Lecciones de Derecho Penal

Parte General

EDITORA JURÍDICA GRIJLEY

Percy García Cavero
Profesor Ordinario Principal de Derecho Penal
Universidad de Piura

Lecciones de Derecho Penal

Parte General

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2008, Percy García Cavero

© 2008, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*

© 2008, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2008-12055

ISBN: 978-9972-04-216-4

Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jr. Lampa 1221
Telfs.: 427 3147 / 426 0424
Telefax: 428 5115
Web: www.grijley.com
E-mails: info@grijley.com / grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1, Perú
Telf.: 321 0258

Sucursal en TRUJILLO
Jirón Pizarro 540
Telefax: 471640 / Celular: (044) 94920 6694
Emails: trujillo@grijley.com / grijley_trujillo@speedy.com.pe

Sucursal en CHICLAYO
San José 1067
Telf.: 204146
Emails: chiclayo@grijley.com

Sucursal en AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Telf.: 288 379 / Celular: (054) 95929 6700
Emails: arequipa@grijley.com

PRÓLOGO

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 de 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 publicarlo.

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 abordar 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 Derecho. 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 de 2008.

Percy García Cavero
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

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 normas jurídicas creadas para hacer frente a la criminalidad. Sin embargo, el fenómeno de la criminalidad puede ser enfocado desde una perspectiva diferente, tal como ocurre con la criminología que la analiza como un hecho social. Esta situación de comunidad respecto del objeto de estudio permite hablar de un conjunto de ciencias penales, las cuales formarían una ciencia penal global, encargada, 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. De alguna manera, la idea de VON LISZT sobre una ciencia penal global respondería a esta forma totalizante de ver el fenómeno de la criminalidad.

En estas lecciones referidas a la Parte General del Derecho penal no puede realizarse, sin embargo, una exposición

global del fenómeno criminal. No obstante, para tener una adecuada ubicación sobre el objeto de estudio del Derecho penal, resulta conveniente llevar a cabo cuando menos una breve descripción de la perspectiva de análisis de las distintas ciencias penales, dividiéndolas en ciencias criminológicas, por un lado, y ciencias jurídico-penales, por el otro. La pretensión de verdad solamente puede alcanzarse si es que se es consciente de las distintas perspectivas de análisis de un mismo ámbito de la realidad.

II. LA CRIMINOLOGÍA

La criminología es la ciencia que se ocupa fundamentalmente de determinar las posibles causas de la criminalidad, así como las diversas manifestaciones del delito como fenómeno empírico (características, regularidad, circunstancias, etc.). Los estudios criminológicos no se reducen a abordar los aspectos generales del fenómeno criminal, sino que tocan otros datos fácticos de la criminalidad, como su medición, los llamados correlatos del delito (edad, sexo, estado social, etc.) o los efectos prácticos de determinada forma de legislación penal en atención a su finalidad de reducir la delincuencia. En todo caso, el enfoque de la criminología resulta siempre 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.

1. Las causas del delito

Podría decirse que la visión tradicional de la criminología es la que considera la criminalidad desde una perspectiva etiológica, es decir, como 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 diversos. En efecto, la criminología no se ha centrado 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 el 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. La primera entiende que el hombre delincuente se determinaba por ciertos aspectos de su constitución física, siendo posiblemente los estudios de Cesare LOMBROSO 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 (*L'Uomo delinquente stutiato in rapporto alla Antropología, alla Medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Milano, 1876). Si bien podría decirse que esta forma de percibir la causa del delito se encuentra actualmente superada, no puede desconocerse que los recientes estudios referidos a la información genética pueden incentivar el resurgimiento de esta forma de ver la criminalidad, sobre todo a partir de la idea del gen del hombre delincuente. Por su parte, la psicología criminal 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 con patologías mentales. La causa del delito estaría en estas desviaciones mentales, por lo que habría que someter al delincuente a un examen psicológico o psiquiátrico que permita determinar el grado de enfermedad mental y el tratamiento necesario para curarlo de dichas distorsiones.

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. Actualmente la mayor parte de los estudios criminológicos van por esta línea de investigación, aunque su posición frente a la estructuración social puede ser muy diferente. 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 (*Las reglas del método sociológico*, 1978). Otros enfocan su estudio, más bien, en los procesos sociales que determinan el origen o aumento de la criminalidad como es el caso de la teoría del aprendizaje (el delito es un tipo de conducta que se aprende), 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) o de la frustración (el delito es consecuencia de estados afectivos negativos). Con una perspectiva mucho más crítica respecto a la estructuración social, la teoría del etiquetamiento (*labeling approach*) y la criminología crítica se ocupan de describir y cuestionar los procesos sociales de criminalización y cómo se pretende resolver vanamente el problema de la criminalidad.

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. 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. 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 o disfuncional. 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.

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 fina-

les 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.

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.

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 solo develan la falta de eficacia del sistema penal, sino que también le permite a la política criminal general o específica de determinado grupo 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 cómo del sistema penal.

En aspectos concretos, la criminología puede suministrar cierta claridad sobre la realidad que es interpretada en clave normativa por el Derecho penal. Así, por ejemplo, los estudios de la psicología criminal pueden ser relevantes para la configuración de la categoría de la imputabilidad. 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, de manera que podría ser considerada normativamente como una atenuante de la pena. Igualmente 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 supuestos de competencia de la víctima en la imputación penal. 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. En la medida que el titular exclusivo del poder punitivo es el Estado, estas ciencias constituyen parte del Derecho público. El Estado ejerce el *Ius puniendi* en tres ámbitos diferenciados: sustantivo, procesal y de ejecución. Las ciencias penales se pueden sistematizar en función de estos tres ámbitos del ejercicio del poder punitivo del Estado.

1. El Derecho penal sustantivo

Se conoce como Derecho penal sustantivo al conjunto de normas que establecen qué conductas son consideradas delictivas y qué consecuencias jurídico-penales conllevan. 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 por la perspectiva sustantiva y procesal.

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. Por otra parte, el Derecho penal puede ser también 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 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.* Se le denomina dogmática penal porque parte del estudio del Derecho penal positivo como si fuese un conjunto de dogmas. 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.

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 presentan 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. Es necesaria pues una teoría del delito completa, que no puede alcanzarse únicamente con lo dispuesto por el Derecho positivo. Por otra parte, la ordenación de la normativa 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».

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 sobre la base de un método descriptivo-experimental, difícilmente podrá atribuírsele a la dogmática penal el carácter de ciencia. La situación cambia si se acepta como científico el método hermenéutico propio de las ciencias humanas o del espíritu. La dogmática penal constituye una ciencia hermenéutica

porque su objeto es la comprensión del Derecho penal. En la actualidad, la opinión dominante afirma el carácter científico de la dogmática penal.

Para que la dogmática penal cumpla con el objetivo de dar conocimiento completo del contenido del Derecho penal y permitir una 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 lo que nos ocuparemos más adelante. 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. La dogmática penal debe dar cabida a decisiones previas antes de llevar a cabo la interpretación de las leyes penales. 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 pro-

ceso puramente formal o procedimental, sino que requiere tener definidos los conceptos básicos del sistema penal.

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 la abstracción, junto con los principios generales del Derecho, la dogmática penal elabora categorías generales como la acción, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. 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.

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. Sin la dogmática, el Derecho penal no podría enseñarse ni 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 derivan del sistema se correspondan con las necesidades sociales de punición. 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 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.

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, desde el punto de vista de la eficacia y los principios fundamentales, los medios utilizados para la prevención del delito con la finalidad de proponer su mejoramiento. 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 los factores de severidad y 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 a las ga-

rantías jurídico-penales o también conocidos como principios político-criminales.

La ponderación política sobre el 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 deben prevenirse por medio del Derecho penal con 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, inclusión de nuevos tipos penales, ampliación de los supuestos típicamente previstos, aumento de la severidad de la pena, etc.). 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).

La política criminal puede tener influencia no solo 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. Dentro de los límites de las leyes penales (por el principio de legalidad) debe optarse por soluciones político-criminalmente más convenientes como, por ejemplo, reforzar la confianza de una norma esencial especialmente cuestionada o interpretar a favor del reo en el 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 finalidades político-criminales.

2. El Derecho procesal penal

El Derecho procesal penal se ocupa del proceso que permite la imposición de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal sustantivo. A diferencia de los hechos regulados por leyes causales en donde el efecto previsto se produce automáticamente, 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 solo que el hecho sometido a su conocimiento se incluye dentro del supuesto de la ley penal (interpretación), sino también que ese hecho concreto se encuentra suficientemente probado. El Derecho procesal penal sirve, pues, para la realización del Derecho penal sustantivo.

A. *La ciencia del Derecho procesal penal*

La ciencia procesal ordena sistemáticamente las normas que regulan el proceso penal, es decir, el conjunto de pasos necesarios para investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las acciones punibles. El Derecho procesal no solo permite que se imponga legítimamente una sanción penal, sino que también determina los límites de las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución penal. El cuerpo legislativo fundamental es el Código de procedimientos penales, aunque dicho texto legal tiene sus días contados hasta que entre plenamente en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de 2004 en toda la República del Perú.

B. Las ciencias y disciplinas auxiliares

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 a ciencias y disciplinas auxiliares para alcanzar los fines del proceso. Estas ciencias o disciplinas pueden tener un carácter jurídico o no. Especialmente cabe destacar 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. La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público son, por ejemplo, parte de esta rama del Derecho que permite una mejor definición del proceso penal. En estas normas orgánicas se contienen incluso normas de carácter procesal, como por ejemplo el recurso de queja de derecho contra los fiscales o la organización de las audiencias en los juicios penales.

b. La criminalística

La criminalística fue sistematizada como disciplina por GROSS y consiste en el conjunto de conocimientos y técnicas utilizados para la averiguación y el 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.

Se discute mucho sobre el carácter científico de la criminalística, pues algunos la consideran simplemente una técnica. Con independencia de esta discusión, en la que no vamos a entrar, la criminalística constituye 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

Ciertos aspectos de la investigación penal tienen, sin duda, un carácter científico, en la medida que requieren de conocimientos médicos o psiquiátricos. Es así que determinados profesionales de la salud se especializan en áreas específicas como la medicina legal y la psiquiatría forense. Se trata de ciencias médicas puestas al servicio de la administración de justicia. Sin embargo, la medicina legal y la psiquiatría forense no son ciencias exclusivas del Derecho penal, pues sirven también para otro orden de cosas (reconocimiento de paternidad, incapacidad civil, etc.).

En el ámbito penal, las ciencias médicas resultan necesarias para el esclarecimiento de ciertos aspectos relevantes para los fines del 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), así como 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. En este cuerpo normativo se contemplan 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, así como la posterior rehabilitación registral (lo que JESCHECK llama Derecho registral penal).

En estrecha vinculación con el Derecho penitenciario se encuentra la llamada penología. Esta disciplina se ocuparía 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 provisional. Se ha cuestionado su carácter de ciencia, su autonomía e incluso su alojamiento sistemático. Su denominación (penology) se acuña en el año 1834 de la mano de Francis LIEBER, 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 en un plano político-criminal y sociológico.

IV. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL (SUSTANTIVO)

1. Denominación

Para designar la ciencia jurídica que se ocupa del conjunto de normas que definen los delitos y sus consecuencias jurídicas, se ha recurrido a la denominación de «Derecho penal». Esta denominación es la que finalmente se ha impuesto frente a otras, como la de Derecho criminal que, por ejemplo, aún sigue utilizándose en los países de influencia anglosajona: *Criminal law*. 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, lo que es posi-

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

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»».

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». De este concepto pueden desprenderse sin mayor problema distintas perspectivas de análisis de nuestro objeto de estudio. En primer lugar, se podría ver el Derecho penal 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 crite-

rios que *legitima* la aplicación de una pena o medida de seguridad (Derecho penal material). Por otro lado, el Derecho penal puede analizarse 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). Esta descomposición de la realidad (del Derecho penal) no constituye un argumento en contra de un conocimiento pleno del Derecho penal, sino que parte de la idea de que «La realidad solo puede ofrecerse en perspectivas individuales, lo cual no las invalida sino que las hace valiosas». (ORTEGA Y GASSET, *El Espectador,* tomo I, 1916). En las lecciones que siguen se procederá a precisar los aspectos centrales de cada una de estas perspectivas del Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte General,* ARA, Lima, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología,* 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal,* Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal,* 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal,* trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, Tomo I.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general,* Universitas, Madrid, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975.

SERRANO MAILLO, Alfonso, *Introducción a la criminología*, Dikynson, Madrid, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Prólogo a *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter y Freund eds., Marcial Pons, Madrid, 2004.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed., Reus, Madrid, s/f, Tomo I.

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 ordenar 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 que la ley penal constituye expresión del principio de legalidad, la norma penal está en estrecha relación con la función asignada al Derecho penal. 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. Lo que en realidad infringe el de-

lincuente 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 en el Derecho penal tiene 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 ley previa que describa suficientemente la conducta punible y la pena a imponer. Si bien el principio de legalidad 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. 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). La dogmática penal procura ordenar 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 movería en el plano del nexo de imputación que existe entre el delito y la pena.

Siguiendo la vocación codificadora de la tradición napoleónica, nuestro sistema penal agrupa las leyes penales en un Código Penal. Los dispositivos jurídicos contenidos en dicho cuerpo de leyes se agrupan en cuatro partes. En primer lugar se encuentra el Título Preliminar (artículos I a X), en el que se establecen los principios generales que orientan el sistema penal. En segundo lugar, hay que mencionar las llamadas reglas de la parte general, es decir, las disposiciones que regulan las cuestiones comunes a todas las figuras delictivas o a gran parte de ellas. En tercer lugar, están las disposiciones de la parte especial, las cuales establecen las figuras delictivas particulares, es decir, las conductas que están penalmente sancionadas y la entidad abstracta de la sanción a imponer en caso se realice dicha conducta. 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. Finalmente, el Código Penal tiene una cuarta parte referida a las faltas, las cuales son infracciones de menor gravedad que contemplan penas que no alcanzan la privación de la libertad.

