER, K.,** *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M., 2005.
- **GÜNTHER, K.,** «Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 319 y ss.
- **GUILLERMO BRINGAS,** *La reparación civil en el proceso penal: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2011.
- **GUILLERMO BRINGAS,** «La prohibición de regreso en el Derecho penal», *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281 y ss.
- **GUILLERMO BRINGAS,** «Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación», *Revista Jurídica*, 1998, Colegio de Abogados de La Libertad, p. 204 y ss.
- **GUZMÁN,** *Manual de criminalística*, Buenos Aires, 2008.

- **HÄLSCHNER,** *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo 1, Bonn 1881.
- **HARDWIG,** «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW* 78 (1966), p. 1 y ss.
- **HARDWIG,** «Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1965, p. 97 y ss.
- **HARDWIG,** «Über den Begriff der Täterschaft», *JZ* 1965, p. 667 y ss.
- **HARDWIG,** *Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg, 1957.
- **HARDWIG,** «Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum», *GA* 1956, p. 369 y ss.
- **HARDWIG,** «Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe», *GA* 1954, p. 353 y ss.
- **HARTUNG,** *Steuerstrafrecht Kommentar*, 3. Aufl., Berlin, 1962.
- **HASSEMER,** «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)», en *RPDJP* 1 (2000), p. 109 y ss.
- **HASSEMER,** *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000.
- **HASSEMER,** «Interkulturelles Strafrecht», *Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1998, p. 104 y ss.
- **HASSEMER,** «¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal», (Trad. Zafra), *Persona y Derecho* 35 (1996), p. 143 y ss.
- **HASSEMER,** *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Obra conjunta con Muñoz Conde, Valencia, 1995.
- **HASSEMER,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 2.
- **HASSEMER,** «La ciencia jurídico-penal en la República federal alemana», (trad. Hormazábal), *ADPCP* 1993, p. 55 y ss.
- **HASSEMER,** «Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1990, p. 201 y ss.
- **HASSEMER,** «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina penal* 46-47 (1989), p. 275 y ss.
- **HASSEMER,** *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984.

- **HASSEMER,** «Über die Berücksichtigung von Folgen bei Auslegung der Strafgesetze», en *Festschrift für H. Coing*, I, München, 1982, p. 504 y ss.
- **HASSEMER,** *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1973.
- **HAU,** *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlin, 1974.
- **HEFENDEHL,** «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?», (trad. Salazar Ortuño), *RECPC* 04-14 (2002).
- **HEGEL,** *Die Philosophie des Rechts*, Ilting (ed.), Stuttgart, 1983.
- **HEGEL,** *Grundlinien der Philosophie des Rechts, en Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Michel (ed.), vol. 7, Frankfurt a.M., 1970.
- **HEGLER,** «Die Merkmale des Verbrechen», *ZStW* 36 (1915), p. 19 y ss.
- **HELLMER,** «Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen», *GA* 1956, p. 65 y ss.
- **HENKEL,** *Die „richtige" Strafe*, Tübingen, 1969.
- **HENKEL,** «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip», *Festschrift für Mezger*, München, 1954, p. 299 y ss.
- **HERBERGER,** «Die deskriptiven und die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), Kronberg, 1976, p. 124 y ss.
- **HERNÁNDEZ PLASENCIA,** «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.
- **HERVADA,** *Introducción crítica al Derecho Natural*, Piura, 1999.
- **HERVADA,** *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, 1992.
- **HERZBERG,** «Zum Grundgedanken des § 24 StGB», *NStZ* 1989, p. 49 y ss.
- **HERZBERG,** «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS* 1986, p. 249 y ss.
- **HERZBERG,** «Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH», *JuS* 1980, p. 469 y ss.
- **HERZBERG,** *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.
- **HERZOG,** *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991.

- **HIGUERA GUIMERA,** *Las excusas absolutorias*, Madrid, 1993.
- **HILGENDORF,** *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993.
- **HIRSCH,** «Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho» (trad. Gúzman Dálbora), en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 129 y ss.
- **HIRSCH,** «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», *Festschrift für Lenckner*, München, 1998, p. 133 y ss.
- **HIRSCH,** «Gefahr und Gefährlichkeit», *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg 1993, p. 548 y ss.
- **HIRSCH,** «El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel», (trad. Mariano Bacigalupo), en *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, p. 19 y ss.
- **HIRSCH,** «Der „unmitellbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *Festschrift für Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln, 1985, p. 111 y ss.
- **HIRSCH, Anmerkung,** *JR* 1983, p. 78 y ss.
- **HIRSCH,** «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *ZStW* 94 (1982), p. 239 y ss.
- **HIRSCH,** «Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte», *GA* 1972, p. 65 y ss.
- **HOHMANN,** *Personalität und strafrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1993.
- **HONIG,** «Kausalität und objektive Zurechnung», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 174 y ss.
- **HONIG,** *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919.
- **HÖPFNER,** *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, Berlin 1901.
- **HORMAZÁBAL MALARÉE,** *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Lima, 2005.
- **HORN,** «Wider die "doppelspurige Strafhöhenzumessung», *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 241 y ss.
- **HORN,** *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

- **HORN,** *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin, 1969.
- **HORN,** *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1962.
- **HÖRNLE,** «Matar para salvar muchas vidas», (trad. Pastor) *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.
- **HÖRNLE,** *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2003.
- **HRUSCHKA,** «Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie" „eingeschränkt"?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 441 y ss.
- **HRUSCHKA,** «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ* 1995, p. 22 y ss.
- **HRUSCHKA,** «Reglas de conducta y reglas de imputación», (trad. Baldó Lavilla), *ADPCP* 1994, p. 343 y ss.
- **HRUSCHKA,** *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin, 1988.
- **HRUSCHKA,** «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Festschrift für Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, München, 1985, p. 191 y ss.
- **HRUSCHKA,** «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand», *NJW* 1980, p. 21 y ss.
- **HRUSCHKA,** *Strukturen der Zurechnung*, Berlin, 1976.
- **HRUSCHKA,** «Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten», *GA* 1967, p. 42 y ss.
- **HULSMAN/BERNAT DE CELIS,** *Sistema penal e inseguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, (trad. Politiff), Barcelona, 1984.
- **HURTADO POZO,** *Derecho Penal*, Parte General, I, 3ª ed., Lima, 2005.
- **HURTADO POZO,** «Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo», en *Anuario de Derecho Penal*: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 1999, p. 233 y ss.
- **IÑIGO CORROZA,** *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001.
- **JAEN VALLEJO,** *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*, Barcelona, 2006.

- **JÄGER**, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, München, 1996.
- **JAKOBS,** «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal», (trad. Polaino Orts), en *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima, 2010, p. 11 y ss.
- **JAKOBS,** «Dolus malus», (trad. Fakhouri), *InDret* 4/2009, p. 1 y ss.
- **JAKOBS,** «Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena», *InDret* 1/2009, p. 1 y ss.
- **JAKOBS,** «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», (trad. Cancio), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cancio/Feijoo (ed.), Madrid, 2008, p. 23 y ss.
- **JAKOBS,** «Actuar y omitir», (trad. Cancio), Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro *Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 157 y ss.
- **JAKOBS,** «La conducta de desistimiento», (trad. Cancio Meliá), en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 549 y ss.
- **JAKOBS,** *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004.
- **JAKOBS,** «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y pe· misión», (trad. Feijoo), *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.
- **JAKOBS,** «El lado subjetivo del hecho», (trad. Cancio), en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, *Libro homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Yacobucci (dr.), Lima, 2005, p. 119 y ss.
- **JAKOBS,** «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 21 y ss.
- **JAKOBS,** «Personalidad y exclusión en el Derecho penal», (trad. Manso), El Funcionalismo en Derecho penal, *Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Bogotá, 2003, p. 71 y ss.}
- **JAKOBS,** *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid, 2003.
- **JAKOBS,** «La denominada *actio libera in causa*», RPDJP 2 (2001), p. 201 y ss.

- **JAKOBS**, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación» (Cancio Meliá), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 621 y ss.
- **JAKOBS**, «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person», Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, 2001, p. 795 y ss.
- **JAKOBS**, «La omisión: estado de la cuestión», (trad. Sánchez-Vera), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 133 y ss.
- **JAKOBS**, *Acción y omisión en el Derecho penal*, (trad. Rey/Sánchez-Vera), Bogotá, 2000.
- **JAKOBS**, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», (trad. Cancio Meliá), en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 165 y ss.
- **JAKOBS**, «¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 43 y ss.
- **JAKOBS**, *Norm, Person und Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin, 1999.
- **JAKOBS**, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1998.
- **JAKOBS**, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma», (trad. Sánchez-Vera), *PJ*, 49 (1998), p. 297 y ss.
- **JAKOBS**, *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., (trad. Cuello Contreras/González Serrano de Murillo), Madrid, 1998.
- **JAKOBS**, «La competencia por organización en el delito omisivo», (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 347 y ss.
- **JAKOBS**, «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p.101 y ss.
- **JAKOBS**, «Culpabilidad y prevención», (trad. Suárez Gonzalez), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 73 y ss.
- **JAKOBS**, «El principio de culpabilidad», (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 365 y ss.
- **JAKOBS**, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996.