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 es-

pecialidad 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 a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

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 Nº 26496 que aprueba el régimen de la propiedad y comercialización de los camélidos sudamericanos, en donde se tipifica como delito la caza de 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 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, que más que enfocar la regulación por áreas jurídicas, recurre a un criterio de ordenación unitaria en atención a su objeto de regulación.

La segunda forma de regulación de conductas punibles mediante una ley especial se presenta como una regulación exclusivamente penal, tal como ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo Nº 813, en donde se tipifican específicamente los delitos tributarios. En estos casos, se busca regular de manera detallada la reacción penal ante determinadas conductas penalmente relevantes, lo que, por otro

lado, explica que estas leyes especiales tengan no sólo normas sustantivas, sino también normas de carácter procesal e incluso de Derecho administrativo sancionador. Estas leyes penales especiales contienen, por lo general, disposiciones que confirman las cuestiones generales del delito establecidas en el Código penal o que las modifican 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.

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. Los principios que regulan la actividad sancionatoria de la administración pública se encuentran, por el contrario, contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Si bien se admite en esta normativa muchos principios de procedencia claramente penal, existen también diferencias sustanciales entre ambos órdenes jurídicos, como lo demuestra, por ejemplo, la falta de una asunción expresa del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

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. Las particularidades de cada uno de estos tipos de norma aconsejan una exposición diferenciada.

1. La norma de conducta

La norma de conducta ha sido entendida por la dogmática penal desde diversas perspectivas. Por un lado, se encuentran las posturas imperativas que la definen como una norma de determinación dirigida a las personas para ordenarles realizar o dejar de realizar una conducta determinada. 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 la conducta prohibida o la conducta mandada. No es posible prohibir o mandar algo si previamente no se le ha valorado negativa o positivamente. 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. Así, se dice que la norma penal es una norma de determinación en la medida que está dirigida a motivar a los ciudadanos, pero es también una norma de valoración en tanto la prescripción se sustenta en una valoración negativa de lo prohibido o positiva de lo mandado.

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. Por ejemplo: El tipo penal del artículo 106º 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 indebida puedan lesionar la vida de otra persona. Pero las normas penales pueden presentarse también como normas de mandato, es decir, como una prescripción que ordena realizar una acción mandada por el ordenamiento jurídico. El artículo 13º del Código penal, por ejemplo, ordena a los garantes a impedir la realización del delito, de manera tal que si no lo impiden, responderán como si lo hubiesen producido activamente. Así, si concordamos este artículo con el artículo 106º del Código penal, podrá formarse una norma de mandato que ordena a un garante a 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. Finalmente, se ha reconocido también la existencia de ciertas normas de permisión, las cuales autorizarían a infringir una norma de prohibición o de mandato en situaciones excepcionales, tal como sucedería, por ejemplo, en el caso de quien mata en legítima defensa. El artículo 20º, inciso 3 del Código penal autoriza a la persona que es víctima de una agresión ilegítima a defenderse racionalmente de la agresión.

En la actualidad, se presentan planteamientos como el de Lothar PHILIPPS o el de JAKOBS, que sostienen que la distinción entre normas de prohibición que se infringen por acciones y normas 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 re-

sulta determinante para la infracción de la norma. 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 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, los fines estatales o la confianza especial. 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. Lo determinante es no haber contribuido a la preservación o generación de una situación social deseable auspiciada por la institución específica.

2. La norma de sanción

Una ley penal completa establece que si una persona realiza culpablemente la conducta contemplada como delito, se le deberá aplicar la sanción prevista. 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. Pero el cumplimiento de esta orden requiere que el juez determine previamente según la norma de conducta si el autor realizó el hecho delictivo. 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 *Jus puniendi*, el Derecho penal forma parte del Derecho público. 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. Desde el punto de vista formal, las distintas leyes sancionatorias tienen la misma estructura lógica, pues constan de una infracción como supuesto de hecho y de una sanción como consecuencia jurídica. 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 las que impone el Indecopi por los ámbitos sujetos a su control administrativo.

Para diferenciar las leyes penales de las otras 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 230º, 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.

Para diferenciar materialmente las sanciones penales de las no penales, se ha recurrido al criterio de la mayor gravedad de la conducta penalmente prohibida y la consecuencia

jurídica prevista en la ley penal. 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 Nº 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 256º 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 Nº 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 solamente resulta válido en una apreciación abstracta, aun cuando puedan presentarse delitos menores que se consideren menos graves que infracciones administrativas graves.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Madrid, 1998.

Lección 3:
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. INTRODUCCIÓN

Determinar un concepto material del Derecho penal significa determinar la función que el Derecho penal cumple. Algunos autores han sostenido que la función del Derecho penal es la realización de la Justicia, pero en la actualidad el parecer predominante considera que el Derecho penal no cumple un ideal metafísico, sino una función social. Pese a este punto de partida común, existe disparidad de criterio entre los distintos autores sobre la determinación de tal función social. La discusión sobre la función del Derecho penal se mueve en torno a la cuestión de la función de la pena, lo que ciertamente incluye también la función material de las normas penales (o, llamada también, teoría de la conminación penal). No hay que olvidar, sin embargo, que el Derecho penal contempla también otras consecuencias jurídicas dife-

rentes a la pena, lo que obliga a establecer también su función desde la perspectiva jurídico-penal.

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 y 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 sí 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, no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas. Por esta razón, se va a orientar la exposición que sigue a partir de esta tradicional diferenciación de posturas sobre las teorías 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. 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, lo cierto es que la utilidad so-

cial 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 prisión (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl., Königsberg, 1798, § 49). 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 [HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en Theorie Werkausgabe, Moldenhauer/Michel (ed.), vol. 7, Frankfurt a.M., 1970, § 97], la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general [HEGEL, *Die Philosophie des Rechts*, Ilting (ed.), Stuttgart, 1983, 18/19, § 54 A]. Es en este contexto 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 [HEGEL, *Grundlinien*, § 99 (apéndice)].

No obstante, resulta pertinente dejar precisado 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. 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.

En la doctrina penal actual existe cierto consenso en cuanto a rechazar concepciones absolutas de la pena. 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, 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. 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.

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 exis-

tencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social. 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. 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 (STS Nº 0019-2005-PI/TC). 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 TC denota una discutible comprensión de las teorías retributivas de la pena, lo más llamativo es que en su STC Nº 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. Lo que no queda claro es cuándo se está ante 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 TC 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 reparación, diferenciación que ha sido asumida por LESCH en tiempos más recientes.

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 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. Apartir de estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

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. 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. 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, es decir, que parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

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. 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: un acto de denigración del competidor del que dependa la supervivencia de la empresa). 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. No obstante, 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 actuales formulaciones 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, 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.

– *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 (*The Rationale of Punishment*, 1830). Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado «panóptico», el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera cómo los condenados cumplían sus penas en prisión. 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 de las penas en los Estados Unidos 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. 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 acción,

confirmando la pena al Derecho como orden ético. Por ello, se agrega, 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. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental. 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 actual del derecho al libre desarrollo de la personalidad haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en nuestro sistema jurídico.

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. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de VON LISZT, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no produce un efecto intimi-

dante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además 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, 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 del injusto culpable. Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal, las llamadas medidas de seguridad, las cuales se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento. 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 ha sido duramente cuestionada. Se le ha criticado llevar a penas indeterminadas o muy severas, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaría imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante) que vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas. 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 (artículo 139º, inciso 22 de la Constitución

Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio.

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. 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 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. 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. 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 lógica utilitarista y garantista. 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 las líneas generales de la teoría dialéctica de la unión en la STC Nº 0019-2005-AI, 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. 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», 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, 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), 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). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar 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 comunicativa-social a la norma infringida por el autor.

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 socia-

les. 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. 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. La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con lo que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que estas siguen siendo modelo de orientación social. 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 vi-

gencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. 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. 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 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. En la medida 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. 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. Esta crítica resulta siendo puramente metodológica, que no afecta en lo absoluto el grado de coherencia de su sistema. Por tanto, 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 compartir los puntos de partida del funcionalismo de JAKOBS. 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 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». En consecuencia, pensamos que 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 un Derecho penal de personas, es decir, de seres humanos. La base ontológica de la persona tiene pues también fuerza normativa.

B. El concepto de persona

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». 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 nadie puede caer. Frente a la dignidad absoluta está la dignidad relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar 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. 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. 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 libres y responsables 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, que 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. 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 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 según 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 las competencias derivadas 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. 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 penal-

mente 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 nadie, 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 competencias 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.

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. 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 teoría del delito 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 su 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. 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.

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, sino a la necesidad de preservar intereses públicos predominantes (artículo VII del Título Preliminar del Código penal). 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 excepcionales, no podrá aplicarse una pena, pues faltaría la culpabilidad del autor. No obstante, si el autor, pese a no ser motivable por la norma penal, es socialmente peligroso (es decir, puede volver a cometer en el futuro conductas lesivas de bienes jurídicos), puede aplicarse una medida de seguridad conforme al artículo 72º del Código penal. La medida de seguridad tendría una finalidad preventivo-especial, pues bus-

caría incidir sobre el sujeto peligroso para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos. La prevención ya no se haría mediante la pena, sino mediante una medida correctiva y resocializadora (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. En consecuencia, los intereses sociales predominantes que fundamentan la imposición de una medida de seguridad 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 restabilizadora, 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. No existe una imputación al sujeto como hecho suyo, pues se entiende que el sujeto 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. En este sentido, no hay que reafirmar nada, sino utilizar mecanismos

de protección de carácter cognitivo frente a esos peligros (medidas de seguridad).

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 en el momento actual de la ciencia médica (psicología y psiquiatría) la sociedad está dispuesta a resolver el problema penal de un determinado grupo de infractores mediante un tratamiento médico. 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, 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 acudir a las medidas de seguridad, siempre que exista una peligrosidad social por parte del inimputable.

B. El sistema de doble vía

Los sistemas penales modernos son considerados sistemas de doble vía, en la medida que puede aplicarse penas y medidas de seguridad. Incluso es posible que ambas consecuencias jurídicas del delito se apliquen de manera conjunta si se dan los presupuestos necesarios para su imposición. Este es el caso de los imputables relativos, los cuales, por algún tipo de anomalía mental, mantienen la capacidad de culpabilidad, pero ésta se encuentra sustancialmente restringida. Si bien estos sujetos pueden comunicar penalmente y defraudar la vigencia de la norma penal, padecen alguna distorsión que disminuye el efecto comunicativo de su hecho. Bajo estas circunstancias, una pena que se corresponda con su culpabilidad será menor a la que se prevé para un sujeto plenamente responsable. No obstante, cabe que, por el peligro de cometer en el futuro nuevos hechos delictivos, sea conveniente la aplicación de medida de seguridad, de manera tal que al infractor se le impondrá una pena en relación con su culpabilidad disminuida y una medida de seguridad por su peligrosidad criminal.

A la posibilidad de poder imponer conjuntamente penas y medidas de seguridad se le conoce como sistema vicarial. Según esta orientación del modelo de doble vía, 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. Nuestro sistema penal se adhiere a la lógica del sistema vicarial, conforme se desprende del tenor del artículo 77º del Código penal.

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. 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 46º, 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. Siguiendo el análisis de SILVA SÁNCHEZ, 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. 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. 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. La gran objeción a este planteamiento se mueve en el plano de las antinomias que pueden crearse por la mezcla de ambas perspectivas. 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. En nuestra opinión, los cambios legislativos que otorgan una incidencia penal a la reparación de la víctima deben interpretarse de acuerdo con 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 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 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.

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 restabilizadora antes mencionada, 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. Debe quedar claro, en cualquier caso, que esta explicación requiere como presupuesto la aceptación de culpabilidad por parte del autor, si quiera en el plano de la producción de un daño injustificado a la víctima.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, ARA, Lima, 2004.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm von, *Tratado de Derecho penal*, trad. Zaffaroni y Hagemeier, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Universidad Navarra, Pamplona, 1992.

HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, Universidad de Piura, 1999.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

JAKOBS, Günther, «La pena estatal. Significado y finalidad», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 5, Lima, 2004.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1985, Tomo I.

LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, trad. Sánchez Vera, Dykinson, Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Sobre la relevancia jurídico-penal de los actos de «reparación»», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed., Reus, Madrid, s/f, Tomo I.

Lección 4:
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal subjetivo puede definirse como la facultad de imponer penas por la realización de un hecho delictivo. A esta facultad punitiva se le conoce también con la denominación latina de *Jus puniendi,* suscitándose al respecto fundamentalmente tres cuestiones. En primer lugar, se plantea la cuestión de si existe fundamento en la sociedad actual para la existencia de semejante facultad punitiva. En segundo lugar, resulta necesario responder a la cuestión de quién es el titular del *Jus puniendi,* es decir, quién puede ejercer legítimamente esta facultad. Finalmente, queda claro que en una sociedad democrática la potestad punitiva no puede ejercerse arbitrariamente, de manera tal que será necesario precisar dentro de qué límites se puede imponer a una persona una sanción penal. La exposición de esta lección se va a ordenar en función de estas tres cuestiones del *Jus puniendi.*

II. EL FUNDAMENTO DEL *JUS PUNIENDI*

El fundamento del *Jus puniendi* dependerá de la función que se le asigne a la pena, es decir, en razón de lo que legitima la existencia Derecho penal (fundamento funcional, como lo llama MIR PUIG). Sobre esta cuestión se han presentado corrientes que abogan por la falta de legitimidad del Derecho penal, lo que significa que no habría un fundamento funcional para el *Jus puniendi*. Dentro de esta tendencia cabe incluir no sólo las tesis abolicionistas en sus distintas variantes, sino también aquellas que se apoyan en ideas anarquistas y marxistas para cuestionar la sociedad actual y sus estructuras. En especial, cabe mencionar 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. Al respecto sólo cabe indicar que estas posturas son actualmente minoritarias y focalizan siempre el problema desde una perspectiva ideológica y para un determinado sector social.

Queda claro de lo anterior que el fundamento del *Jus puniendi* presupone la necesidad del Derecho penal en la sociedad actual, de manera tal que si el Derecho penal no fuese necesario, entonces no habría manera de fundamentarlo materialmente. Si bien las tesis mayoritarias sostienen la necesidad del Derecho penal, la discusión comienza al momento de precisar cuál 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. Frente a esta posición ha adquirido cierta notoriedad el planteamiento que considera que el Derecho penal cumple socialmente la labor de mantener la vigencia de las expectativas normativas defraudadas por hechos socialmente perturbadores. Como puede verse, para los primeros el fundamento del *Jus 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, que fundamentaría la existencia de un *Jus puniendi.* La cuestión que surge inmediatamente es quién debe ejercer esta facultad punitiva.

III. EL ESTADO COMO TITULAR DEL *JUS PUNIENDI*

Si bien la reacción frente a un hecho criminal tiene orígenes privatísticos, en la actual organización social es el Estado quien tiene el monopolio exclusivo de la facultad de imponer penas por la realización de un hecho delictivo, que lo convierte en un asunto público. El fundamento de esta asignación exclusiva del *Jus 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 preserva a la decisión de caer en una reacción penal irracional o desproporcionada, como sucedería, antes bien, si la *vendetta* o la venganza privada se constituyesen en medios de reacción legítimos frente a los actos delictivos. 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 *Jus puniendi* debe encontrarse, por tanto, en otro fundamento.

En nuestra opinión, la razón por la que el Estado se constituye en el titular exclusivo del *Jus puniendi* radica en que los intereses afectados por el delito son de carácter público. Dado que el encargado de proteger los intereses públicos es el Estado, la imposición de una pena se presenta como un tema estatal. Solamente en ciertos casos de lesión de intereses personalísimos, como por ejemplo los delitos contra el honor, la facultad de los privados para perseguir delitos se mantiene exclusivamente en ellos. En el caso 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. 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 *Jus puniendi* sea un monopolio estatal.

IV. LOS LÍMITES AL *JUS 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 la finalidad preventiva o restabilizadora de la pena al extremo de caer inclu-

so en una situación de terror penal. El sistema penal debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que limitan el ejercicio de la facultad punitiva del Estado. A estos límites se les conoce también como principios político-criminales, en la medida que condicionan el uso del Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas. La justificación de estos principios político-criminales puede encontrarse tanto en una perspectiva preventiva como en una restabilizadora del Derecho penal.

En la lógica preventiva, se dice que la pena no sólo debe ser eficaz en la prevención de los delitos (*Zweckrationalität*), sino que debe también orientarse al respecto de las garantías jurídico-penales (*Wertrationalität*). En este orden de ideas, el Derecho penal se configuraría como 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 en la sociedad actual. 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 ciertas garantías penales.

Los principios garantistas que ordenan el ejercicio de la facultad punitiva del Estado se han perfilado a lo largo de casi doscientos años de discusión sobre los contornos que debe tener el sistema jurídico-penal. En lo que sigue, nos ocuparemos de desarrollar la formulación y alcance de cada uno de estos principios frente al ejercicio de la potestad punitiva atribuida al Estado.

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. En este orden de ideas, se le asigna al bien jurídico la función de legitimar la intervención penal. Sin embargo, para poder definir adecuadamente el alcance de este principio político-criminal, resulta necesario precisar qué se entiende por bien jurídico merecedor de protección penal. La discusión doctrinal sobre esta institución esencial del Derecho penal 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». No obstante, pese a la dificultad de definición, resulta ineludible pronunciarse sobre este aspecto esencial del Derecho penal, pues, por lo contrario, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no podrá desempeñar ninguna función de control sobre el *Jus puniendi* del Estado.

A. *El bien jurídico: Concepto y función*

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, entendió que el delito no lesiona derechos subjetivos, sino bienes. Esta idea se muestra con claridad en el siguiente extracto del trabajo de BIRNBAUM: «Supongamos que perdemos algo o que somos despojados

de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído». Algunos autores como MARX consideran que el referido autor realizó esta afirmación siguiendo la lógica liberal de limitar la actividad punitiva del Estado. Otros como MIR PUIG señalan, por el contrario, 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. Pero con independencia de esta discusión sobre el sentido ideológico que BIRNBAUM 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 se puede sustentar la intervención penal. 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». 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. 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».

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». 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 la función limitadora de su concepto de bien jurídico. 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 en penalizar una determinada conducta. Por todo esto, hay razones para pensar que la intención de VON LISZT no fue darle al concepto de bien jurídico una finalidad garantista específica, sino, más bien, explicar materialmente el delito como lesión de algo: el bien jurídico.

Pasado el furor positivista, el cambio del método científico en las ciencias del espíritu 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. 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. Así, el bien jurídico fue entendido como un valor de la cultura y el delito, por tanto,

como la lesión de una norma de cultura. Pese a la referencia externa al Derecho utilizada para determinar el bien jurídico, el planteamiento neokantiano tampoco pudo desarrollar una función de limitación del ejercicio del *Jus puniendi*, pues se presentaba sumamente complicado definir una cultura aislada del ordenamiento jurídico generado por la misma sociedad. 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 del bien jurídico, que tuvo lugar con la metodología neokantiana, 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. En efecto, al definirse el bien jurídico como una «realidad positivamente valorada», la relatividad de los valores asumida por los neokantianos 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. Está claro que con un planteamiento como éste difícilmente el bien jurídico podrá desempeñar una función de control del poder punitivo del Estado.

Después del triste periodo nacionalsocialista, surgieron diversos intentos por dar un fundamento ético al concepto de bien jurídico, buscando con ello evitar caer nuevamente en una perversión de los valores. Así cabe mencionar el planteamiento de Hellmuth MAYER, quien consideraba que la pro-

tección de los bienes jurídicos estaba mediatizada por la protección de un orden moral que se expresaba formalmente a través del orden jurídico. En una línea de pensamiento igualmente moralizante, WELZEL entendió que la misión central del Derecho penal no estaba en proteger bienes jurídicos, sino en asegurar la vigencia de los valores ético-sociales de la acción como el respeto a la vida, la salud, la libertad, la propiedad ajena, etc. 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, tal como sucedió en el Proyecto Gubernamental de Código penal alemán de 1962. Como contrarreacción a esta pretensión punitiva, comenzó a desarrollarse una visión sociológico-funcionalista del bien jurídico, en donde se destacaba más la lesividad al funcionamiento social que al orden moral. En efecto, los bienes jurídicos pasaron a ser entendidos como condiciones necesarias para la conservación de un orden social, siendo lo característico del delito su dañosidad social. La importancia de la significación social llevó incluso a que algunos autores, como es el caso de AMELUNG, propusieran abandonar el concepto de bien jurídico y quedarse solamente con la idea de dañosidad social.

La concepción funcionalista del bien jurídico presentó la misma debilidad que las propuestas anteriores, pues no estableció con claridad los criterios para determinar qué grado de dañosidad social se requiere para que intervenga el Derecho penal. Por otra parte, la exclusiva referencia a la funcionalidad social podía llevar a proteger penalmente estrategias políticas e incluso caer en la penalización de valores morales, lo que justamente se pretende evitar con las tesis

funcionalistas. Por esta razón, los estudios actuales sobre el bien jurídico intentan encontrar puntos de referencia 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 que diferencia entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales, 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 en Alemania, BRICOLA en Italia y ESCRIVÁ GREGORI 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 que al legislador le resulta prohibido rebasar los límites establecidos por el constituyente. Así, el TC ha señalado en la STC Nº 0014-2006-PI/TC que el Derecho penal tutela los valores proclamados en la Constitución. 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. El primero vincula de manera general el bien jurídico con el modelo de Estado constitucionalmente establecido, es decir, con el Estado social y democrático de Derecho. El segundo requiere que la Constitución reconozca explícita o implícitamente el interés que, en concreto, se quiere tutelar penalmente. 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. 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. Por ello, la determinación del bien jurídico protegido no puede satisfacerse únicamente con un planteamiento formal.

Un sector importante de la doctrina penal contemporánea intenta determinar el contenido del bien jurídico recurriendo a una concepción dualista. En esta línea de pensamiento podría incluirse la propuesta teleológica de ROXIN, quien señala que una protección penal solamente puede tener lugar si se trata de «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». Como puede deducirse de esta definición de bien jurídico, 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 estos principios. Lo que no sirva a lo uno o a lo otro no podrá ser objeto de una conminación penal.

El planteamiento dualista justifica el uso de dos perspectivas distintas para determinar el contenido del bien jurídico. Por un lado, se encuentran los bienes jurídicos referidos directamente al individuo, en donde se puede 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. 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 complementarse con criterios de lesión al sistema, es decir, con bienes jurídicos de carácter supraindividual. En consecuencia, el bien jurídico tiene que definirse diferenciadamente según se trate de bienes jurídicos individuales o de bienes jurídicos de carácter supraindividual.

Al planteamiento teleológico se le puede reprochar, en primer lugar, no haber justificado por qué se tiene que recurrir a criterios diferentes para determinar el bien jurídico. Por otro lado, si bien se recurre con cierta facilidad a los bienes jurídicos supraindividuales para fundamentar la incriminación de ciertas formas de conducta (delitos económicos, por lo general), no hay mucha claridad sobre cuándo existe un interés colectivo que merezca protección penal. 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, sino que finalmente se pasa con facilidad a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal. 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 contarían con criterios definidos para evaluar críticamente la labor de incriminación del legislador.

La vuelta a una uniformidad de criterio para determinar el bien jurídico se propone por la concepción institucional

que entiende que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. 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, es decir, el desconocimiento del derecho de las personas sobre los bienes. 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 que la defraudación de dicha norma no afecte el funcionamiento del sistema social.

En nuestra opinión, la tesis institucional acierta al centrar la función del Derecho penal en el mantenimiento de la vigencia de la norma defraudada. En este sentido, la protección penal no apunta a preservar, cual piezas de museo, 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 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 so-

cial 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. 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 qué 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.

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos en general sin requerir que se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente. 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. 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. 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*). Pero incluso la pretendida mayor idoneidad de los delitos de peligro abstracto para evitar los riesgos sociales es de alguna manera cuestionable. 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. En este sentido, el Derecho penal se ha convertido en un Derecho penal puramente simbólico, en tanto no reduce realmente la criminalidad (función instrumental).

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. Si el Derecho penal pretende tener vigencia real, debe adaptar sus categorías dogmáticas a esta realidad social. 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 aban-

donan el paradigma del delito de lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro. 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. 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. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a la realidad social exige que ésta se adapte a la nueva forma de aparición de los contactos sociales y su complejidad. Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo no permitido se realice en el resultado, lo esencial en la construcción de las estructuras de imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Si bien las consideraciones antes mencionadas resultan plausibles, no puede negarse que el recurso a delitos de peligro abstracto implica una posible ruptura de la vinculación del Derecho penal con la concepción tradicional del bien jurídico. 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, por lo que no estiman correcta la 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. Si se cumple con estas exigencias, no se afectarán las

garantías constitucionales y podrá considerarse legítima semejante incriminación. Por el contrario, si no se cumple con los requisitos mínimos mencionados, el uso de esta técnica legislativa no resultará legítimo.

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. 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*. En consecuencia, el castigo por la peligrosidad de una conducta no puede hacerse sobre la base de su capacidad futura de vulnerar un bien jurídico.

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. 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. 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. 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, resulta especialmente difícil poder orientarse en la sociedad moderna, ya que la inseguridad 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. 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 también en un bien jurídico. Un delito de peligro abstracto estaría constituido por la afectación de las condiciones de disposición segura de un bien jurídico. Esta afec-

tación 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.

C. La diferencia con las infracciones administrativas

El cambio de perspectiva de la lesividad que hemos planteado a propósito de los delitos de peligro abstracto suscita, sin embargo, dificultades de limitación con las infracciones administrativas. 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. 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 cla-

ro que el Derecho penal no debe restablecer 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. Por lo 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 mecanismos de reestabilización de carácter cognitivo 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. 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 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 requiera una reestabilización normativa. No obstante, hay que responder a la cuestión de cuándo la conducta peligrosa fundamenta una perturbación social requerida 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. 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 basándose en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor.

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 *ultima ratio*. 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, pues 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. 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 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, 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 alcan-

zan 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. 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 que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penales.

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, en la actualidad se presenta como una 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. 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, solamente 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, pues sólo 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 2º, 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. 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.

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. En las exposiciones de BECCARIA y FEUERBACH, este principio adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo necesario a su finalidad preventiva. 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. Esta concepción considerada ahora garantista, salvo la etapa oscura del nacionalsocialismo en Alemania, continúa vigente en las exposiciones doctrinales.

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. 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. 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 organización política, concretamente, como parte del sistema político constitucionalmente regulado.

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, 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. Por el otro, constituye también un mecanismo para evitar el abuso del poder estatal en perjuicio de los ciudadanos, 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.

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 pre-

via 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 democráticamente, no podrá presentarse objeción alguna, desde el punto de vista de la organización política, a una exclusión o limitación del principio de legalidad. 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, sino, más bien, un mecanismo que, en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder.

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. 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. Según este entendimiento del principio 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 al Derecho.

Los que rechazan la idea de que el Derecho penal cumple una función de motivación no tienen 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. 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. 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.

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. En nuestra opinión, esta quinta 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 constituyen, por el contrario, simples medios para conocer el Derecho positivo, pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales. 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 de acuerdo con 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. 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 le-

gislativos. 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 jurídicas 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 104º de la Constitución Política, la materia y el tiempo que se tiene para legislar. 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 118º, 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, según 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». 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 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.

Como lo hemos indicado, la exigencia de una ley escrita excluye la posibilidad de que la costumbre se convierta en una fuente directa del Derecho penal. Sin embargo, esta afirmación podría entenderse contraria a lo dispuesto en el artículo 149º 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. Sin embargo, hay que tener presente que esta disposición constitucional establece un límite muy claro al ejercicio de estas funciones jurisdiccionales: los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, y en la medida que el proceso penal y las sanciones penales implican restricción de derechos fundamentales, el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas o nativas no puede ser aplicado legítimamente en materia penal. Esta impedimento no excluye, sin embargo, que las comunidades puedan ser órganos de apoyo de la persecución penal, sobre todo en lugares en donde la fuerza pública no puede llegar con absoluta eficacia.

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. A esto se le conoce como el mandato de certeza o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad, 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 qué hechos hacían a sus autores malhechores. Para evitar posibles abusos por parte de la administración de justicia en un sistema democrático de distribución del poder, 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.