- **JAKOBS,** *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, (trad. Cancio), Bogotá, 1996.
- **JAKOBS,** *La imputación objetiva en Derecho penal*, (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996.
- **JAKOBS,** *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio Meliá/ Feijoo Sánchez), Madrid, 1996.
- **JAKOBS,** «Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA* 1996, p. 253 y ss.
- **JAKOBS,** «Observaciones sobre la imputación objetiva», (trad. Fakhouri), *PJ* 56, p. 119 y ss.
- **JAKOBS,** «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», (trad. Cuello Contreras), *ADPCP* 1989, p. 635 y ss.
- **JAKOBS,** «Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?», en *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982, p. 75 y ss.
- **JAKOBS,** *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.
- **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996.
- **JESCHECK,** *Tratado de Derecho penal*, (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), I, Barcelona, 1985.
- **JESCHECK,** «Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts», *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 579 y ss.
- **JESCHECK,** «Die strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 139 y ss.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA,** *Principios de Derecho Penal, La ley y el delito*, Buenos Aires, 2005.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA,** *Tratado de Derecho Penal*, I, Buenos Aires, 1950.
- **JIMÉNEZ NIÑO,** «La determinación de la pena... El esbozo continúa», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 35 y ss.
- **JIMÉNEZ NIÑO,** «La determinación de la penal. Un primer esbozo a una interpretación que no se quiere ver», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13, julio 2010, p.63 y ss.
- **JORGE BARREIRO,** «Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 285 y ss.

- **JORGE BARREIRO.** «Las medidas de seguridad en la reforma penal española», en Política criminal y reforma penal, *Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid. 1993, p. 725 y ss.
- **JOSHI JUBERT,** *La doctrina de la «actio libera in causa»*, Barcelona, 1992.
- **JUÁREZ URBINA,** «La teoría de la acción en la dogmática penal», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 473 y ss.
- **KAHLO,** *Das Problem des Pflichtwidrikeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990.
- **KANT,** *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl., Königsberg, 1798.
- **KARGL,** *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlin, 1991.
- **KARGL,** *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt a.M., 1982.
- **KAUFMANN, Armin,** *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1988 (reimpresión de la edición de 1954).
- **KAUFMANN, Armin,** «„Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 251 y ss.
- **KAUFMANN, Armin,** Kaufmann, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, p. 393 y ss.
- **KAUFMANN, Armin,** «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conergan-Verfahren», *JZ* 1971, p. 569 y ss.
- **KAUFMANN, Armin,** «Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 319 y ss.
- **KAUFMANN, Armin,** *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.
- **KAUFMANN, Armin,** «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», *ZStW* 70 (1958), p. 64 y ss.
- **KAUFMANN, Armin,** «Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung», *JZ* 1955, p. 37 y ss.
- **KAUFMANN, Arthur,** *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, München, 1982.
- **KAUFMANN, Arthur,** *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976.

- **KAUFMANN, Arthur,** «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Darstellung am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 340.
- **KAUFMANN, Arthur,** «Die ontologische Struktur der Handlung», *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966, p. 79 y ss.
- **KAUFMANN, Arthur,** *Analogie und „Natur der Sache"*, Karlsruhe, 1965.
- **KAUFMANN, Arthur,** *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950.
- **KAUFMANN, H.,** *Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968.
- **KELSEN,** *Teoría pura del derecho*, (trad. Nilve), Buenos Aires, 1977.
- **KIENAPFEL,** «Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum», *ÖJZ* 1976, p. 113 y ss.
- **KIENAPFEL,** *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1966.
- **KINDHAUSER,** «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal», *Indret*, 1/2009, p. 1 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret* 4/2008, p. 1 y ss.
- **KINDHÄUSER,** *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Baden-Baden, 2008.
- **KINDHÄUSER,** *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, 2008.
- **KINDHÄUSER,** «¿Indiferencia como dolo?», (trad. García Cavero), en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 33 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «¿Indiferencia como dolo?», (trad. García Cavero), en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 33 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad» (trad. García Cavero), *RPDJP*, 1, p. 171 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», (trad. Córdova/Bruzzone), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 144 y ss.
- **KINDHÄUSER,** *Strafrecht*, BT, II, Baden-Baden, 1998.

- **KINDHÄUSER,** «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en: *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Koch (Hrsg.), Berlin, 1997, p. 81 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA* 1994, p. 200 y ss.
- **KINDHÄUSER,** *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989.
- **KINDHÄUSER,** «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit», *JuS* 1985, p. 100 y ss.
- **KINDHÄUSER,** «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.
- **KINDHÄUSER,** *Intentionale Handlung*, Berlin, 1980.
- **KÖHLER, A.,** *Deutsches Strafrecht*, AT, Leipzig, 1917.
- **KÖHLER,** «La imputación subjetiva: estado de la cuestión», (trad. Sánchez-Ostiz), en *Sobre el estado de la teoría del Derecho*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 71 y ss.
- **KÖHLER,** *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin, 1997.
- **KÖHLER,** *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.
- **KOHLMANN,** *Steuerstrafrecht*, Kohlmann, 7. Aufl., Köln, 1997, estado: noviembre de 2000.
- **KÖLBEL,** «Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung», *GA* 2002, p. 403 y ss.
- **KORIATH,** «Zum Streit um die Gefährdungsdelikte», *GA* 2001, p. 53 y ss.
- **KORIATH,** «Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre», *Jura* 1996, p. 113 y ss.
- **KORIATH,** *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994.
- **KÖSTLIN,** *Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.
- **KRACK,** «Die tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht», *NStZ* 2001, p. 505 y ss.
- **KRATZSCH,** «Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?», *JA* 1983, pp. 420 y ss., 578 y ss.
- **KREY/SCHNEIDER,** «Die eigentliche Vorsatz- Fahrlässigkeitskombination nach geltendem und künftigem Recht », *NJW* 1970, p. 640 y ss.

- **KRÜMPELMANN,** «Die normative Korrespondez zwischen Verhalten und Erfolg», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 313 y ss.
- **KÜCHENHOFF,** «Individueller Normenirrtum? – Höchstens genereller Normenirrtum als strafrechtlicher Entschuldigungsgrund», en *Festschrift für Rittler*, Aalen, 1957, p. 195 y ss.
- **KÜHL,** «Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 819 y ss.
- **KÜPPER,** *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.
- **KÜPER,** «Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtsfertigung und Entschuldigung», *JuS* 1987, p. 81 y ss.
- **KÜPPER,** «Strafvereiteilung und „sozialadäquate" Handlungen», *GA* 1987, p. 401 y ss.
- **KÜPPER,** *Der „unmittelbaren" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Berlin, 1982.
- **KUHLEN,** «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», (trad. Bolea Bardon), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/ Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 237 y ss.
- **KUHLEN,** *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989.
- **KUHLEN,** *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a.M., 1987.
- **KUHLEN,** «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *GA* 1986, p. 389 y ss.
- **KUNERT,** «Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes», *NStZ* 1982, p. 276 y ss.
- **KUNERT,** Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin, 1958.
- **KUNZ,** «Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?», *GA* 1983, p. 457 y ss.
- **LABSCH,** «Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH», *wistra*, 1985, p. 1 y ss.
- **LACKNER,** *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967.

- **LAMPE, J.,** «Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht», *ZStW* 79 (1967), p. 476 y ss.
- **LANGE,** «Die Strafgesetzgeber und die Schuldlehre», *JZ* 1956, p. 73 y ss.
- **LANGE,** «Zum Denunziantenproblem», *SJZ* 48, p. 309 y s.
- **LANGER,** «Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung», *GA* 1976, p. 193 y ss.
- **LANG-HINRICHSEN,** «Bermerkungen zum Begriff der „Tat" im Strafrecht», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 353 y ss.
- **LANG-HINRICHSEN,** «Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum», *JR* 1952, p. 184 y ss.
- **LARENZ,** Derecho justo. *Fundamentos de ética jurídica*, (trad. Díez Picazo), Madrid, 1990.
- **LARENZ,** *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.
- **LASCURAÍN SÁNCHEZ,** «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 587 y ss.
- **LASCURAÍN SÁNCHEZ,** *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000.
- **LAURENZO COPELLO,** *Dolo y conocimiento*, Valencia 1999.
- **LAURENZO COPELLO,** *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992.
- **LAURENZO COPELLO,** *El aborto no punible*, Barcelona, 1990.
- **LAUTERBACH,** *Internationales Strafrecht und Teilnahme*, Breslau, 1933.
- **LEÓN ALVA,** «La idoneidad y la inidoneidad de la tentativa de delito. Sobre las pretendidas clases de tentativa delictiva», *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 117 y ss.
- **LEMKE,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, preliminares a los §§ 3-7.
- **LENCKNER/PERRON,** en *Schönke/Schröder StGB*, 26. Aufl., München, 2001, § 14, preliminares a los §§ 13 y ss., preliminares a los §§ 32 y ss.
- **LENCKNER,** *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965.