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, pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde esta naturaleza general. 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. Como consecuencia de lo antes 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. La cuestión decisiva será preci-

sar qué nivel de determinación relativa se exige del legislador penal, 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 certeza 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. 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. Se requiere siempre de una labor de concreción que no puede hacerse a nivel legislativo. 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. La ley penal no motiva, sino que a lo mucho ofrece criterios para una orientación eficiente en el sistema social.

A partir de lo anterior, puede decirse que lo relevante del principio de legalidad no se ubica propiamente en el efecto motivatorio que la ley penal tiene 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.

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.). 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 administración de las personas jurídicas con el delito de falsas comunicaciones sociales del artículo 198º, inciso 2 del Código Penal.

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. 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. 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. 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 erosionan la garantía, sino que constituye el límite natural a la determinación previa del legislador.

b.2) La flexibilización del mandato de certeza 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 o a actos de la administración, así como también a cláusulas generales con amplios márgenes de interpretación judicial. 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 dinámicos, como por ejemplo el económico, no puede exigirse una tipificación casuística de las conductas delictivas o una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas a los cambios de la sociedad. 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. 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. Dentro de las leyes penales en blanco se suelen diferenciar las llamadas leyes penales en blanco impropias y las propias. Las leyes pe-

nales en blanco impropias son aquellas que se remiten a otras leyes de igual rango (leyes especiales) para precisar la conducta penalmente sancionada, como es el caso, por ejemplo, del delito de defraudación tributaria que se remite a 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. Ejemplo de estas leyes penales en blanco sería el delito de especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234º, primer párrafo del Código penal.

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 certeza 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. 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. 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, 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 en el caso de las leyes penales en blanco tiene lugar respecto de 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. Esto significaría que existe 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. 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, 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 re-

misión 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.

Especialmente discutible se presenta el caso de las leyes penales en blanco que se remiten a leyes extrapenales dinámicas, es decir, a aquellas que son modificadas continuamente. 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. 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 afecta para nada la determinación general realizada legalmente por el legislador. En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 813) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199º del Código Penal). 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 determinados por la ley penal. 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.

Otro supuesto de remisión que resulta igualmente discutido es el caso de las cláusulas de remisión inversa, en donde una ley extrapenal se remite a una ley penal para el castigo de determinada conducta. Esta remisión no generaría mayores problemas si la conducta pudiese subsumirse en el tipo penal remitido, pues no sólo no se desnaturaliza el tipo penal, sino que se ofrecería una mayor seguridad jurídica. Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extrapenal desborda el ámbito de regulación del tipo penal, como sucedía, por ejemplo, con el artículo 23 1º de la LGSF, derogado por la ley de garantías mobiliarias. En esta disposición de Derecho bancario se establecía que si el depositario de una prenda global y flotante no cumplía con el deber de devolución, sería responsable por el delito de apropiación ilícita tipificado en el artículo 190º del Código penal. El análisis de los elementos constitutivos del delito de apropiación ilícita permitía concluir que el incumplimiento por parte del depositario de la obligación de entregar los bienes con prenda global y flotante no reunía los ele-

mentos constitutivos del delito de apropiación ilícita, pues el deudor no recibía del acreedor los bienes dados en prenda (se trata de bienes que el deudor ya posee) y tampoco podía apropiarse de dichos bienes (ya que el depositario es, en principio, el propietario de los mismos). En consecuencia, la conducta del depositario de bienes con prenda global y flotante que incumplía la obligación de entregar al acreedor dichos bienes u otros de similar naturaleza o su valor en dinero no podía subsumirse en el tipo penal de apropiación ilícita. Se trataba de un incumplimiento contractual que, desde la redacción del artículo 190º del Código penal, debía ubicarse en el ámbito de lo penalmente atípico.

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. 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 objeto remitido desde la ley penal o por su irrelevancia, excediese del ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal». Por eso no pueden admitirse cláusulas de remisión inversa como la que contuvo el artículo 231º de la LGSF, 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. En este sentido, se diferencia entre accesoriedad conceptual, accesoriedad administrativa de leyes y accesoriedad administrativa de acto. La primera forma de accesoriedad se refiere a los tipos penales que contienen elementos normativos con contenido definido en el ámbito jurídico-administrativo, que 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.). 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, tal como sucede, por ejemplo, con el delito contra la propiedad industrial del artículo 222º del Código penal. El punto de discusión recae concretamente sobre la llamada accesoriedad administrativa de acto, que se presenta en los tipos penales que exigen un determinado acto administrativo o su inexistencia para poder sancionar penalmente una determinada conducta. 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 determinadas conductas.

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. 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 234º, primer párrafo del Código penal), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico del delito respectivo (por ejemplo, el delito de expendio irregular de medicamentos del artículo 294º del Código penal, que requiere que el sujeto activo tenga una autorización para la venta de sustancias medicinales). 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 sector específico, para entender que la determinación típica de la conducta prohibida se ha cumplido suficientemente.

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. 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, por lo que, para evitar el arbitrio judicial, siempre sería más conveniente el empleo de conceptos determinados. Sin embargo, tampoco puede caerse en un sistema de tipificación casuística que impida al juez penal llevar a cabo una administración de justicia material, ajustada a las particularidades del caso concreto. En determinados ámbitos, como sucede por ejemplo en el terreno de la moral pública, el legislador requiere de la utilización de cláusulas generales para dar al juez una mayor capacidad de adaptar la realidad a los tipos penales. En este sentido, 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. 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 otra manera de llevar a cabo una administración de justicia ajustable a ámbitos especialmente variables.

Un caso muy controvertido de cláusula general es aquélla que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley penal (*Umgehungsverhalten*). 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. 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). 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, 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, el cual permitiría castigar las conductas que, mediante una conducta evasiva del tipo penal, infringen el sentido de la norma. A esta vía se la ha considerado, sin embargo, inconstitucional, pues facultaría al juez a realizar un proceso analógico en cualquier tipo penal de la parte especial. La segunda 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. 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.

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. 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. Esta se llevaría a

cabo sobre la base de 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. 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 extrapenales que especifiquen tales conductas. La primera forma de regulación de las conductas de fraude a la ley penal es asumida por el delito contra la propiedad industrial del artículo 222º, literal f del Código penal, 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.

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 extrapenalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa. 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 pro-

hibidas. 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. 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 y no lleve a cabo una simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de 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 artículo 2º, 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. Las leyes penales son, pues, irretroactivas. Sin embargo, esta regla de la irretroactividad de las leyes penales encuentra excepción en el caso de una ley penal posterior que en el caso concreto resulta más favorable al reo. A esta aplicación retro-

activa excepcional de la ley penal se le conoce con el nombre de retroactividad benigna.

Un tema 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. El Tribunal Constitucional ha defendido un parecer negativo. Así, respecto de las leyes penales procesales 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. Nº 1300-2002-HC/TC del 27 de agosto de 2003). Del mismo modo, el máximo intérprete de la Constitución ha sostenido respecto de las leyes de ejecución penal 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.º 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» (STC Nº 2196-2002-HC/TC). Como puede verse, el requerimiento de una ley penal previa no exigiría, en opinión del Tribunal Constitucional, que se determine previamente a la realización del delito cómo se llevará a cabo el proceso pe-

nal para juzgar dicho delito, ni tampoco cómo se ejecutará la pena que eventualmente se le imponga a los intervinientes en el delito. La ley penal solamente tendrá que establecer de manera previa qué conducta constituye delito y cuál es el marco penal de la pena a imponer para castigar la realización de la conducta prevista en el tipo penal.

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 que las medidas de seguridad podrán introducirse con posterioridad al hecho peligroso o endurecerse por razones de prevención especial. 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. En este sentido, nadie puede ser sometido a una medida de seguridad que previamente no se encuentre establecida en la ley penal.

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, en la medida que les impide recurrir a la analogía para sancionar una conducta, tal como lo dispone el artículo 139º, inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código penal. De esta manera, el tenor literal se convierte en un límite a la interpretación de la ley penal. Según un sector importante de la doc-

trina penal, el margen máximo que ofrece el tenor gramatical de la ley se determina por medio del uso ordinario del lenguaje. En este sentido, si este margen interpretativo es sobrepasado con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, se caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal. 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. En primer lugar, es realmente difícil marcar fronteras precisas entre interpretación y analogía, pues resulta claro que todo proceso interpretativo se lleva a cabo mediante razonamientos analógicos. En este sentido, interpretación y analogía no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo. Esto ha tenido repercusión en el tratamiento de la analogía en el Derecho penal, por lo que ahora se habla, más bien, de analogía permitida y analogía prohibida. Para poder establecer 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 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, pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc. 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. 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. 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. 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.

A partir de las ideas arriba expuestas, pueden construirse los límites que el principio de legalidad realmente establece a la interpretación de la 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. 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. 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 según lenguaje cotidiano, sino de acuerdo con la idea de un sistema conceptual de carácter jurídico-penal. 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. 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, pues con ello estaría configurando un nuevo sistema de regulación y usurpando aspectos reservados al legislador penal. Se trataría de una analogía penalmente prohibida.

Por ejemplo: el peculado por extensión del artículo 392º 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 a favor del Estado. La falta de retención no puede equipararse a una apropiación.

De acuerdo con el 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. A 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*. Sin embargo, la analogía permitida no se reduce a estos supuestos, 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*, 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», en el delito de estafa con el elemento abierto de «otra forma fraudulenta», o en el delito de colusión desleal con «otras operaciones semejantes». 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.

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. 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». El motivo por el cual operó el cambio de términos fue la intención del legislador de evi-

tar una asociación del empleo del término «culpabilidad» con teorías retribucionistas de la pena; más aún, 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 debe 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 pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo. Como puede verse, la culpabilidad del autor se determina en relación con un hecho (Derecho penal de acto), de manera que no cabe admitir planteamientos que sustenten la culpabilidad en el modo de vida del autor (Derecho penal de autor). Esta afirmación no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia penal, pues elementos como el dolo o la imputabilidad, o los criterios de medición de la pena tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo. 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 del autor. En este orden de ideas, hay razones atendibles para cuestionar la compatibilidad de la agravante del delito de favorecimiento de la prostitución prevista en el artículo 179º, inciso 6 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.

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 estas formas de castigo 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*. Se llegó incluso a decir que, desde el 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 hace poco 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 46º-B y 46º-C, contando incluso con el respaldo del Tribunal Constitucional, que las ha declarado plenamente constitucionales (STC Nº 014-2006-PI/TC). Con respecto a su compatibilidad con el principio de culpabilidad, el TC 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». En nuestra opinión, hay serios reparos para congeniar estas figuras de agravación de la pena con un Derecho penal de acto, pues sustenta la pena agravada (no la pena concreta) en actos distintos al delito cometido.

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 libre-

mente. 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. A esta comprensión de la culpabilidad se le ha cuestionado fundamentalmente la imposibilidad de una prueba empírica de la libertad de actuación, repercutiendo esta imposibilidad de prueba especialmente en la idoneidad de la culpabilidad para ser un criterio de medición de la pena.

Las tesis retribucionistas de la pena se encuentran actualmente cuestionadas, por lo que a la pena se le asigna, más bien, una función esencialmente de prevención. Esta perspectiva preventiva de la pena no está libre, sin embargo, de objeciones, pues una visión puramente preventiva podría conducir a ciertos excesos del sistema penal frente al individuo. Por ejemplo, si la pena se determinase solamente de acuerdo con la prevención general negativa, su medida respondería únicamente a la necesidad de intimidar a los potenciales delincuentes, lo que, en términos punitivos, podría significar un incremento desproporcionado de las penas. Por esta razón, se hace necesario encontrar ciertos límites a la posibilidad de exceso de una visión preventiva de la pena. La culpabilidad encontraría precisamente en este lugar su función, es decir, dejaría de ser el fundamento de la pena, para convertirse, más bien, en un límite al ejercicio del *Jus puniendi* del Estado. El punto central de discusión en un planteamiento preventivo de la pena reside 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. 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. 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 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. 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.

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 las reglas 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. 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 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. Para los que 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. A éste no se le puede 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 fortuitas, pues estas actuaciones no tienen un sentido social perturbador, 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. 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. Nº 607-98-Lima, en donde se dice literalmente lo siguiente: «El Código penal vigente, en el numeral 7 de su Título Preliminar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)». En consecuencia, un hecho lesivo 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 una persona 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. 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. Como puede verse, sea por razones de motivación o sea por motivos de comunicación social, la imputación 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. La doctrina penal nacional entiende predominantemente que este principio se encuentra reconocido en el artículo VIII del Título

Preliminar del Código penal, 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. 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 dogmáticamente 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 (así, la Sentencia R.N. Nº 3588-99-La libertad, de fecha 29 de octubre de 1999).

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). 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 establecen 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 ha modificado el artículo VII del Título Preliminar, para exceptuar la observancia del principio de proporcionalidad en el caso de reincidencia o habitualidad del agente del delito. 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. 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 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 46º. Pero lo que no puede hacerse es considerar estas circunstancias también como agravantes que incrementan el marco penal abstracto del delito cometido nuevamente.

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. Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado. Las concepciones de la pena, que se centraban únicamente en su efecto disuasorio, han sido actualmente dejadas de lado, pues el poner la mirada exclusivamente en tal finalidad lleva, como es lógico, a una situación de terror penal. La gravedad de la pena no puede atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización

de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades 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.

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. 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. 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. 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. Desde posturas preventivas, consideramos que esta 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 partidas preventivos, sino que también encuentran perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. La pena tiene, en esta última comprensión del Derecho penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada. Para cumplir esta función de reestabilización, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que trasmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía. 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 hacia arriba. 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. 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. A partir de este principio, algunos autores defienden incluso la despenalización de ciertos delitos de bagatelas.

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. 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. 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. 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 de forma más grande 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. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales.

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho se formule de manera general sobre la base de un límite mínimo y uno máxi-

mo. 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. 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. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil, la incautación o el retiro de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En la determinación del límite máximo de la pena se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la victima en caso de no existir una sanción estatal. 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. 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. En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave aún per-

mitida 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. 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. Si bien el juez penal debe moverse dentro del marco dado por la ley penal, tiene libertad para decidir la relevancia penal de la conducta y la concreta sanción penal que debe imponerse al autor del hecho. 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 46º del Código penal. 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.

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. 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. El Código de Hammurabi constituye quizá la expresión histórica más clara de esta comprensión de la proporcionalidad. Con el paso del tiempo y el desarrollo del pensamiento, esta regla matemática de equivalencia comenzó a cuestionarse en función de la relación entre el autor y su hecho. 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. Esta determinación valorativa de la grave-

dad 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 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.

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. 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, torturas o trabajos forzados. 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 abolicio-

nista 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. Un caso especial: El principio del non bis in idem

El hecho de que, por lo general, la conducta delictiva se subsuma en varios tipos penales o infracciones administrativas plantea ineludiblemente el problema de la doble punición del mismo hecho. 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), se ha desarrollado diversos criterios materiales y procesales que limiten la sanción a una sola que cubra suficientemente la necesidad de sanción. Estos criterios se agrupan en el llamado principio del *non bis in idem*, reconocido expresamente en el artículo 230º, inciso 10 de la Ley Nº 27444 (Ley de Procedimiento Administrativo General). Dentro de este principio la doctrina penal distingue una vertiente material y otra procesal.

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. Para ello es necesario, en primer lugar, precisar cuándo nos encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional español al respecto (STS de 30 del enero de 1981), nuestra legislación positiva señala que existe una situación de *bis in idem* cuando se presenta una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. 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. 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 que no puede iniciarse simultáneamente ambos procesos sancionatorios con el riesgo de sustentarse en una base fáctica contradictoria.

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones. Debe de tratarse del mismo hecho. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar valoraciones sobre el hecho. El aspecto valorativo se desarrolla propiamente en el aspecto referido a la identidad de fundamento. Por esta razón, el propio Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia decisiva de la identidad de fundamento. La determinación de esta identidad no está, sin embargo, libre de problemas, 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 funda-

mento se daría en la protección de un mismo bien jurídico. 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 los casos de «relación de especial sujeción». Bajo estas consideraciones, parece mucho más adecuado seguir el parecer de que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos, por lo tanto, no puede hablarse de una identidad de fundamento, sino, en todo caso, de una identidad 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 cumpla 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, 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 *ultima ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico. 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 más grave desde el punto de vista normativo.

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. La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina penal, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo. Para el inicio del proceso penal bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes. Un aspecto 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. Solamente si en sede penal no se impone una sanción penal sobre la base de 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.

6. El principio de resocialización

El artículo 139º, 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. La resocialización o readaptación del delincuente es, en todo caso, sólo una garantía, una posibilidad de mejora que se ofrece al condenado, 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 favorecer su no desocialización. 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. El propio Tribunal Constitucional «ha subrayado en su Sentencia Nº 2700-2006-PHC que, 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».

V. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La vigencia de los principios político-criminales adquiere características restrictivas ante determinadas formas de criminalidad especialmente graves. Estas restricciones se han buscado explicar a través del llamado Derecho penal del ene-

migo. 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, llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht,* aparecido en lengua castellana en 2003. 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. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos, 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 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.

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. 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.

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: 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). 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.

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. 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 ciudadanos 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, consi-

derados ya no ciudadanos, sino más bien enemigos» (STC Nº 0003-2005-PI/TC). 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 hay 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 del 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. Lo que, en todo caso, debe quedar en 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BRAMONT ARIAS, Luis A., *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950.

CEREZO MIR, José, «La teoría de la pena en el proyecto de Código penal español de 1992», en *Revista de Derecho y Ciencia política*, Nº 51, Lima, 1994.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Idemsa, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Cancio y Feijoo, Civitas, Madrid, 2003.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

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, 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 senten-

cia. 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, nos vamos a ocupar de los aspectos que caracterizan la aplicación temporal de la ley penal, intentando destacar las particularidades de enfoque que tiene cada una de las perspectivas 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. 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, de la imposición de la condena y de la ejecución de la pena, tiene lugar una modificación de la regulación jurídico-penal, será absolutamente necesario determinar cuál ley penal resulta aplicable.

La legislación penal actual establece que la ley penal aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible, aunque se aplicará la más favorable al reo en el caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (artículo 6 primer pá-

rrafo del Código penal). Esta 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 del hecho. No obstante, la justificación de esta regla no puede sustentarse únicamente en el mandato legal, 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 podrá 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. Así es como puede entenderse la formulación clásica de FEUERBACH de que «la imposición de una pena presupone una ley penal». 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, pues es esta ley la que efectivamente ha tenido en cuenta el autor (psicológica o normativamente) para advertir las consecuencias de su actuación. 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 (o el diálogo racional con la norma) sólo podría haber tenido lugar con la ley vigente al momento del hecho. Si se con-

dena 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. 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. Por esta razón, sólo al momento de condenar es necesario determinar si la expectativa se encuentra aún defraudada y si se requiere, por tanto, de una reestabilización normativa. Para exigir tal reestabilización es necesario que la expectativa defraudada todavía requiera 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. 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 fundamen-

tales también en el proceso de reestabilización de la expectativa defraudada. La imposición de una pena 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. 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. 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. 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.

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 Código penal peruano 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. Esta opción del Código penal resulta plenamente justificada, en la medida que ya la ejecución de la conducta típica implica la infracción de la norma penal.

La determinación de la ley penal vigente al momento del hecho no está ajena a la presencia de supuestos problemáticos. Así, resultan discutibles los casos de modificación de la ley penal entre el inicio y la finalización de la acción u omisión del hecho delictivo. Esta situación se presenta en el caso de los delitos permanentes y continuados, ya que la acción lesiva se realiza a lo largo del tiempo. En la medida que se trata de una conducta delictiva permanente o continuada, la entrada en vigencia de una nueva ley penal durante el periodo de permanencia o continuidad de la conducta constituirá también la ley vigente al momento del hecho, pues el hecho sigue en permanente o continua ejecución.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido respecto del delito de desaparición forzosa. Así concretamente señala «*que no se vulnera la garantía de la lex praevia derivada del Principio de Legalidad Penal en caso de que se*

aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. Tal 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 [Cfr. Exp. N.º 2488-2002-HC/TC]. 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». Este parecer requiere una matización sumamente importante, en el sentido de que la ley previa al hecho solamente se presentará si los actos ejecutivos del delito permanente se siguen ejecutando permanentemente (por ejemplo, la privación de la libertad en el secuestro de una persona). Por el contrario, no cabe aplicar una ley penal no existente al momento de la realización de una conducta con la sola permanencia del resultado (es decir, en el caso de un resultado permanente como la apropiación indebida de un bien). Así, respecto del delito de desaparición forzosa podría ser que las acciones dirigidas a la desaparición de una persona hayan sido ejecutadas antes de la entrada en vigencia de la ley penal que criminalizaba la desaparición forzosa, de manera que en estos casos no se estaría ante un delito permanente, sino ante un delito de resultado permanente. Aplicar en este último caso una ley penal posterior a la realización de la conducta, por más que se intente sostener lo contrario, constituye una violación a la exigencia de la ley penal previa.

III. LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

Conforme a lo establecido por el artículo 6 del Código penal, la ley penal más favorable al reo resultará aplicable en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. De este dispositivo se desprende que solamente cabe aplicar la ley más favorable al reo si es que tiene lugar un conflicto de leyes penales en el tiempo, lo que requiere determinar primeramente cuándo se produce tal conflicto. Si es que se constata una situación de conflicto de leyes en el tiempo, el paso siguiente será aplicar la ley penal más favorable, para lo cual resultará necesario contar con criterios definidos que permitan determinar qué ley penal es la más favorable. Este procedimiento no se presenta, por lo general, con la sencillez de su formulación, por lo que resulta pertinente entrar en sus particularidades y aspectos problemáticos.

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 (así, el precedente vinculante establecido en la R.N. Nº 1920-2006-Piura). En estos casos no se presentará ningún pro-

blema 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 manera 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 Código penal. 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 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 (ver, en este sentido, el acuerdo plenario Nº 2-2005/DJ-301-A).

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*). 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. 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. Lo fundamental será entonces precisar cuándo existe una continuidad del injusto y cuándo no.

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. 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. 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. 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 vir-

tud 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. 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. 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 respecto de la medida de pena necesaria para reestabilizar la defraudación. En estos casos habrá una continuidad del injusto. La situación adquiere contornos distintos si se modifican aspectos referidos al injusto. 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, 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.

Tampoco se presentará una continuidad del hecho si la expectativa de conducta sigue siendo la misma, pero la forma de conducta defraudatoria resulta distinta, pues la determinación objetiva realizada por el legislador alcanza también a la forma de conducta defraudatoria (por ejemplo, la falsificación ideológica de un documento privado deja de incluirse como un supuesto de falsedad ideológica punible al limitarse el tipo penal al instrumento público). Respecto de los cambios en el injusto pueden hacerse las siguientes afirmaciones generales: En caso de ampliación del ámbito típico de la conducta, se mantendrá la continuidad del injusto (por ejemplo, si el medio de comisión del delito que solamente era la violencia se amplía también a la intimidación). Por el contrario, si la ley posterior sustituye elementos típicos de la conducta habrá que diferenciar si se trata de elementos cualificantes o constitutivos del tipo básico. En el primer caso, la identidad se mantiene respecto del delito base, mientras que en el segundo caso no existe ya continuidad y, por tanto, debe considerarse la conducta impune. En caso de reducción del ámbito típico, la continuidad del injusto solamente podrá afirmarse en el caso 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).

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. 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 no infrinja– al principio de culpabilidad: 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. 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, la normativa penal establece que se aplicará la ley penal que resulte más favorable al reo. Normalmente se entiende a esta disposición jurídica 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 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 a 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 sentencia, la labor de fundamentación debe ser lo suficientemente amplia como alcanzar a 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. Para este planteamiento resulta problemático aplicar 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. Para poder justificar esta aplicación retroactiva excepcional de la ley penal más favorable para el reo, los defensores de una visión preventiva del Derecho penal recurren a otras razones. Así, ROXIN 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». Este mismo autor se ve obligado a cambiar nuevamente su discurso preventivo-general para fundamentar la consideración de las leyes penales intermedias como ley penal más favorable, en tanto acude al mandato legal y no a una fundamentación preventiva o político-criminal, en cualquier caso, a una especie de derecho adquirido durante la vigencia de la ley penal intermedia más favorable.

Pese a los esfuerzos argumentativos de los planteamientos preventivo-generales, queda claro que 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 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 (político-criminal) del juez. Ante esta situación, se levanta la sospecha de si realmente no se está disfrazando con un ropaje político-criminal 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 al momento de la condena que con la ley vigente al momento del hecho.

La situación se presenta distinta en una perspectiva del Derecho penal como mecanismo de reestabilización, pues no habría 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 debe mantener esa forma de restablecer la vigencia de la norma defraudada, 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 o cuantitativa. Si la variación tiene lugar en el ámbito del hecho delictivo habrá que determinar si se mantiene la identidad del injusto. En caso que haya una continuidad del injusto respecto del tipo básico, pero no respecto de las agravantes, tendrá que determinarse cuál de ambos tipos básicos tiene una penalidad menor y aplicarse como ley más favorable (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). Finalmente cabe la posibilidad de que la ley posterior reduzca el ámbito de punibilidad, abarcando la ley penal anterior de forma general los elementos especificados en la nueva disposición. En estos casos existe una identidad que fundamenta la continuidad del injusto, en la medida que la ley anterior contiene los elementos del delito, al igual que la ley penal posterior, aunque de una manera más general.

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. 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. 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 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. 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 (como lo hace, por el contrario, el acuerdo plenario Nº 2-2006-CJ-2006 a favor de la combinación de leyes), 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. Veamos estas afirmaciones generales en la solución de supuestos específicos.

- *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. 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. 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. El plazo de prescripción de un delito se establece de forma indivisible con la conducta prohibida (los plazos de prescripción se determinan con base en la pena prevista en los tipos penales).

- *La pluralidad de consecuencias jurídicas del delito*: Otro supuesto en el que se discute sobre la procedencia o no de una combinación 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 ha-

cerse una determinación alternativa estricta, en el sentido de considerar como más favorable en conjunto la ley antigua o la ley nueva. De otro, se presenta una posición que entiende que cabe una consideración individualizada de cada consecuencia jurídica para precisar cuál es más favorable. 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.

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. Así, en concreto, el artículo 6 segundo

párrafo del Código penal 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 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*). 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. 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. Siguiendo esta idea, el artículo 8 del Código penal establece que las llamadas leyes temporales se caracterizan efectivamente por tener un plazo de vigencia determinado.

B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales

El artículo 8 del Código penal 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. 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. Como hasta ahora lo hemos hecho, 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. 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. En este sentido, es necesario asegurar la aplicación de la sanción prevista aún después de transcurrido el plazo de vigencia de la ley. 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. Si la conducta del autor ya no es, 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 esta-

ría 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. 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. 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 considerar las leyes penales temporales como (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. 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 gue-

rra, una epidemia, etc.). Respecto de estas leyes penales existe completa unanimidad en la doctrina para considerarlas dentro del concepto de leyes temporales, lo que en nuestro Derecho positivo significa estar incluidas en el artículo 8 del Código penal. 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. El primer punto de división en la doctrina penal tiene lugar en esta clasificación, pues mientras un sector acepta aplicar la regulación de las leyes temporales también a este segundo grupo de leyes (por todos, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 37), 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 (TIEDEMANN, JAKOBS, HASSEMER, DANNECKER).

El segundo punto de discusión se presenta dentro del sector doctrinal que acepta la inclusión de las leyes temporales 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). 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 último supuesto lo que resulta aplicable es lo más favorable al reo y, por tanto, habría que proceder a la absolución del autor. En tanto se trata de una cues-

tión de interpretación, debe utilizarse criterios restrictivos y sólo aceptar los casos en los que existe una clara referencia a sucesos especiales condicionados temporalmente.

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, 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. 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.

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. 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 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, 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. 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. 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. 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. 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 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, como por ejemplo en los casos en los que la modificación se hace a la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco. 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, 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. Sin embargo, se reconoce que no toda modificación de la normativa 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. 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. Dentro del primer supuesto podría entrar, por ejemplo, el delito de funcionamiento ilegal de casinos 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. Un ejemplo de esta ley penal en blanco es el delito de defraudación tributaria, en tanto la punición se rige por la deuda tributaria tal como existe o se origina en el momento del hecho. 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. 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. 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. 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 favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada a la lesión del bien jurídico.