- **LESCH,** «Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht?», en *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1 (2001), p. 1 y ss.
- **LESCH,** *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, (trad. Ragués), Bogotá, 2001.
- **LESCH,** *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn, 2000.
- **LESCH,** *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.
- **LESCH,** «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtum», *JA* 1996, pp. 346 y ss., 504 y ss.
- **LESCH,** *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 1995.
- **LESCH,** *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1992.
- **LINDNER,** «Die Behandlung des Verbotsirrtums als strafprozeßrechtliches Problem», *NJW* 1960, p. 657 y ss.
- **LÓPEZ PEREGRÍN,** *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.
- **LORENZEN,** *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981.
- **LÖW,** *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtumm nach § 17 StGB*, Frankfurt a.M., 2002.
- **LÜDERSSEN,** «Irrtum und Prävention», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 469 y ss.
- **LÜDERSSEN,** «Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung», *Festschrift für Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 341 y ss.
- **LÜDERSSEN,** *Zum Strafgrund der Teilnahme*,Baden-Baden, 1967.
- **LUHMANN,** *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1995.
- **LUHMANN,** *El sistema jurídico y dogmática jurídica*, (trad. de Otto), Madrid, 1983.
- **LUHMANN,** «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?», en *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., 1981, p. 5 y ss.
- **LUZÓN PEÑA,** *Curso de Derecho penal*, PG, Madrid, 1996.

- **LUZÓN PEÑA,** «Causas de atipicidad y causas de justificación», en *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), Pamplona, 1995, p. 21 y ss.
- **MAIER,** «¿Es la reparación una tercera vía del Derecho penal?», en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 215 y ss.
- **MAIHOFER,** «Der soziale Handlungsbegriff», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 156 y ss.
- **MAIWALD,** «Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 465 y ss.
- **MAIWALD,** *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984.
- **MAIWALD,** «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?», *ZStW* 86 (1974), p. 636 y ss.
- **MAIWALD,** «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte», *GA* 1974, p. 257 y ss.
- **MAIWALD,** *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964.
- **MANSO PORTO,** «La regulación del error en el Código penal peruano», *RPCP* 12, p. 70 y ss.
- **MANSO PORTO,** *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, 1999.
- **MAQUEDA ABREU,** «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, p. 186 y ss.
- **MARTICORENA COLLANTES,** «La individualización de los efectos de la prescripción», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 59 y ss.
- **MARTICORENA COLLANTES,** «Criterios para la interpretación del tipo de omisión impropia previsto en el artículo 13 del Código Penal Peruano», *Actualidad Jurídica*, T. 166, septiembre de 2007, p. 118 y ss.
- **MARTIN,** *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg, 1989.

- **MARTÍNEZ ESCAMILLA,** «Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal», en Política criminal y nuevo Derecho penal, *Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 331 y ss.
- **MARTÍNEZ ESCAMILLA,** «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a derecho en la imputación objetiva del resultado?», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), Madrid, 1994, p. 106 y s.
- **MARTÍNEZ ESCAMILLA,** *El desistimiento en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- **MARTÍNEZ ESCAMILLA,** *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- **MARTÍNEZ PÉREZ,** *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,** *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, 2ª ed., Valencia, 2007.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,** «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 415 y ss.
- **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,** «El delito de defraudación tributaria», *Revista penal* 1 (1998), p. 63 y ss.
- **MARX,** *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln, 1972.
- **MARXEN,** Nomos Kommenter zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 14.
- **MATA Y MARTÍN,** *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.
- **MATUS ACUÑA,** *El concurso aparente de leyes*, Santiago de Chile, 2008.
- **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht*, AT, T. I, 8. Aufl., Heidelberg, 1992.
- **MAURACH,** «Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 301 y ss.
- **MAYER, H.,** *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967.
- **MAYER, M. E.,** *Derecho penal*, Parte General, (trad. Politoff), Montevideo, 2007.

- **MAYER, M. E.,** *Normas jurídicas y normas de cultura*, (trad. Guzmán Dalbora), Buenos Aires, 2000.
- **MAZUELOS COELLO,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, art. 24.
- **MAZUELOS COELLO,** «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro"», *Advocatus*, diciembre 2001, p. 173 y ss.
- **MAZUELOS COELLO,** *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996.
- **MAZUREK,** «Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB», *JZ* 1976, p. 233 y ss.
- **MEDINA FRISANCHO,** «La imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 55 y ss.
- **MEDINA TAPIA,** «La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 22 (abril de 2011), p. 13 y ss.
- **MEINECKE,** *Die Gesetzgebungssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB*, Frankfurt a.M., 2000.
- **MEINI MÉNDEZ,** *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima, 2009.
- **MEINI MÉNDEZ,** *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, 2008.
- **MEINI MÉNDEZ,** «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP», en Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 2003, p. 415 y ss.
- **MEINI MÉNDEZ,** «El "actuar en lugar de otro" en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal», *Revista jurídica del Perú*, N° 28, noviembre 2001, p. 127 y ss.
- **MEINI MÉNDEZ,** *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUC, Lima, 1999.
- **MÉNDEZ RODRÍGUEZ,** *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- **MENDOZA BUERGO,** «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC* 9 (2002), p. 71 y ss.

- **MERA PALOMINO,** «La acción en la sistemática del Derecho Penal», *Actualidad Jurídica*, T.170, enero de 2008, p. 120 y ss.
- **MERKEL,** *Derecho Penal*, Parte General, (trad. Dorado Montero), Montevideo, 2006.
- **MEYER, D.,** «Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums und Erkundigungspflicht – KG, JR 1978, 166», *JuS* 1979, p. 250 y ss.
- **MEYER, F.,** «Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht», *NStZ* 1986, p. 443 y ss.
- **MEYER, J.,** «Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht – OLG Dusseldorf, *NStZ* 1981, p. 444», *JuS* 1983, p. 513 y ss.
- **MEZGER,** «Die Handlung im Strafrecht», *Festschrift für Rittler*, Aalen 1957, p. 119 y ss.
- **MEZGER,** *Tratado de Derecho penal*, PG, I y II, (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid, 1957.
- **MEZGER,** *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950.
- **MEZGER,** «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin 1944, p. 180 y ss.
- **MEZGER,** «Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht», *JW* 1938, p. 3265 y ss.
- **MIR PUIG,** *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed., Barcelona, 2005.
- **MIR PUIG,** «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Jiménez Villarejo (dir.), CGPJ, Madrid, 1995, p. 11 y ss.
- **MIR PUIG,** «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, p. 49 y ss.
- **MIR PUIG,** *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.
- **MIR PUIG,** *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- **MITSCH,** «Gesetzeseinheit im Strafrecht», *JuS* 1993, p. 471 y ss.
- **MOCCIA,** «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», (trad. Ragués i Vallès), en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 113 y ss.
- **MOHRBOTTER,** «Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB», *ZStW* 88 (1976), p. 923 y ss.

- **MOLINA FERNÁNDEZ,** «La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 691 y ss.
- **MOLINA FERNÁNDEZ,** *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- **MOMETHIANO SANTIAGO,** «Legítima defensa como ratificación y no represión del Derecho Penal material y formal», en *El penalista de la América Austral*, Ofrenda académica al Prof. E. R. Zaffaroni, Mendoza/Armaza/Urquizo (coord.), Arequipa, 2010, p. 131 y ss.
- **MONTENBRUCK,** «Gesamtstrafe – eine verkappte Einheitsstrafe?», *JZ* 1988, p. 332 y ss.
- **MONTES FLORES,** «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322 y ss.
- **MORENO-TORRES HERRERA,** *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004.
- **MORSELLI,** «Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 402 y ss.
- **MÜLLER, H.,** *Der Irrtum über negative Tatumstände*, Regensburg, 1958.
- **MÜSSIG,** «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», (trad. Cancio Meliá), en *Teoría de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 197 y ss.
- **MÜSSIG,** «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal», (trad. Cancio/Peñaranda), *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.
- **MÜSSIG,** *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a.M., 1994.
- **MUÑOZ CONDE,** *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo, 2003.
- **MUÑOZ CONDE,** «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista penal* 9 (2002), p. 75 y ss.
- **MUÑOZ CONDE,** *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000.

- **MUÑOZ CONDE,** «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 265 y ss.
- **MUÑOZ CONDE,** «Theoretische Begründung uns systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *ZStW* 84 (1972), p. 778 y ss.
- **MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN,** *Derecho penal*, PG 5ª ed., Valencia, 2002.
- **MURMANN,** *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999.
- **MUSCO,** *Bene Giuridico e tutele dell'Onore*, Milan, 1974.
- **NAKASAKI SERVIGÓN,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 8.
- **NAUCKE,** *Derecho Penal.* Una introducción, (trad. Brond), Buenos Aires, 2006.
- **NAUCKE,** «Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, Heidelberg, 1983, p. 1 y ss.
- **NAUCKE,** «Über das Regreßverbot im Strafrecht», *ZStW* 76 (1964), p. 409 y ss.
- **NAVARRO FRÍAS,** «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costos y beneficios», *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.
- **NEUMANN, U.,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 17.
- **NEUMANN, U.,** «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS* 1993, p. 793 y ss.
- **NEUMANN, U.,** «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 225 y ss.
- **NEUMEYER,** «Das verbotene Handlung im internationalen Strafrecht», *ZStW* 23 (1903), p. 439 y ss.
- **NEYRA FLORES,** *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima, 2010.
- **NIEDERMAIR,** «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 107 (1995), p. 507 y ss.
- **NIETO MARTIN,** «Introducción al Derecho penal económico español», pro manuscripto.

- **NIETO MARTÍN,** *El delito de quiebra*, Valencia, 2000.
- **NIETO MARTÍN,** *El conocimiento del Derecho*, Barcelona, 1999.
- **NIGGLI,** «Ultima ratio?», *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss.
- **NINO,** *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980.
- **NITZE,** *Die Bedeutung der Entsprechgungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, 1989.
- **OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO,** «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, *Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1129 y ss.
- **OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, ,** «El actuar en nombre de otro», *ADPCP*, 1984, p. 23 y ss.
- **OEHLER,** Voz: Internationales Strafrecht, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.
- **OEHLER,** *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Köln, 1983.
- **OEHLER,** «Theorie des Strafanwendungsrechts», *Festschrift für Grütner zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1970, p. 111 y ss.
- **OEHLER,** «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt», *ZStW* 69 (1957), p. 503 y ss.
- **OLIVER CALDERÓN,** *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, 2007.
- **ORÉ SOSA,** *Temas de derecho penal*, Lima, 2009.
- **ORTEGA Y GASSET,** *El Espectador*, 4ª ed., 2007, Madrid.
- **OSSANDÓN WIDOW,** *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago de Chile, 2009.
- **OSTENDORF,** «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *JuS* 1982, p. 426 y ss.
- **OTTO,** «Das Strafbarkeit berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *JZ* 2001, p. 441 y ss.
- **OTTO,** «„Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», *Festschrift für Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, p. 214 y ss.

- **OTTO,** Grundkurs, *Strafrecht*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996.
- **OTTO,** «Der Verbotsirrtum», *Jura* 1990, p. 645 y ss.
- **OTTO,** «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbrauchschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 339 y ss.
- **OTTO,** «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW* 87 (1975) p. 539 y ss.
- **OTTO,** «Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt», *GA* 1967, p. 144 y ss.
- **PAEFFGEN,** «Observaciones acerca del error de tipo permisivo», (trad. Córdova), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 184 y ss.
- **PAEFFGEN,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 18.
- **PAGLIARO,** *Principi di diritto penale*, Parte generale, 5ª ed., Milano, 1996.
- **PANTA CUEVA,** «La prescripción en el acuerdo plenario N° 01-2010/CJ 116», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 20 (febrero de 2011), p. 23 y ss.
- **PARDO/PATTERSON,** «Fundamentos filosóficos de la neurociencia y del Derecho», *InDret* 2/2011, p. 1 y ss.
- **PAREDES CASTAÑÓN,** «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 45 y ss.
- **PAREDES CASTAÑÓN,** *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, obra conjunta con Rodríguez Montañés, Valencia, 1995.
- **PAREDES CASTAÑÓN,** *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995.
- **PAREDES VARGAS,** «Teoría del concurso de leyes y delitos», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 72 y ss.
- **PAREDES VARGAS,** «Los delitos preterintencionales, los delitos cualificados y determinados por el resultado, y el principio de culpabilidad en el Código penal Peruano», en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004, p. 375 y ss.
- **PAREDES VARGAS,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20 inciso 7.

- **PARIONA ARANA,** «La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 23 (mayo de 2011), p. 221 y ss.
- **PARIONA ARANA,** «La teoría de los delitos de infracción de un deber», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 19, enero de 2011, p. 69 y ss.
- **PARIONA ARANA,** «El "hecho posterior" impune en el Derecho penal», en *Derecho Penal y Modernidad*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2010, p. 181 y ss.
- **PARIONA ARANA,** *Autoría mediata por organización*, Lima, 2009.
- **PASTOR,** «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs, Lima, 2005, p. 777 y ss.
- **PAWLIK,** «Strafe oder Gefahrenbekämpfung?», *ZIS* 7/2006, p. 274 y ss.
- **PAWLIK,** *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.
- **PAWLIK,** *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002.
- **PAWLIK,** *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, 1999.
- **PAWLIK,** «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA* 1995, p. 360 y ss.
- **PEÑA CABRERA FREYRE,** «Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 23 y ss.
- **PEÑA CABRERA FREYRE,** «La aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10, abril 2010, p. 67 y ss.
- **PEÑA CABRERA FREYRE,** «Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 9, marzo de 2010, p. 73 y ss.
- **PEÑA CABRERA FREYRE,** «Otra vez sobre la reincidencia», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3 septiembre 2009, p. 13 y ss.
- **PEÑA CABRERA FREYRE,** *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*, Lima, 2007.
- **PEÑA CABRERA,** *Tratado de Derecho penal.* Estudio programático de la Parte general, Lima, 1994.

- **PEÑA TERREROS,** «El retraso mental como causa de exclusión de la imputabilidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 71 y ss.
- **PEÑA TERREROS,** «La participación necesaria en los delitos de encuentro», *JuS Doctrina & Práctica* 11, noviembre de 2007, p. 85 y ss.
- **PEÑARANDA RAMOS,** «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, (Gómez-Jara ed.), Lima, 2007, p. 281 y ss.
- **PEÑARANDA RAMOS,** *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- **PERDOMO TORRES,** «¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa», *InDret* 1/2008, p. 1 y ss.
- **PERDOMO TORRES,** «Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano», *RPDJP* 2 (2001), p. 443 y ss.
- **PÉREZ ALONSO,** *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Granada, 1998.
- **PÉREZ BARBERÁ,** *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, 2006.
- **PÉREZ DEL VALLE,** «El punto en la mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», *InDret* 4/2006, p. 1 y ss.
- **PÉREZ LÓPEZ,** «El obrar por disposición de la ley», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 53 y ss.
- **PÉREZ LÓPEZ,** «Análisis doctrinario del consentimiento del titular del bien jurídico», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 137 y ss.
- **PÉREZ LÓPEZ,** «La doctrina de la actio libera in causa. ¿Es aplicable en el sistema penal peruano?», *Actualidad Jurídica*, T 159, febrero de 2007, p. 92 y ss.
- **PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ,** «Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 45 y ss.
- **PÉREZ LÓPEZ,** «El estado de necesidad como causa justificante», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 37 y ss.

- **PÉREZ LÓPEZ,** «La tentativa inidónea o delito imposible en el Código Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero de 2010, p. 45 y ss.
- **PÉREZ MANZANO,** «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales". La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 789 y ss.
- **PÉREZ MANZANO,** *Culpabilidad y prevención*, Madrid, 1990.
- **PHILIPPS,** *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., 1974.
- **PILZ,** *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Frankfurt a.M., 2001.
- **PINEDO SANDOVAL,** «La intervención del *extraneus* en los delitos especiales de infracción de deber contra la Administración Pública», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 427 y ss.
- **PINEDO SANDOVAL,** «Hacia un verdadero sistema penal peruano», *Ita ius esto*, 7, p. 189 y ss.
- **PINEDO SANDOVAL,** «Ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación propuesta por el funcionalismo jurídico-penal alemán para sustentar la punición en los casos de "actio libera in causa": Un desafío para la dogmática afrontado por los sistemas penales normativista y teleológico. Exposición y crítica desde la perspectiva del sistema penal peruano», *Ita ius esto* 2, p. 119 y ss.
- **PIÑA GARRIDO,** «La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 281 y ss.
- **PIÑA ROCHEFORT,** *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005.
- **PIÑA ROCHEFORT,** «Rol social y sistema penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal», en El funcionalismo en Derecho penal, *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 41 y ss.
- **PLATZGUMMER,** *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Wien, 1964.
- **POLAINO NAVARRETE,** *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972.

- **PRADO SALDARRIAGA,** «El proceso de seguridad en el Código procesal penal de 2004», *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 1 y ss.
- **PRADO SALDARRIAGA,** «El sistema de penas», Estudio preliminar en *Código Penal*, Lima, 2011.
- **PRADO SALDARRIAGA,** «Medidas alternativas a la pena privativa de libertad y el Anteproyecto de 2008/2009», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 12, junio 2010, p. 47 y ss.
- **PRADO SALDARRIAGA,** *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Lima, 2010.
- **PRADO SALDARRIAGA,** «Las penas limitativas de derechos en el Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 57 y ss.
- **PRADO SALDARRIAGA,** «La determinación judicial de la pena», *RPDJP* 1(2000), p. 533 y ss.
- **PRADO SALDARRIAGA,** *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.
- **PRADO SALDARRIAGA,** *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Lima 1999.
- **PRADO SALDARRIAGA,** «Las medidas alternativas a las penas privativa de libertad en el Código penal peruano», *Cathedra* 2 (1998), p. 78 y ss.
- **PREUSS,** *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.
- **PRITTWITZ,** «La resurrección de la víctima en la teoría penal», (trad. Reyna Alfaro), en *La víctima en el sistema penal*, Schünemann/Albrecht/Prittwitz/Fletcher, Lima, 2006, p. 59 y ss.
- **PRITTWITZ,** «El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*?», (trad. Castiñeira Palao), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 427 y ss.
- **PRITTWITZ,** *Strafrecht und Risiko*, Frannkfurt a.M., 1993.
- **PUPPE,** *La imputación del resultado en Derecho penal*, (trad. García Cavero), Lima, 2003.
- **PUPPE,** «Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 305 y ss.
- **PUPPE,** «Error de hecho, error de derecho, error de subsunción», (trad. Cancio Meliá), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 91 y ss.