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 efec-

to 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 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. 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. 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. 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. Si bien la regulación tributaria 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.

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.

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. Como el propio TIEDEMANN lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal, 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 tributaria (por ejemplo, una derogación del im-

puesto), pueden declararse impunes los casos antiguos de defraudación. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BRAMONT ARIAS, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950.

BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas-Aranzadi, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Civitas, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997, Tomo I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «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.

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. En este sentido, se requiere de una delimitación del ámbito espacial sobre el cual resulta aplicable una ley penal. 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.* No obstante, si bien se usa el predicado de internacional, no se trata de un Derecho entre Estados y ni siquiera de un Derecho de colisión como el Derecho internacional privado, pues no pretende solucionar los conflictos en el ejercicio del poder estatal por parte de diversos Estados. El Derecho penal internacional agrupa, más bien, los aspectos referidos a la vinculación del ordenamiento jurídico-penal con una sociedad concreta. 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.

Resulta pertinente diferenciar el Derecho penal internacional del llamado Derecho internacional penal. 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 sea el llamado Tribunal de Núremberg, instaurado para juzgar los crímenes cometidos durante el periodo nacionalsocialista de la primera mitad del siglo XX. 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, aunque debido a su repentina muerte durante el proceso penal no pudo concluirse con una condena. Pese a la importancia y actualidad de este ámbito del Derecho internacional, en esta lección vamos a limitarnos 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

Por razones de seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico de 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, por lo que resulta necesario establecer una vinculación entre el delito cometido y los intereses protegidos por el Estado que legitime la

imposición de la sanción prevista en la ley penal estatal. Algunos ordenamientos jurídicos asumieron en determinado momento una vinculación de carácter personal, autorizando la aplicación de la ley penal a los delitos cometidos por o contra sus ciudadanos, con independencia del lugar en el que hubiesen tenido lugar. En la actualidad, por el contrario, se acude de manera prácticamente unánime al criterio de la territorialidad, de manera que la ley penal se aplicará a todos los delitos cometidos en el territorio estatal, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima.

Siguiendo la orientación actualmente dominante en los distintos ordenamientos jurídicos, nuestro Código penal asume en su artículo 1º el criterio de territorialidad para determinar la vigencia espacial de la ley penal. No obstante, hay que indicar que la asunción de la territorialidad como criterio general de la aplicación espacial de la ley penal no impide que, en determinados casos especiales, se acuda a otros criterios de determinación de la vigencia espacial de la ley penal, siempre que las particularidades de dichos casos especiales justifiquen la ampliación del criterio general de la territorialidad. En este orden de ideas, el propio artículo 1º del Código penal admite la existencia de ciertas excepciones al principio de territorialidad contenidas en el Derecho internacional, las cuales se desarrollan con mayor detalle en el artículo 2º del texto punitivo. 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. Esta lectura conjunta se deriva de la regla general prevista en el artículo 1º o 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. Sólo en aquellos delitos en los que se protege el Estado y las peculiaridades de su ordenamiento se realiza una mención específica del ámbito de vigencia espacial, 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 326º o de violación de la soberanía extranjera del artículo 337º 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 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. 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.

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, sino solamente su capacidad de cuestionar la vigencia de la norma penal. 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. 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.

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. 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 establecerse el alcance de la territorialidad. En segundo lugar, resulta imprescindible establecer el criterio con el cual hay que determinar el lugar de realización de un hecho delictivo, pues no solo hay que saber hasta dónde 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 establecida por 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. En el caso del Perú, el territorio nacional debe incluir también la parte de la Antártida que le corresponde de acuerdo con 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 en países extranjeros. Un caso especial de territorio ficto se encuentra regulado expresamente en el segundo párrafo del artículo 1º del Código penal. Se trata de la llamada teoría del pabellón, según 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 altamar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

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 resultado lesivo se produce en otro; en el segundo, la acción delictiva se prolonga necesariamente a otros países para materializarse finalmente en un país diferente. 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.

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 se sigue la teoría de la acción, el delito con características internacionales podría quedar impune por ambos lados. Para resolver estos problemas de aplicación de la ley penal en el espacio se ha desarrollado el llamado principio de ubicuidad, por el cual se entiende que el delito se ha cometido tanto en el lugar donde se ha realizado la acción como en donde se ha producido el resultado. 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 5º del Código penal como criterio de determinación del lugar

del delito. 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 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. Sin embargo, si planteamos el caso de forma más compleja, podrá verse con facilidad que en los países de tránsito puede presentarse igualmente una defraudación de expectativas normativas de conducta que justifique la aplicación de su Derecho penal interno.

Supongamos, para hacer más real nuestra exposición, un proceso de lavado de activos, en el que el dinero pasa por distintos países en un circuito 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 1º de la Ley contra lavado de activos, Ley Nº 27765), una participación parcial en el mencionado circuito significa la defraudación de la norma penal y, por tanto, la posibilidad de sancionar el delito basado en el Derecho penal peruano. 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. Si en el caso de la carta injuriante la doctrina tradicional no consideró aplicable el

Derecho penal de los países de tránsito, seguramente fue porque los carteros en los países de tránsito cumplían exclusivamente con su rol (conductas neutrales).

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 5º del Código penal 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 de ese modo 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, 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 5º del Código penal tiene que interpretarse restrictivamente.

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, 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. 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 5º del Código penal, en tanto se considera que lugar de comisión del hecho es también aquel 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. Esta propuesta alternativa de interpretación se corresponde más con los ámbitos de libertad ofrecidos por las leyes penales.

El segundo aspecto de la redacción del artículo 5º del Código penal que puede presentar problemas interpretativos está referido a los llamados efectos del delito. De acuerdo con la redacción legal, también se considera lugar del hecho el sitio donde se producen los efectos del delito, de manera que no sólo importa el resultado típico del delito, sino también todas sus repercusiones inmediatas e incluso mediatas. Con dicha interpretación se estaría, sin embargo, 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.

La interpretación restrictiva que se propone del artículo 5º del Código penal tiene las siguientes consecuencias en el castigo de los intervinientes en un delito con relevancia internacional. 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 coautor 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. El hecho 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. 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. Si, por el contrario, el resulta-

do 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. En caso de 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 5º del Código penal, en tanto la acción o el resultado del hecho principal se verifican dentro del país y entran, por tanto, en el concepto de ubicuidad. En estos casos, el partícipe ha infringido su rol al favorecer la realización (o la consumación) de un hecho que se ha llevado a cabo 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 una empresa europea, por ejemplo, que ha fabricado productos defectuosos 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, ¿habrá participado en el delito de tráfico de productos nocivos para la salud del artículo 288º, cometido en calidad de autores por los administradores de la empresa nacional? 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. Pero no se trata de que el efecto de la participación esté incluido por sí mismo en el artículo 5º del Código penal, sino que la realización del delito (ejecución y consumación) es también

el injusto del partícipe, de manera que si el delito tiene lugar dentro del territorio peruano, la participación también se ha llevado dentro del territorio peruano.

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 (la soberanía del Estado no alcanza a los territorios ajenos), sino que se necesita invocar otros criterios que permitan fundamentar la imposición de una sanción más allá del espacio territorial. Precisamente con la finalidad de poder aplicar la ley penal nacional también a ciertas conductas lesivas cometidas fuera del 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. Estos principios se encuentran desarrollados en el artículo 2º del Código penal.

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 asistencia judicial entre Estados (normas de Derecho internacional público). La reestabilización de la expectativa defraudada debe contentarse en estos 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).

Para justificar la aplicación excepcional de las leyes penales nacionales a hechos cometidos fuera del territorio, se han desarrollado el principio de personalidad, el principio de protección, el principio de justicia universal y el principio 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. Por lo tanto, sólo con los cuatro primeros principios puede fundamentarse una vigencia de las leyes penales internas más allá del ámbito territorial soberano, apoyándonos 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.

A. El principio de personalidad

De acuerdo con el principio de personalidad, la ley penal del Estado se aplica a todos sus ciudadanos sin importar si el delito fue cometido dentro de su territorio o fuera del mismo, y si el titular del bien jurídico protegido fue un nacional o un extranjero. El fundamento de este principio se encuentra en la sujeción que tiene el ciudadano a las leyes penales del Estado al que pertenece. Este principio fue asumido como regla general de la aplicación espacial de la ley penal en Alemania, aunque posteriormente fue abandonado y reemplazado por el principio de territorialidad actualmente vigente. Ahora bien, el hecho de que el principio de personalidad no constituya el criterio general de determinación de la vigencia espacial de la ley penal no significa que no pueda desplegar

efectos en determinadas circunstancias. En efecto, el principio de personalidad puede constituir un criterio excepcional que permita aplicar la ley penal nacional a un delito cometido fuera del territorio, tal como se admite en nuestro país en el artículo 2º del Código penal.

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. Como puede verse, solamente el principio de personalidad activa responde al principio de sujeción que obliga al nacional a respetar las leyes penales aunque se haya alejado del territorio del país. El principio de personalidad pasiva, por el contrario, responde a una idea completamente distinta, pues se sustenta en el deber del Estado de proteger a sus nacionales. No obstante, y pese a estas diferencias de principio, nuestro Código penal regula ambas formas del principio de personalidad de manera unitaria en su artículo 2º, inciso 4.

Como ya se dijo, el principio de personalidad permite la aplicación excepcional de la ley penal peruana a un delito cometido en el extranjero por un nacional (activa) o contra un nacional (pasiva). Para esta aplicación excepcional, el texto punitivo exige la presencia de tres requisitos, que referiremos a continuación de manera un poco más detallada.

a. La susceptibilidad de extradición

El artículo 2º, inciso 4 del Código penal establece, en primer lugar, que el principio de personalidad (activo o pasi-

vo) 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. En nuestro país, la extradición se rige por el artículo 37º de la Constitución Política, los tratados bilaterales y multilaterales, la Ley Nº 24710, el Decreto Supremo Nº 044-93-JUS y finalmente por el principio de reciprocidad. De acuerdo con esta normativa, la extradición solamente se admitirá si es que se cumple con las siguientes condiciones:

- El Estado solicitante tenga jurisdicción o competencia para juzgar el delito;
- El extraditado no haya sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado;
- No haya transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la ley peruana o del Estado solicitante, siempre que no sobrepase el término establecido en la legislación peruana;
- El extraditado no deba responder en el Estado solicitante ante un tribunal de excepción;
- La pena prevista para el delito no fuese inferior a un año de prisión;
- Los delitos no sean perseguibles a instancia de parte, salvo en los casos de estupro y violación;
- Existen garantías de una recta administración de justicia en el país reclamante; y

– Una extradición anteriormente intentada por el Estado reclamante ante un tercer Estado, que no haya sido rechazada por haberla considerado con implicancias políticas.

Hay que precisar además que la extradición se denegará si es que se sustenta en una infracción considerada como delito político o como un delito conexo. Tampoco se admitirá la extradición cuando el pedido de extradición es motivado por una infracción de derecho común, pero que ha sido presentada con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo por razones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas.

b. La doble incriminación

Otro de los requisitos para la aplicación excepcional del principio de personalidad es la llamada doble incriminación, es decir, que el hecho calificado como delito de acuerdo con la ley penal peruana sea también punible en el Estado en que se cometió. En este sentido, no basta con que el hecho sea considerado delito en el Perú, sino que es necesario que en el lugar donde se cometió también se encuentre penalmente reprimido. Debe ponerse énfasis en que, según el tenor del artículo 2º, inciso 4 del Código penal, el hecho debe ser punible en el Estado en que se cometió, lo que significa no sólo que dicho hecho esté previsto como delito en el lugar de comisión del 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 un 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. 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.

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 cuál sea el lugar de la realización del hecho y la nacionalidad del sujeto que lo perpetró. El fundamento para la aplicación de este principio reside en el deber que recae sobre el Estado de proteger los bienes jurídicos nacionales. No obstante, debe precisarse que, en el caso de bienes jurídicos individuales, la aplicación de la ley penal nacional se sustenta en el principio de personalidad pasiva, tal como lo hemos visto al ocuparnos del llamado principio de personalidad. Si bien estos casos se enmarcan 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.

El espectro de casos abarcados por el principio real o de protección contiene, en primer lugar, los delitos en los que el

titular es el Estado. En este orden de ideas, el artículo 2º, inciso 3 del Código penal 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. 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 república. Finalmente, con el principio bajo análisis, se autoriza la aplicación de las leyes penales peruanas a delitos cometidos en el extranjero por un funcionario o servidor público en el desempeño de su cargo, tal como lo establece el artículo 2º, inciso 1 del Código penal. Parte de los intereses del Estado es el correcto desempeño de la función pública por parte de funcionarios que realizan su actuación funcionarial en el extranjero, lo que justifica que los delitos cometidos en este contexto de actuación sean castigados con la ley penal peruana.

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 por una persona, sin tener en cuenta el lugar de realización, 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 2º, inciso 5 del Código penal). Con el principio de universalidad se autoriza, en primer lugar, el castigo de los llamados delitos contra la humanidad como la piratería, el terrorismo, la trata de personas, la tortura, la desaparición forzosa o el genoci-

dio. Pero además de los delitos que afectan a la humanidad, el principio de universalidad incluiría el castigo universal de los llamados delitos transnacionales como lo ha dispuesto, por ejemplo, la Convención de Palermo respecto de la criminalidad organizada.

Como se ha dicho, el principio de universalidad se sustenta en los tratados internacionales que obligan al Perú a reprimir determinados delitos. Para la operatividad de este principio existen dos interpretaciones. Por un lado, algunos autores sostienen que la ratificación por un país de los tratados internacionales los convierte inmediatamente en Derecho interno y resulta posible, por tanto, aplicar lo dispuesto en dichos tratados. Una opinión distinta, que goza de cierto consenso, señala, por el contrario, que resulta necesario que el Perú apruebe o expida una ley interna que asuma los criterios establecidos en los tratados internacionales. Es evidente que este segundo parecer ofrece una mayor garantía frente a la intervención penal del Estado. No obstante, el Tribunal Constitucional se muestra en contra de asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el derecho interno o inversa, por lo que aboga por una solución integradora en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional (STC Nº 00679-2005-AA). Siguiendo esta línea, se propondría una confluencia teleológica entre el derecho interno, informándolo de los compromisos internacionales asumidos por el Perú.