- **PUPPE,** «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», (trad. Cardenal Montraveta), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 215 y ss.
- **PUPPE,** Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, §§ 15, 52.
- **PUPPE,** *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
- **PUPPE,** «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW* 103 (1991), p. 1 y ss.
- **PUPPE,** *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979.
- **PUSCHKE,** «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *InDret* 4/2010, p. 1 y ss.
- **QUERALT JIMÉNEZ,** «"Ne bis in ídem: significados constitucionales», Política criminal y reforma pena. *Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 885 y ss.
- **QUINTANO RIPOLLÉS,** *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958.
- **QUINTERO, E.,** «Delito impropio de omisión», en *Los desafíos del Derecho penal del siglo XXI*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs, Yacobucci (coord.), Lima, 2005, p. 549 y ss.
- **QUINTERO OLIVARES,** «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret* 2/2008, p. 1 y ss.
- **QUINTERO/CAVANILLAS/DE LLERA,** *La responsabilidad civil "ex delicto"*, Navarra, 2002.
- **QUISPE MEJÍA,** «Consecuencias accesorias del delito», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 305 y ss.
- **RADBRUCH,** *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967.
- **RADBRUCH,** «Der Relativismus in der Rechtsphilosophie», en *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 81 y ss.
- **RADBRUCH,** en Recensión al libro *Tat und Schuld* de Kantorowicz, *SchwZStr* 51 (1937), p. 255 y ss.
- **RADBRUCH,** «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 158 y ss.

- **RAGUÉS I VALLÈS,** «Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada», en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del proceso penal peruano*, Lima, 2004, p. 129 y ss.
- **RAGUÉS I VALLÈS,** *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.
- **RAGUÉS I VALLÈS,** «El tribunal penal internacional. La última gran institución del siglo XX», *La Ley*, 17 de abril del 2002, p. 1 y ss.
- **RAGUÉS I VALLÈS,** «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2001, p. 244 y ss.
- **RAGUÉS I VALLÈS,** *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.
- **RANSIEK,** *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996.
- **RANSIEK,** *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, Heidelberg, 1989.
- **REAÑO PESCHIERA,** «Sobre los fundamentos de la exención de pena por "desistimiento voluntario" de la tentativa», Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 345 y ss.
- **REAÑO PESCHIERA,** «Autoría y participación delictiva: El sistema del injusto único de intervención», en *Estudios de Derecho penal*, AAVV, Lima, 2005, p. 191 y ss.
- **REAÑO PESCHIERA,** *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004.
- **REAÑO PESCHIERA,** «El error de tipo en el Código penal peruano», en Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 2003, p. 185 y ss.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** «La regulación de la exención de pena en el Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2 Agosto 2009, p. 90 y ss.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2009.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** *La contaminación ambiental como delito*, Lima, 2006.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** *La grantía del "ne bis in idem" en el ordenamiento jurídico-penal*, Lima, 2006.

- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** *El delito de omisión impropia*, Lima, 2002.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ,** «Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposo de lesión», *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 74 y ss.
- **REBOLLO VARGAS,** «La pena de arresto de fin de semana en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 554 y ss.
- **REHBERG,** *Zur Lehre vom „erlaubten Risiko"*, Zürich, 1962.
- **REHBINDER,** «Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.
- **RENGIER,** *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.
- **RENZIKOWSKI,** *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.
- **REVILLA LLAZA,** «Incidencia del artículo 46 del CP sobre los plazos de prescripción de la acción penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 7, enero de 2010, p. 58 y ss.
- **REVILLA LLAZA,** *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículos 9, 17, 20 inciso 8, 23, 26.
- **REYES ALVARADO,** «Causalidad y explicación del resultado», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 875 y ss.
- **REYES ALVARADO,** *Imputación objetiva*, 3ª ed., Bogotá, 2005.
- **REYNA ALFARO,** en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 1 (p. 265 y ss.), 2 (p. 279 y ss.), 3 (p. 300 y ss.).
- **REYNA ALFARO,** «El aumento indebido de riesgo y su incidencia en la jurisprudencia penal peruana», *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.
- **REYNA ALFARO,** «La individualización de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano», en el www.eldial.com
- **RISSING-VAN SAAN,** *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, preliminares al § 52, § 52.
- **RIVERA PAZ,** *Una sentencia histórica*, Lima, 2006.
- **ROBLES PLANAS,** *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007.

- **ROBLES PLANAS,** *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
- **ROBLES PLANAS,** «Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales», en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2002, p. 370 y ss.
- **ROBLES PLANAS,** «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC* 6 (2000), p. 227 y ss.
- **RODRÍGUEZ DELGADO,** *El tipo imprudente*, Lima, 2007.
- **RODRÍGUEZ DELGADO,** «La reparación como tercera vía en el Derecho penal», en Estudios Penales, *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 827 y ss.
- **RODRÍGUEZ DEVESA,** *Derecho penal español*, PG, 14ª ed., Madrid, 1991.
- **RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ,** *Derecho penal español*, PG, 17ª ed., Madrid, 1994.
- **RODRÍGUEZ ESTÉVES,** *El Derecho penal en la actividad económica*, Buenos Aires, 2000.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS,** «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/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 263 y ss.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS/PAREDES CASTAÑÓN,** *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.
- **RODRÍGUEZ MONTAÑÉS,** *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- **RODRÍGUEZ MOURULLO,** en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dr.), Madrid, 1997.
- **RODRÍGUEZ MOURULLO,** *Derecho penal*, PG, Madrid, 1978.
- **RODRÍGUEZ MOURULLO,** *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972.
- **ROEDER,** *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risiko und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969.

- **ROGAT,** *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1997.
- **ROJAS VARGAS,** *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, Lima, 2009.
- **ROJAS VARGAS,** «La atipicidad subjetiva del delito: inexistencia de dolo. Precisiones dogmáticas y jurisprudenciales», *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120 y ss.
- **ROJAS VARGAS,** «Imputación objetiva: aproximaciones críticas a una temática contemporánea en la dogmática penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.
- **ROJAS VARGAS,** «La responsabilidad objetiva en Derecho penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss.
- **ROJAS VARGAS,** *Jurisprudencia penal*, T.I, Gaceta jurídica, Lima 1999.
- **ROSALES ARTICA,** «La complicidad primaria en el Derecho Penal peruano», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 181 y ss.
- **ROSALES ARTICA,** «La ley penal peruana y su aplicación extraterritorial», *Gaceta Penal & procesal Penal* 17, noviembre de 2010, p. 59 y ss.
- **ROSALES ARTICA,** «El principio de territorialidad y su aplicación en el Derecho penal peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 37 y ss.
- **ROSALES ARTICA,** «Sobre la relevancia de la "acción" en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 10, abril de 2010, p. 79 y ss.
- **ROSALES ARTICA,** «Concepto normativo del dolo en el Derecho Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 6, diciembre de 2009, p. 71 y ss.
- **ROSILLO SÁNCHEZ,** «El consentimiento como causal de exención o atenuación de responsabilidad penal en la violación sexual de menores», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 355 y ss.
- **ROTH, G.,** *Das Gehirn und seine Wirklichkeit.* Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen, Frankfurt a.M., 1997.
- **ROTH-STIELOW,** «Kritisches zur fortgesetzten Handlung», *NJW* 1955, p. 450 y ss.
- **ROXIN,** *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008.