D. El principio de administración de justicia por representación

El artículo 3º del Código penal establece que la ley penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición,

no se entregue al agente a la autoridad competente del Estado extranjero. Como puede verse, la 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. Si el Estado llega al convencimiento por los actuados en la extradición que el delito se ha cometido realmente, puede evitar la impunidad aplicando la ley penal nacional. Sin embargo, debe quedar claro que en estos casos 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 legitimado para imponer la sanción manifiesta su intención de hacer efectiva su 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

Lección 7:
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y LOS PRIVILEGIOS PENALES

En el artículo 2º, 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 103º, 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 los dispositivos constitucionales mencionados puede concluirse que la igualdad no significa necesariamente tratar a todos de la misma manera, sino únicamente cuando se esté en las mismas condiciones. A contrario sensu, si es que se presentan situaciones des-

iguales, la ley no podrá aplicarse de la misma manera, sino que tendrá que contemplar un trato diferenciado.

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 10º del Código penal. Sin embargo, la existencia de diferencias en la naturaleza de las cosas podría sustentar una aplicación diferente de la ley penal, tal como ocurriría con las personas que ocupan determinados cargos o cumplen con ciertas funciones. A esta aplicación diferente de la ley penal se le conoce como privilegio o prerrogativa, el cual solamente puede admitirse si se encuentra taxativamente previsto en las leyes o en los tratados internacionales, según lo dispuesto por el artículo 10º del Código penal. Algunos autores se muestran en la actualidad muy críticos ante la existencia de privilegios en la aplicación de la ley penal, sobre todo por el abuso en el que han incurrido ciertos beneficiaros de estas prerrogativas para sustraerse a su responsabilidad penal. 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. En este sentido, la solución al abuso no va por suprimir los privilegios, los cuales cumplen una función importante, sino por instaurar mecanismos para evitar el abuso.

En la presente lección, vamos a ocuparnos de los llamados privilegios o prerrogativas penales, esto es, de 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 sue-

len diferenciar los privilegios del Derecho público interno de los privilegios del Derecho internacional, en atención a si su fuente es la legislación ordinaria o los tratados internacionales. En lo que sigue, procederemos a precisar cuáles son estos privilegios, para lo cual vamos a dividir la exposición en función de la distinción entre los privilegios del Derecho público interno y los privilegios del Derecho internacional.

II. LOS PRIVILEGIOS PENALES ESTABLECIDOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNO

Los privilegios penales que se originan en las normas del 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. En consecuencia, los órganos estatales encargados de pronunciarse sobre los privilegios del Derecho público interno no tienen que hacer un análisis jurídico-penal del caso, sino un examen puramente político, en 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 del Derecho público interno en tres: la inviolabilidad, la inmunidad y el antejuicio político. 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. El privilegio de la inmunidad impide que una persona pueda ser 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. Algunos autores, como el Prof. Hurtado Pozo, han considerado la justicia militar como un privilegio en la aplicación de la ley penal. Sin embargo, no se trata de un privilegio, sino de un fuero especial que, en determinados casos, puede llegar a ser incluso más drástico que la legislación penal ordinaria.

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. Como puede verse, la aplicación de este privilegio no se levanta ni siquiera en el caso que el privilegiado haya incurrido en el delito. Se trata de una protección absoluta 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 93º, segundo párrafo de la Constitución Política, en donde se establece la inviolabilidad de los congresistas por la emisión

de sus opiniones y votos. 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.

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. 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. 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 su contra hubiera realizado un 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 detenidos y procesados por la realización de algún delito. El caso más conocido de inmunidad es la parlamentaria, la cual se encuentra expresamente regulada en el artículo 93º, 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. Este privilegio parlamentario no es, sin embargo, absoluto, pues la inmunidad puede levantarse bajo determinadas condiciones. En primer lugar, un congresista puede ser detenido en situación de flagrancia. En ese 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. Fuera de los casos de delito flagrante, el Poder Judicial podrá solicitar al Congreso que se le levante la inmunidad parlamentaria a un congresista denunciado por un delito para poder procesarlo y condenarlo en caso de hallarlo culpable.

3. El antejuicio político

El antejuicio político es un privilegio atribuido a altos funcionarios públicos por el cual éstos solamente podrán ser acusados penalmente por el Congreso de la República por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. 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. Pese a que esta afirmación pueda ser cierta en casos como el parlamentario, 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 99º 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 establecidas en el artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República. Un aspecto del procedimiento del antejuicio político que resulta sumamente discutible es la vinculatoriedad del Ministerio Público y el Poder Judicial a 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. La interpretación usual de esta disposición constitucional es entender que incluso la calificación jurídica de los hechos 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.

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. 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 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 al funcionario privilegiado según la legislación penal de su propio país.

1. La inviolabilidad

Tal como sucede con la inviolabilidad del Derecho público interno, la inviolabilidad del 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 del Derecho internacional. Así, por ejemplo, el artículo 297º 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. En el Tratado de Montevideo de 1940 se amplía este privilegio a los miembros integrantes de su séquito. Del mismo modo, en el artículo 19º de la Convención de la Habana de 1928 se esta-

blece 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.

2. La inmunidad

La inmunidad diplomática constituye posiblemente el privilegio del 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.

Algunos autores incluyen dentro de los privilegios del Derecho internacional el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas extranjeras por los delitos cometidos dentro del perímetro de las bases militares apostadas en territorio de otro país. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

CASTILLO ALVA, José Luis, *Código penal comentado,* Castillo Alva (coord.), Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte General,* Grijley Lima, 2005.

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, el juez debe siempre realizar un proceso de interpretación. Este proceso no se lleva a cabo mecánicamente, 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. 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.* 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 destacan-

do los aspectos especialmente relevantes para la aplicación de la ley 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 se sabe 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, acudiendo 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 interpretación 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, que 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 la estructura del Código penal, que 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. El método histórico se centra en las exposiciones de motivos que sustentan la promulgación del Código penal o de una ley penal especial, consiguiendo de esta manera determinar con mayor precisión la finalidad político-criminal procurada por el legislador penal. 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, 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 cuál es la finalidad objetiva (*telos*) de la ley interpretada.

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 nos 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. JAKOBS admite también que en el proceso hermenéutico se presenta una conexidad entre los métodos de interpretación (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.

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*). 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 penal. 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 sub-

jetivo e histórico. 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. 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.

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. 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 que tendría que asumir un carácter esencialmente accesorio.

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. En este sentido, el Derecho penal puede utilizar conceptos en sus tipos

penales que no necesariamente tienen que corresponderse con los conceptos del 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 sobre la base de un criterio autónomo respecto del resto del ordenamiento jurídico. Se trata de la llamada perspectiva fáctica de análisis, que, desde su formulación para el Derecho penal por BRUNS en 1938, ha encontrado muchos adeptos sobre todo en la interpretación de las leyes penales económicas.

La perspectiva fáctica de análisis pretende constituirse en un método autónomo de interpretación de la ley penal, de manera que los elementos típicos sean interpretados en un sentido estrictamente fáctico, es decir, con independencia de su significación en el Derecho civil, comercial o administrativo. Así, por ejemplo, conceptos como administrador o directivo de una persona jurídica, deudor, patrimonio, contratos, no tienen que ser comprendidos o interpretados según su regulación extrapenal, sino de acuerdo con las necesidades penales de prevención. El único límite que podría tener este método hermenéutico sería el tenor literal de los tipos penales, pues, en caso contrario, se daría entrada a la analogía en la fundamentación de las sanciones penales.

Pese a la utilidad práctica de la perspectiva fáctica de análisis para solucionar determinados vacíos de punibilidad del Derecho penal, debemos señalar que un enfoque absoluto desde esta perspectiva no resulta 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 distintas. 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. Por esta razón, no puede admitirse una interpretación puramente fáctica que niegue la base jurídica de la realidad penalmente regulada. 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 nuestras consideraciones con un ejemplo: En el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198º del Código penal se establece como autor del delito, entre otros, al administrador de una persona jurídica. Si bien el contexto en el que se configura este delito está sometido a una regulación jurídica extrapenal que no puede dejarse de lado (no podemos calificar de persona jurídica, por ejemplo, a una asociación ilícita), la protección penal adquiere independencia funcional frente a la regulación societaria, de manera que en determinados supuestos podrá incluirse dentro del concepto de administrador, por ejemplo, al administrador de hecho. Administrador para el Derecho penal puede ser no sólo el que administra la persona jurídica provisto de un nombramiento civil eficaz, sino quien ejerce fácticamente las funciones de administración.

Una interpretación basada en una perspectiva puramente fáctica sólo podría estar justificada en ámbitos económicos en los que no existe en lo absoluto una regulación extrapenal,

pero precisamente porque la base material de la regulación es estrictamente económica. Por ejemplo: el delito de comercialización de alcohol metílico para consumo humano debe ser interpretado en un sentido puramente fáctico.

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 en seguida una exposición particularizada.

a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal

TIEDEMANN señala que mediante cláusulas generales se incluye frecuentemente una perspectiva fáctica de análisis en las leyes penales. 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, la situación de conmoción y calamidad públicas del artículo 236º del Código penal para los delitos de especulación o adulteración). Sin embargo, en el 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, que, como ya lo dijimos,

no significa una identidad en los criterios de decisión de las consecuencias jurídicas.

En el caso especial de las cláusulas de fraude a la ley penal, resulta usual recurrir directamente a una perspectiva fáctica de análisis. 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. 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. 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 a partir de consideraciones puramente fácticas los casos que no están reconocidos en el ámbito previo de regulación como afectaciones prohibidas.

Así, por ejemplo, si un tipo penal castigase también a los administradores de hecho de una sociedad por no haber iniciado oportunamente un procedimiento concursal 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 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.

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. 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). 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, en tanto el elemento especial solamente está presente en una persona jurídica pantalla, pero no en las personas que se ocultan detrás de ésta. 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 de hecho dentro del círculo de «representantes» de la persona jurídica. Sin embargo, a pesar de la innegable vinculación de ambos mecanismos, creemos que no puede sostenerse una identidad de contenido de los problemas 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. 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.

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. De acuerdo con estas ideas, el fraude a la ley penal lo cometerían las personas a las que se dirige una norma y que se ocultan tras una persona jurídica con el objeto de sustraerse a la norma. 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. 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 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 del velo debe utilizar un criterio de interpretación de carácter fundamentalmente fáctico, pero siempre dentro del marco de libertad interpretativa que ofrece el tipo penal correspondiente. En consecuencia, el recurso a la técnica del levantamiento del velo no debe dar lugar a una infracción del principio de legalidad. Por último, 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, según determinados requisitos, 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 pantallas para evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda llevar a una defraudación de tributos en perjuicio del Estado. Sin embargo, la legitimidad de tal recurso interpretativo llega solamente hasta el tenor literal del tipo penal, pues ni siquiera una interpretación fáctica puede superar el límite gramatical del tipo y la prohibición de analogía. 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, 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 de que el objeto de regulación penal esté configurado por una normativa extrapenal no obliga a realizar una interpretación accesoria de la ley penal.

La accesoriedad en la protección penal solamente podría resultar correcta cuando la vinculación del Derecho pe-

nal 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. En estos casos, incluso los criterios de imputación penal deben de estar informados por las particularidades de la regulación extrapenal, de manera 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 el caso de protección de los 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 económico. 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 un 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 de otorgamiento ilegal de licencia para la actividad industrial del ar-

tículo 306º del Código penal. En efecto, para poder determinar los casos en los que un funcionario público responderá penalmente por la autorización ilegal de una actividad industrial, resulta necesario recurrir a la normativa administrativa del medio ambiente que establece los requisitos para el otorgamiento de licencias de funcionamiento. 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. El delito está configurado como un delito de infracción de un deber.

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. En lo que sigue, nos ocuparemos de estos supuestos especiales.

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. 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 regula-

ción 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, de manera que el Derecho penal asume una función fundamentalmente accesoria, en el sentido de protección de la regulación extrapenal. 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 a este interrogante, 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. La diferencia entre ambas formas del tipo penal abierto se encuentra, sin embargo, en la forma de concretar los elementos típicos. 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. ej. los intereses máximos en el delito de usura o los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración). En el caso de los elementos normativos 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. 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.

Una 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 a favor de una interpretación accesoria del Derecho penal. Sin embargo, el acercamiento entre el Derecho penal y las leyes extrapenales no se realiza mediante el abandono por parte de la norma penal de su carácter, sino mediante la utilización penal de criterios de complementación o especificación contenidos en las normas extrapenales. 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 normas extrapenales deben interpretarse de acuerdo con su ámbito de procedencia sólo en tanto permiten configurar los criterios parciales de decisión establecidos por la norma penal o ayuden a especificarlos en supuestos concretos. Los efectos que tales normas producen en el ámbito extrapenal, por el contrario, no interesan al Derecho penal.

b. 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 de tres maneras: como accesoriedad conceptual, como accesoriedad administrativa de leyes y, finalmente, como accesoriedad admi-

nistrativa de acto. La forma de interpretación de la ley penal en los casos de accesoriedad administrativa conceptual y de leyes se lleva a cabo según 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.

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 un 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 259º del Código penal, 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). Sólo en caso de tratarse de un acto administrativo nulo 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 está dirigida en este caso a observar el contenido de un acto administrativo como criterio de especificación.

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. Por ejemplo: en el delito urbanístico del artículo 311º del Código penal, la decisión de la autoridad competente sobre el destino de las tierras puede ser evaluada críticamente por el juez penal. No obstante, hay que indicar que para decidir estas cuestiones es necesario que el juez interprete los elementos típicos, incluido el acto administrativo, desde la finalidad de regulación del tipo penal correspondiente. Por ejemplo, en el caso de tipos penales fundamentados en el orden administrativo (como el delito de funcionamiento ilegal de casinos), la presencia o ausencia del acto administrativo no depende de criterios materiales, sino de la actuación administrativa. Por lo tanto, no podrá considerarse no realizado, por ejemplo, el delito del funcionamiento ilegal de casinos, 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.