- **ROXIN,** *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007.
- **ROXIN,** «La cláusula de correspondencia en la omisión impropia», (trad. Pariona), *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 293 y ss.
- **ROXIN,** «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», (trad. Castiñeira Palou), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 169 y ss.
- **ROXIN,** *Derecho procesal penal*, (trad. Córdova/Pastor), 25ª ed., Buenos Aires, 2000.
- **ROXIN,** *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1998.
- **ROXIN,** «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Festschrift für Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1989, p. 179 y ss.
- **ROXIN,** «Observaciones sobre la "actio libera in causa"», (trad. Muñoz Conde), *ADPCP* 1988, p. 21 y ss.
- **ROXIN,** «Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum», en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, Hirsch (Hrsg.), Baden-Baden, 1987, p. 84 y ss.
- **ROXIN,** «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», (trad. Silva Sánchez), *CPC* 1986, p. 686 y ss.
- **ROXIN,** «Der fehlgeschlagene Versuch», *JuS* 1981, p. 1 y ss.
- **ROXIN,** *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin, 1980, § 14.
- **ROXIN,** *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, (trad. Bacigalupo), Buenos Aires, 1979.
- **ROXIN,** *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976.
- **ROXIN,** «Prevención y determinación de la pena», (trad. Muñoz Conde), *CPC* 9 (1979), p. 55 y ss.
- **ROXIN,** «„Schuld" und „Verantwortlichkeit" als Systemkategorien», *Festschrift für Henkel*, Berlin, 1974, p. 171 y ss.
- **ROXIN,** «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *Festschrift für Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, p. 241 y ss.
- **ROXIN,** «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, p. 251 y ss.
- **ROXIN,** *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

- **ROXIN,** «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962», *ZStW* 76 (1964), p. 584 y ss.
- **ROXIN,** «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW* 75 (1963), p. 541 y ss.
- **ROXIN,** «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss.
- **RUDOLPHI,** *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 1997, § 1.
- **RUDOLPHI,** «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 81 y ss.
- **RUDOLPHI,** «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 371 y ss.
- **RUDOLPHI,** «Die zeitliche Grenzen der sukzessiven Beihilfe», *Festshrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 569 y ss.
- **RUDOLPHI,** «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 73 y ss.
- **RUDOLPHI,** «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», *Festschrift für Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 51 y ss.
- **RUDOLPHI,** «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff», en *Festschrift für Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 158 y ss.
- **RUDOLPHI,** *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969.
- **RUDOLPHI,** *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- **RUEDA MARTÍN,** «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista penal* 9 (2002), p. 125 y ss.
- **RUEDA MARTÍN,** *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.
- **RÜPING,** «Blankettnormen als Zeitgesetze», *NStZ* 1984, p. 450 y ss.
- **SACHER,** *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, 1998.

- **SÁENZ TORRES,** «El estado actual de la punibilidad en la ciencia penal», en *Libro Homenaje al Prof. Peña Cabrera*, Peña Cabrera/Montes/Sánchez Mercado (coord.), I, Lima, 2006, p. 915 y ss.
- **SALAZAR SÁNCHEZ,** «El lugar de realización del delito y el principio de ubicuidad», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 6, diciembre de 2009, p. 57 y ss.
- **SALAZAR SÁNCHEZ,** «Autoría en los delitos de infracción de deber», en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Salazar Sánchez (coord.), Lima, 2007. p. 533 y ss.
- **SALAZAR SÁNCHEZ,** «La participación de los extraneus en los delitos de infracción de un deber», en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, 2004, p. 427 y ss.
- **SALINAS SICCHA,** «La extinción de la acción civil derivada del hecho punible», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre 2009, p. 53 y ss.
- **SALINAS SICCHA,** *Derecho Penal*, Parte Especial, 3ª ed., Lima, 2008.
- **SALINERO ALONSO,** *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Granada, 2000.
- **SALM,** «Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum», *ZStW* 69 (1957), p. 522 y ss.
- **SAMSON/SCHILLHORN,** «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch anonymisierten Kapitaltransfer?», *wistra* 2001, p. 5 y ss.
- **SAMSON,** *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1972.
- **SAN MARTÍN CASTRO,** «La persecución penal de la corrupción política en el Perú», *JuS*, doctrina & práctica, 7 (2007), p. 103 y ss.
- **SAN MARTÍN CASTRO,** «Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal», en *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Cubas Villanueva/Doig Díaz/Quispe Farfán (coord.), Lima, 2005, p. 11 y ss.
- **SAN MARTÍN CASTRO,** *Derecho Procesal Penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003.
- **SAN MARTÍN CASTRO,** «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú», *Derecho* 39 (1985), p. 356 y ss.
- **SANCINETTI,** *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991.

- **SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ,** «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en El Nuevo Derecho penal español, *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 693 y ss.
- **SÁNCHEZ LÁZARO,** «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.
- **SÁNCHEZ MERCADO,** «La cosa juzgada y el delito continuado», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 255 y ss.
- **SÁNCHEZ MERCADO,** «Anotaciones sobre participación delictiva y las modificaciones legislativas en materia de concurso», *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 21 y ss.
- **SÁNCHEZ MERCADO,** *La analogía en el Derecho penal*, Lima, 2007.
- **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ,** «¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona», *RECPC* 11-11 (2009), p. 11:1 y ss.
- **SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ,** *Los delitos de encubrimiento*, Lima, 2005.
- **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ,** «El elemento de "fraude" en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social», en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 91 y ss.
- **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ,** *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Navarra, 2002.
- **SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ,** *El encubrimiento como delito*, Valencia, 1998.
- **SÁNCHEZ VELARDE,** *El nuevo proceso penal*, Lima, 2009.
- **SÁNCHEZ VELARDE,** *Manual de Derecho procesal penal*, Lima, 2004.
- **SÁNCHEZ VERA,** *El denominado "delito de propia mano". Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, 2004.
- **SÁNCHEZ VERA,** *Delito de infracción de deber y participación* delictiva, Madrid, 2002.
- **SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES,** «Delitos de infracción de un deber», en El funcionalismo en Derecho penal, *Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 273 y ss.

- **SANTANA VEGA,** *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, 2000.
- **SANZ MORÁN,** «Teoría general de la justificación», *Revista penal* 5 (2000), p. 75 y ss.
- **SANZ MORÁN,** «El concurso de delitos en la Reforma penal», en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, 1995, p. 208 y ss.
- **SAUER,** «Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis», *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss.
- **SAX,** «Grundsätze der Strafrechtspflege», en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin, 1972, p. 909 y ss.
- **SAX,** *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, Göttingen, 1953.
- **SCHAFFSTEIN,** «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 108 y ss.
- **SCHALL,** «Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung», *JuS* 1990, p. 623 y ss.
- **SCHILD TRAPPE,** *Harmlose Gehilfenschaft*, Bern, 1995.
- **SCHILD,** «Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff», *GA* 1995, p. 101 y ss.
- **SCHLOSKY,** «Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen», *ZStW* 61 (1942), p. 245 y ss.
- **SCHLÜCHTER,** *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Zum Begriff der Rechtsfertigung im Strafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 77 y ss.
- **SCHMIDHÄUSER,** *Strafrecht*, AT, Tübingen, 1982.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)», *JZ* 1979, p. 361 y ss.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», *Festschrift für Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, p. 129 y ss.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 260 y ss.

- **SCHMIDHÄUSER,** *Vorsatzbegriff und Begriffjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, p. 317 y ss.
- **SCHMIDHÄUSER,** «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», *ZStW* 71 (1959), p. 559 y ss.
- **SCHMIDT, E.,** «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 339 y ss.
- **SCHMITT,** «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», *ZStW* 75 (1963), p. 43 y ss.
- **SCHOREIT,** «Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen», *Festschrift für Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, 1989, p. 453 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», *ZStW* 81 (1969), p. 14 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?», *JZ* 1967, p. 522 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch», *JuS* 1962, p. 81 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II», *Festschrift für Eberhardt Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 290 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa», *GA* 1957, p. 297 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Tatbestand- Verbotsirrtum», *MDR* 1951, p. 389 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Aufbau und Grenzen des Vorsatzsbegriffs», *Festschrift für Sauer*, Berlin, 1949, p. 207 y ss.
- **SCHRÖDER,** «Die Teilnahme im internationalen Strafrecht», *ZStW* 61 (1942), p. 57 y ss.
- **SCHROEDER,** «Die Rechtsnatur des Grundsatzes "ne bis in idem"», *JuS* 1997, p. 227 y ss.
- **SCHROEDER,** *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1992, § 17.

- **SCHROEDER,** «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JZ* 1989, p. 776 y ss.
- **SCHROEDER,** «Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze», en *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 785 y ss.
- **SCHROEDER,** «Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts», *NJW* 1969, p. 81 y ss.
- **SCHROEDER,** «Der räumliche Geltungsbereich der Strafgesetze», *GA* 1968, p. 353 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», (trad. Martin/Feldmann), en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 197 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», *Gedächtnisschrift für Meurer*, Berlin, 2002, p. 43 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 15 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Consideraciones sobre la imputación objetiva», (trad. Sacher), *RPDJP* 1 (2000), p. 409 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Concepto de dolo en la nueva dogmática del Derecho penal», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 69 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad», (trad. Sacher de Köster), *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Aids und Strafrecht», en Aids und Strafrecht, Szwarc (ed.), Berlin, 1996, p. 9 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996.
- **SCHÜNEMANN,** *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, § 14.
- **SCHÜNEMANN,** «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» (trad. Silva Sánchez), en *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (comp.), Madrid, 1991, p. 31 y ss.

- **SCHÜNEMANN,** «Die Regeln der Technik im Strafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 373 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979.
- **SCHÜNEMANN,** *Nulla poena sine lege?*, Berlin, 1978.
- **SCHÜNEMANN,** «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., y 787 ss.
- **SCHÜNEMANN,** «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», *Festschrift für Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, p. 175 y ss.
- **SCHÜNEMANN,** *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971.
- **SCHÜRER-MOHR,** *Erlaubte Risiken*, Frankfurt a.M., 1998.
- **SCHULTZ,** «Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht», *Festschrift für von Weber*, Bonn, 1963, p. 305 y ss.
- **SCHULTZ,** «Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962», *GA* 1966, p. 193 y ss.
- **SCHUMANN,** «Responsabilidad individual en la gestión de empresas», (Rodríguez Montañés), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 203 y ss.
- **SCHUMANN,** «Zur Wiederlebung des „voluntativen" Vorsatzelement durch den BGH», *JZ* 1989, p. 427 y ss.
- **SCHUMANN,** *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.
- **SCHWEGLER,** *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt a.M., 1995.
- **SEHER,** «La legitimación de las normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico», en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 69 y ss.
- **SEIER,** «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», *Jura* 1983, p. 225 y ss.
- **SEILER,** D., *Die Sperrwirkung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2002.

- **SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA,** «"Levantamiento del velo" y delito fiscal», *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.
- **SERRANO MAILLO,** *Introducción a la Criminología*, 2ª ed., Madrid, 2004.
- **SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ,** *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Lima, 1999.
- **SGUBBI,** *El delito como riesgo social*, (trad. Virgolini), Buenos Aires, 1998.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La interpretación de la leyes y la cultura de los juristas», en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, p. 201 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo», *InDret* 2/2007, p. 1 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2007, p. 645 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com,
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 1007 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 899 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La sistemática alemana de la teoría del delito: ¿es o no adecuada a estos tiempos?», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2005, p. 15 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en Dogmática y Ley Penal. *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, p. 867 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, 2004.

- **SILVA SÁNCHEZ,** «Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en *El sistema integral del derecho penal*, Wolter/Freund (eds.), Madrid, 2004, p. 15 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Hacia el Derecho penal del "Estado de prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal», en ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 307 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?», en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, *Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 977 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 151 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», *InDret* 03/2001, www.indret.com.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001.
- **SILVA SÁNCHEZ,** Nota preliminar a *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 15 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 1, p. 101 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Ingeniería financiera y Derecho penal», en *Fenómenos delictivos complejos*, CDJ IX, 1999, p. 168 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 17 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», CDJ: *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, 11 y ss.

- **SILVA SÁNCHEZ,** «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes penales en blanco"», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 697 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- **SILVA SÁNCHEZ,** Introducción a la edición española del *Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann (compilador), Madrid, 1991, p. 11y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones jurídico-políticas* (inédito), Barcelona, 1990.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts», *GA* 1990, p. 207 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en corto circuito, reacciones automatizadas), en Comentario a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo, *ADPCP*, 1986, p. 905 y ss.
- **SILVA SÁNCHEZ,** «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *ADPCP* 1984, p. 347 y ss.
- **SINA,** *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962.
- **SOMMER,** *Das »mildeste Gesetz« im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Hanstein, 1979.
- **SOWADA,** «Probleme der natürlichen Handlungseinheit», *Jura* 1995, p. 245 y ss.
- **SOWADA,** «Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen», *JZ* 1994, p. 663 y ss.
- **SPAEMANN,** *Personen*, Stuttgart, 1998.
- **SPAEMANN,** «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Lo natural y lo racional*, Madrid, 1989.
- **SPENDEL,** *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-quo-non Formel im Strafrecht*, Heidelberg, 1948.

- **SPENDEL,** «Gegen den „Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 245 y ss.
- **STRATENWERTH,** «„Wahres" Strafrecht?», *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 374 y ss.
- **STRATENWERTH,** *Strafrecht*, AT, 4. Aufl., Köln, 2000.
- **STRATENWERTH,** «Vermeidbarer Schuldausschluß», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 490 y ss.
- **STRATENWERTH,** «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 285 y ss.
- **STRATENWERTH,** «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs», *ZStW* 71 (1959), p. 567 y ss.
- **STREE**, en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, § 13.
- **STREE,** «Ingerenzprobleme», *Festschrift für Klug zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1983, p. 395 y ss.
- **STREE,** «Objektive Bedingungen der Strafbarkeit», *JuS* 1965, p. 473 y ss.
- **STRENG,** «Rücktritt und dolus eventualis», *JZ* 1990, p. 212 y ss.
- **STRENG,** «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstein», *ZStW* 101 (1989), p. 273 y ss.
- **STRUENSEE,** «La punibilidad de la tentativa», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, Agosto 1999, número especial 1, p. 21 y ss.
- **STRUENSEE,** «Versuch und Vorsatz», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 531 y ss.
- **STRUENSEE,** «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA* 1987, p. 97 y ss.
- **STRUENSEE,** «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ* 1987, p. 53 y ss.
- **SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ,** Estudio preliminar: «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», en *La imputación objetiva en Derecho penal* de Günther Jakobs, Madrid, 1996.
- **SUTHERLAND,** *El delito de cuello blanco*, (trad. Belloqui), Montevideo, 2009.

- **SUTHERLAND/CRESSEY/LUCKENBILL,** *Principles of Criminology*, 11ª ed., New York, 1992.
- **TAFEL,** *Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht*, Stuttgart, 1902.
- **TAG,** «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, p. 56 y ss.
- **TAMARIT SUMILLA,** «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, *Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 1166 y ss.
- **TIEDEMANN,** *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004.
- **TIEDEMANN,** *Constitución y Derecho penal*, Lima, 2003.
- **TIEDEMANN,** *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.
- **TIEDEMANN,** voz: Auslegung, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts,* Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.
- **TIEDEMANN,** Voz: Blankettstrafgesetzen, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.
- **TIEDEMANN,** voz: Zeitgesetz, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts,* Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss.
- **TIEDEMANN,** «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *JuS* 1989, p. 691 y ss.
- **TIEDEMANN,** *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.
- **TIEDEMANN,** «Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts- Versuch einer Zwischenbilanz», en *Festschrift für Dünnebier zum 75. Geburtstag*, Berlin, 1982, p. 525 y ss.
- **TIEDEMANN,** «Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts», *NJW* 1977, p. 779 y ss.
- **TIEDEMANN,** «Zeitliche Grenze des Strafrechts», *Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen*, 1974, p. 193 y ss.
- **TIEDEMANN,** «Der Versuch der Zwechentfremdung im Steuerstrafrecht», *JR* 1973, p. 412 y ss.

- **TIEDEMANN,** *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969.
- **TIEDEMANN/DANNECKER,** *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, Köln, 1985.
- **TIEDEMANN/KINDHÄUSER,** «Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?», *NStZ* 1988, p. 337 y ss.
- **TIMPE,** «Fortsetzungszusammenhang und Gesamtvorsatz», *JA* 1991, p. 12 y ss.
- **TIMPE,** «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *JuS* 1985, p. 35 y ss.
- **TIMPE,** «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», *GA* 1984, p. 51 y s.
- **TIMPE,** *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot*, Berlin, 1983.
- **TISCHLER,** *Verbotsirrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Berlin, 1983.
- **TORÍO LÓPEZ,** «El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 313 y ss.
- **TOYOHAMA ARAKAKI,** «La determinación judicial de la pena. Aspectos críticos de su operatividad», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 217 y ss.
- **TRÖNDLE/FISCHER,** *StGB-Kommentar*, 51. Aufl., München, 2003, preliminares a los §§ 218-219b.
- **UGAZ HEUDEBERT,** *La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal*, Lima, 2011.
- **ULSENHEIMER,** *Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin, 1976.
- **URQUIZO OLAECHEA,** «El principio de proporcionalidad penal», en *El nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 711 y ss.
- **URQUIZO OLAECHEA,** «El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano», en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Salazar Sánchez (coord.), Lima, 2007. p. 581 y ss.

- **URTECHO NAVARRO,** «La reincidencia en el Código Penal: Una reiterada búsqueda por satisfacción de la "seguridad ciudadana"», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 15, septiembre 2010, p. 59 y ss.
- **URTECHO NAVARRO,** «La aplicación de las consecuencias accesorias en el proceso penal conforme al Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta penal & Procesal Penal* 6, Diciembre de 2009, p. 21 y ss.
- **VAN DER VEN,** «Verantwortung und Verantwortlichkeit», en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), Tübingen 1983, p. 33 y ss.
- **VAN WEEZEL,** *Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2008.
- **VAN WEEZEL,** «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS* 8/2009, p. 432 y ss.
- **VAN WEEZEL,** «Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa», en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Yacobucci (dr.), Lima, 2005, p. 603 y ss.
- **VAN WEEZEL,** «Coautoría en delitos de organización», en *El Funcionalismo en Derecho Penal*, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs, II, Bogotá, 2003, p. 279 y ss.
- **VAN WEEZEL,** «Contrapunto: El aborto terapéutico», *Revista Chilena de Derecho* vol. 36 N° 1, p. 205 y ss.
- **VARONA GÓMEZ,** *Derecho Penal y solidaridad*, Madrid, 2005.
- **VÁSQUEZ SHIMAJUKO,** en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, artículo 20.
- **VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS,** *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7 del Código penal)*, Valencia, 2001.
- **VEHLING,** *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a.M., 1991.
- **VELÁSQUEZ DELGADO,** «La discrecionalidad del juez en la determinación de la pena», *Actualidad Jurídica*, T. 189, agosto de 2009, p. 121 y ss.
- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ,** *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Medellín, 2009.

- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ,** «Los criterios de determinación de la pena en el Código penal peruano de 1991», *Ponencia presentada en 21 de agosto de 2000*, PUCP, Lima, p. 1 y ss.
- **VÉLEZ FERNÁNDEZ,** *La desaparición forzosa de las personas y su tipificación en el Código penal peruano*, Lima, 2004.
- **VELTEN,** *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002.
- **VIDALES RODRÍGUEZ,** *Delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.
- **VILCHERREZ ATO,** «Algunos apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Ita ius esto*, 7, p. 240 y ss.
- **VILCHERREZ ATO,** «El artículo 26 del Código penal y los delitos de infracción de un deber», *Gaceta Penal & procesal Penal* 16, octubre de 2010, p. 53 y ss.
- **VILCHEZ CHINCHAYÁN,** «Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 9 y ss.
- **VÍLCHEZ CHINCHAYÁN,** «La participación en los delitos de infraccipon de deber: ¿Impunidad del extraneus», *Revista Jurídica del Perú*, T. 111, mayo 2010, p. 235 y ss.
- **VILLA STEIN,** «La determinación funcional de la pena», en *El Nuevo Código Penal Peruano*, Torres Caro (comp.), Lima, 2011, p. 749 y ss.
- **VILLA STEIN,** *Derecho penal*, Parte General, 3ª ed., 2008, Lima.
- **VILLA STEIN,** *La culpabilidad*, Lima, 1997.
- **VILLAVICENCIO TERREROS,** *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2006.
- **VILLAVICENCIO TERREROS,** *Código penal comentado*, Lima, 2002.
- **VILLAVICENCIO TERREROS,** *Introducción a la criminología*, Lima, 1997.
- **VILLEGAS PAIVA,** «Elementos configurativos de la legítima defensa en el Derecho Penal Peruano», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 77 y ss.
- **VINELLI VEREAU/ESPADÍN VENTOCILLA,** «Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 382 y ss.

- **VOGEL,** «Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán», (trad. Nieto Martín), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 43 y ss.
- **VOGEL,** «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung», *GA* 1990, p. 253 y ss.
- **VOGLER,** «Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit», *Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 715 y ss.
- **VOGLER,** «Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze», *Festschrift für Grütner zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1970, p. 149 y ss.
- **VOLK,** «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», *RPDJP* 3 (2002), p. 424 y ss.
- **VOLK,** «Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus», *ZStW* 97 (1985), p. 876 y ss.
- **VOLK,** *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis vom materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978.
- **VON BUBNOFF,** *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, 1966.
- **VON BURI,** *Einheit und Mehrheit*, Stuttgart, 1879.
- **VON HIPPEL,** *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932.
- **VON HIPPEL,** *Deutsches Strafrecht*, T. 2, Berlin, 1930.
- **VON HIPPEL,** «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, T. III, Berlin, 1908, p. 373 y ss.
- **VON KRIES,** «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht», *ZStW* 9 (1889), p. 528 y ss.
- **VON KRIES,** *Principien des Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886.
- **VON LISZT,** *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22. Aufl., 1919.
- **VON LISZT,** «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I (1875-1891), Berlin, 1905 (reimp. Berlin, 1970), p. 126 y ss.
- **VON LISZT,** «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche», en *Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin 1905 (reimp. 1970), p. 212 y ss.

- **VON LISZT,** *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4. Aufl., 1891.
- **VON LISZT,** *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed., Madrid, S/f, I, II.
- **VON WEBER,** *Lineamientos del Derecho penal alemán*, (trad. Brond), Buenos Aires, 2008.
- **VON WEBER,** «Vom Subsumtionsirrtum», *GA* 1953, p. 161 y ss.
- **WALTHER,** *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. Br., 1991.
- **WARDA,** «Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre», Jura 1979, pp. 1 y ss., 71 y ss., 113 y ss., 286 y ss.
- **WARDA,** *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin, 1955.
- **WARDA,** «Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB», *JR* 1950, p. 547 y ss.
- **WEBER,** «Konzeption unnd Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 381 y ss.
- **WEGNER,** «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechtes», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, 1930, p. 145 y ss.
- **WEGSCHEIDER,** *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin, 1980.
- **WEIGEND,** «Grenzen strafbarer Beihilfe», *Festschrift für Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, p. 208 y ss.
- **WELZEL,** *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo, 2006.
- **WELZEL,** *Estudios de Derecho penal*, (trad, Aboso/Löw), Montevideo, 2003.
- **WELZEL,** *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969.
- **WELZEL,** *El nuevo sistema del Derecho penal*, (trad. Cerezo Mir), Barcelona, 1964.
- **WELZEL,** «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 224 y ss.

- **WELZEL,** Irrtum über die Rechtsmäßigkeit des Handelns, (1948) en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 251 y ss.
- **WELZEL,** *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.
- **WELZEL,** «Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots-, Susbsumtionsirrtum», *JZ* 1954, p. 276 y ss.
- **WELZEL,** «Arten des Verbotsirrtum», *JZ* 1953, p. 266 y ss.
- **WELZEL,** «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», *NJW* 1953, p. 487 y ss.
- **WELZEL,** «Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum», *MDR* 1952, p. 584 y ss.
- **WELZEL,** «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* 60 (1941), p. 429 y ss.
- **WELZEL,** «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58 (1939), p. 491 y ss.
- **WIESENER,** *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971.
- **WILKENBAUER,** *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Berlin, 1985
- **WITTECK,** *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 2004.
- **WOHLERS,** «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit», *NStZ* 2000, p. 170 y ss.
- **WOHLERS,** *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000.
- **WOHLERS,** «Gehilfeschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten», *SchwZStr* 117 (1999), p. 425 y ss.
- **WOLF, E.,** *Las categorías de la tipicidad*, (trad. Carrasco), Valencia, 2005.
- **WOLF, E.,** «Die Wertung der Rechtsgüter im Reichsstrafgesetzbuch und ihre Umwertung durch die Reform», *Die Justiz* III (1927/1928), p. 110 y ss.
- **WOLFF,** «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 137 y ss.
- **WOLFF,** «Das neuere Verstädnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», en *ZStW* 97 (1985), p. 786 y ss.

- **WOLFF,** «Das Problem der Handlung im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 291 y ss.
- **WOLFF,** *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964.
- **WOLTER,** «Der „unmittelbaren" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1984, p. 443 y ss.
- **WOLTER,** *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.
- **WOLTER,** «Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte», *JuS* 1981, p. 168 y ss.
- **WOLTER,** «Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum», *JuS* 1979, p. 482 y ss.
- **WULF,** «Strafbarkeit der Vermögensteuerhinterziehung und § 370 AO als Blankettgesetz», *wistra* 2001, p. 43 y ss.
- **YACOBUCCI,** *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, 2002.
- **YON RUESTA/TORRES COX,** «Legítima defensa y acciones disvaliosas», *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 103 y ss.
- **YON RUESTA,** «El juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes», *Derecho* 53 (2001), p. 977 y ss.
- **ZACZYK,** *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Bogotá, 2010.
- **ZACZYK,** *Strafrechtliche Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.
- **ZACZYK,** «Der Begriff "Gesellschaftsgefährlichkeit" im deutschen Strafrecht», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M. 1990, p. 113 y ss.
- **ZACZYK,** «Der verschuldete Verbotsirrtum - BayObLG, NJW 1989, 1744», *JuS* 1990, p. 889 y ss.
- **ZACZYK,** *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1987.
- **ZAFFARONI,** *Manual de Derecho penal*, Parte General, I, Lima, 1998.
- **ZAFFARONI,** *Tratado de Derecho penal*, I, Parte General, Buenos Aires, 1987.

- **ZARZOSA CAMPOS,** *La reparación civil del ilícito penal*, Lima, 2001.
- **ZIEHER,** *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlin, 1977.
- **ZIELINSKI,** *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973
- **ZIESCHANG,** *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin, 1998.
- **ZIFFER,** *Medidas de seguridad*, Buenos Aires, 2008.
- **ZIFFER,** *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.
- **ZIPF,** «Principios fundamentales de la determinación de la pena», (trad. Mir Puig), *CPC* 17 (1982), p. 353 y ss.
- **ZIPF,** *Introducción a la política criminal*, (trad. Izquierdo), Madrid, 1979.
- **ZORNOZA PÉREZ,** «Levantamiento del velo y determinación de la couta en el delito de defraudación tributaria», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 225 y ss.
- **ZUGALDÍA ESPINAR,** «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 493 y ss.
- **ZUGALDÍA ESPINAR,** «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en CDJ: *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 213 y ss.
- **ZUGALDÍA ESPINAR,** «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.
- **ZUÑIGA RODRÍGUEZ,** «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación», *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dr.), Lima, 2003, p. 474 y ss.
- **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ,** *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Pamplona, 2003.
- **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ,** *Política criminal*, Madrid, 2001.
- **ZÚNIGA RODRÍGUEZ,** «Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé/Anarte Borrallo (eds), Huelva, 1999, p. 205 y ss.

Este libro se terminó de imprimir
en la ciudad de Lima,
en el mes de marzo de 2012.