C. *Los límites de 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 jurídico 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.

a. 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, tener como la más adecuada a aquélla que se presenta más acorde con la misma. 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. De esta manera, la seguridad jurídica frente a las leyes penales, incluidas aquéllas que se muestran claras en su contenido y alcance, se vería afectada en la medida que el juez podría ir más allá de lo contenido en la ley penal.

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. Sin embargo, hay que partir del hecho de que este principio interpretativo constituye un criterio negativo de interpretación y no concede al juez, por tanto, la facultad de cambiar el sentido o fin de regulación de la ley penal. Por esta razón, la facultad de control sobre la constitucionalidad de las leyes que el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución Política le otorga al juez, debe interpretarse en el Derecho penal en relación estrecha con el principio de legalidad, 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. 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 según 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 y, por otro, se establezca la regulación constitucional como criterio de interpretación de elementos del tipo generales o indeterminados. Es evidente que este último aspecto no constituye un límite a la interpretación, sino propiamente una forma de interpretación sistemática. Un ejemplo de esta apertura de los criterios de interpretación penales a valores constitucio-

nales 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 (Exp. Nº 1805-2005-HC/TC del 29 de abril de 2005, Fundamento Jurídico Nº 18).

b. El tenor literal y la prohibición de analogía

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces. Por esta razón, constituye una afirmación compartida en la doctrina penal señalar que el tenor literal no es realmente un método de interpretación, sino, más bien, un límite a la interpretación de la ley penal. Este margen máximo para la interpretación judicial ofrecido por el tenor gramatical de la ley es determinado, según un sector importante de la doctrina penal, por medio del uso ordinario del lenguaje. Si se sobrepasa este margen interpretativo y se sanciona o agrava conductas recurriendo únicamente al fin de protección, se cae en una analogía prohibida en el Derecho penal (artículo 139º, inciso 9 de la Constitución Política y artículo III del Título Preliminar del Código penal). El juez penal solamente puede realizar una interpretación hasta donde lo permita el tenor literal de la ley penal.

En la exposición referida al principio de legalidad ya nos hemos ocupado de precisar cómo se determina el límite del tenor literal. JAKOBS ha indicado 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. 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. 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. 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 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.

c. La interpretación restrictiva

La llamada interpretación restrictiva se presenta también como un límite a la interpretación de la ley penal, en el sentido de reducir el significado de los elementos del tipo a su núcleo de significación. Esta forma de interpretación podría resultar exigible sobre todo para los elementos normativos, que son muy frecuentes, en la actual configuración de los tipos penales. En este punto cobra especial importancia como criterio de interpretación el principio del *in dubio pro reo*. Como es sabido, dentro del tenor de la ley pueden presentarse diversas interpretaciones sobre el sentido de la ley, una más amplia y otra más restringida de la punibilidad. Para decidir cuál interpretación debe seguirse en el caso concreto, se ha desarrollado precisamente el principio del *in dubio pro reo*, se-

gún el cual el intérprete de la ley tiene que asumir el sentido interpretativo más favorable al reo. La Constitución Política del Perú establece la vigencia del principio del *in dubio pro reo* en su artículo 139º, inciso 11, recogiéndose en este dispositivo constitucional el criterio de lo más favorable al reo en dos supuestos: los casos de duda de las leyes penales y los casos de conflicto entre leyes penales. La interpretación del alcance de la ley penal entra, a nuestro parecer, en el supuesto de duda de las leyes penales.

Hay que precisar, sin embargo, que 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. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra una determinada forma de criminalidad (delitos económicos, por ejemplo), 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 contrasentido.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2005.

JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Madrid, 1998.

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 aquéllo 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 del 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 penal. La dogmática penal es precisamente la disciplina que se ocupa de sistematizar de forma coherente estos criterios de imputación. Dado que el Derecho penal es una ciencia social, la determinación de los criterios de imputación penal no puede pretender tener un carácter absoluto e inmutable. Los conceptos evolucionan en función de los cambios de la realidad social, por lo cual la 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 los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se encuentran influenciados por el Derecho penal español, la dogmática penal ha seguido, en líneas generales, la teoría del delito de procedencia germánica. 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 que se mantiene esta relación de dependencia puede ser el alto grado de sistematización alcanzado por la teoría del delito desarrollada en Alemania, 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 no ofrece 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. Sus primeras manifestaciones fueron el resultado del enfrentamiento de las concepciones racionalistas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII con el propio movimiento codificador. 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. Si bien FEUERBACH desarrolló su pensamiento penal en esta época de transición y, por tanto, estuvo influenciado por el Derecho natural racionalista, anunció ya un cambio de paradigma, en el que el Derecho positivo asumiría el papel decisivo en el estudio del delito.

La vinculación de la dogmática penal a la ley positiva tuvo lugar concretamente con el planteamiento dogmático de BINDING, quien parte de las normas para explicar metódicamente el sistema penal. No obstante, hay que precisar que la importancia del Derecho positivo para la construcción dogmática no significó que la dogmática penal se limitara a ser un conjunto de deducciones de lo dispuesto 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, podría decirse que la evolución del método dogmático responde al esfuerzo por sistematizar racional-

mente el Derecho positivo a partir de ciertos puntos de partida de carácter suprapositivo.

1. La imputación moral: Los hegelianos

Antes de ingresar 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 del sistema de imputación penal esbozado por los llamados penalistas hegelianos, quienes centraron su concepción del delito en la comprensión de la acción propuesta por la filosofía idealista de HEGEL. La razón por la que resulta pertinente referirnos brevemente a esta comprensión dogmática del delito radica en el hecho de que actualmente existen planteamientos dogmáticos que, de alguna manera, intentan retornar a muchas de las premisas conceptuales de los hegelianos.

Para HEGEL y los penalistas hegelianos como ABEGG, BERNER o KÖSTLING, el concepto de delito era una unidad de sentido, debido a la estrecha vinculación entre el delito, como negación del Derecho, y la pena, como negación del delito. En esta visión del hecho delictivo la acción no se diferenciaba de la culpabilidad del autor, pues solamente podía ser acción la manifestación de una voluntad moral del autor. Así, HEGEL señalaba lo siguiente: «es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral (...). Sólo la exteriorización de la voluntad moral es acción» (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 113, 117). Por su parte, el penalista hegeliano BERNER concluyó similarmente que «en tanto aquí se exteriorice lo interno, el suceso es querido, lo cual denominamos: acción».

De las citas reproducidas se desprende con claridad que en la concepción hegeliana la acción era entendida como exteriorización de la voluntad interna de un sujeto. Pero muy importante es tener en cuenta que este sujeto no era visto simplemente como un ser que tenía la capacidad de exteriorizar su voluntad subjetiva hacia afuera, sino fundamentalmente como un ser pensante, racional y capaz de corromperse. A la luz de estas consideraciones, el delito se determinó conforme a criterios morales de imputación, no siendo lo grave en la imputación penal el suceso externo lesivo, sino la actitud interna del autor frente al ordenamiento puesta de manifiesto precisamente con la ejecución de su acción.

La consideración del delito como unidad de expresión de una voluntad interna 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. 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. Si bien posteriormente los discípulos penalistas de HEGEL procedieron a incluir expresamente la imprudencia en el concepto de acción, una separación entre acción e imputación del hecho al autor no se consiguió materializar.

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. 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).

2. El sistema clásico del delito: El método positivista

El sistema clásico del delito respondió a una metodología positivista que significó no sólo una estrecha vinculación al Derecho positivo tal como lo propusiera BINDING, sino fundamentalmente una positivización de la ciencia jurídica en el sentido de traslación del método de las ciencias naturales a las ciencias sociales. 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. 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. 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.

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. 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, que puede entenderse como una sucesión causal entre un movimiento corporal y la producción de un resultado como modificación del mundo exterior. 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. El único cuerpo extraño en esta comprensión puramente descriptiva de la parte objetiva del delito podría ser la antijuridicidad, 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.

La categoría de la culpabilidad propuesta por el causalismo fue concebida como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito. 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. Por esta razón, a la visión causalista de la culpabilidad se le llamó también concepto psicológico de culpabilidad. Presupuesto para poder atribuir una causa psicológica a una persona era la imputabilidad, mientras que el dolo y la culpa se consideraron como formas psicológicas de la culpabilidad. Una persona imputable podía 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, la cual partía de la diferenciación, en el plano metodológico, entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu. En tanto ciencia del espíritu, el Derecho no podía ser abordado con el método empírico-analítico, propio de las ciencias naturales, sino que debía recurrirse a un método comprensivo-valorativo. Este cambio metodológico determinó algunos cambios sustanciales en el edificio 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 objetivos y formales. En primer lugar, no era posible en tipos penales como, por ejemplo, el de hurto determinar el carácter delictivo de esta conducta sin mencionar un aspecto anímico-interno, referido concretamente al ánimo de apropiación. Por esta razón, la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos en el injusto 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. 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 (por ejemplo, el índole obsceno en el delito de exhibicionismo o el carácter ofensivo del comportamiento en las injurias). La admisión de elementos normativos del tipo llevó a acercar la tipicidad con la antijuridicidad, lo que motivó que algunos autores asumieran la famosa teoría de los elementos negativos del tipo, donde la tipicidad y la antijuridicidad se fundían en una misma categoría, diferen-

ciándose únicamente en el carácter positivo o negativo de sus elementos. En el homicidio, por ejemplo, los elementos positivos se encontrarían en la conducta de matar a otro, mientras que los negativos serían las posibles causas de justificación de esta conducta, como es el caso de la legítima defensa. El método valorativo condujo también a que la antijuridicidad restara importancia a su concepción formal como contrariedad a la norma y comenzara a centrarse en su comprensión material como dañosidad social de la conducta.

El método valorativo del sistema neoclásico puso también en evidencia que un entendimiento puramente subjetivo de la culpabilidad resultaba insuficiente para sustentar el tratamiento de 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. De igual manera, el estado de necesidad exculpante tampoco podía sustentar su efecto disculpante en un aspecto psicológico del autor, pues lo determinante se encontraba en ciertas circunstancias objetivas de carácter excepcional (situación de peligro para bienes jurídicos elementales). Esta situación motivó un cambio igualmente en la configuración de la 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 (concepto normativo de la culpabilidad).

Sobre la base de los cambios anteriormente señalados, se procedió a una redefinición de la teoría del delito, dando origen 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. 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, 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.

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. 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 universales que trascendieran lo contingente del Derecho positivo. 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. Una vez reconocidas estas estructuras, el legislador no puede obviarlas, estando necesariamente obligado a tenerlas en consideración en la configuración del hecho delictivo. WELZEL señalo que las estructuras lógico-objeti-

vas relevantes a estos efectos eran la acción humana como acción final y el poder actuar de un modo distinto.

En cuanto a la primera estructura lógico-objetiva, WELZEL definió la categoría de la acción basándose en la finalidad perseguida por el autor, 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), mientras que a la culpa se la entendió como la infracción de un deber objetivo de cuidado. Con la introducción de lo subjetivo en 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.

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.

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, 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.

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. 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. 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.

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. 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. 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 ROXIN y de JAKOBS, aunque con fundamentos metodológicos claramente distintos, mientras que por otro lado aparece la llamada escuela de Frankfurt.

1. La orientación político-criminal del sistema dogmático

El sistema finalista del delito, situado 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, mientras que, por otro lado, reducía las posibilidades de solución del problema a las que ofrecía el sistema dogmático. 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 corres-

pondía con el logro del objetivo del Derecho penal: la lucha contra la delincuencia.

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. La dogmática penal y la política criminal no podían ser entendidas como dos disciplinas independientes, sino que debía existir entre ellas una estrecha vinculación mediante la normativización de las categorías dogmáticas basándose en las finalidades político-criminales. La calificación de «teleológico» a este sistema dogmático se debió precisamente a la intención de informar 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 cambiantes, 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.

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. A cada categoría analítica del delito se le otorga una determinada función político-crimi-

nal. 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. 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. 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. 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. Finalmente, en la culpabilidad no sólo se reconoce un sustrato 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.

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. 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. De hecho, uno de los mayores reproches que se hacen al pensamiento de ROXIN es la falta de un sistema completo de imputación de responsabilidad a partir de sus ideas programáticas y que, por ello, adolece de inseguridades y cierta arbitrariedad. 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 catego-

rías penales basándose 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 sobre la base de 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 las estructuras ontológicas y asumir conceptos normativos. Pero este autor va más allá, pues considera que ni siquiera deben establecerse limitaciones ontológicas a la normativización de los conceptos. Esta labor de normativización debe estar orientada a la función social del Derecho penal que, para JAKOBS, es el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta en el sistema social. 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.

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. La cuestión de la legitimidad del Derecho penal de una determi-

nada 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. Lo único que hace el método funcionalista es ofrecer categorías generales para una descripción del Derecho penal de una sociedad concreta, para lo cual se apoya en conceptos sociológicos desarrollados sobre todo por LUHMANN en su teoría de los sistemas sociales.

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. 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. En el concepto jurídico-penal de acción, del 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 norma defraudada por el delito.

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. 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. 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. Todas las categorías que componen la teoría del delito deben estar informadas de esta función del Derecho penal.

A partir de las consideraciones acabadas de analizar puede entenderse el sentido que JAKOBS le da a las categorías dogmáticas del delito. 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 –que quiere decir que está vinculado al tipo penal–, sino que además presupone que el autor sea capaz de culpabilidad.

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada por JAKOBS, responde también a la función asignada al Derecho penal. 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. 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. La diferencia entre acción y omisión, por otra parte, deviene en absolutamente superficial, pues lo que interesa no es la existencia de un movimiento corporal o no, sino la infracción de un rol penalmente relevante.

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. 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. 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 la 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.

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. 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. 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 en que está actualmente estructurado.

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 tendencias 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. 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. 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 se encuentra condicionado por las estructuras del sujeto que conoce. En este sentido, la realidad de las cosas está determinada por la capacidad de conocimiento del sujeto, en otras palabras, por su racionalidad. 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. En el primer ámbito, el criterio racional ordenador del conocimiento es la causalidad, mientras que en el segundo existe la posibilidad de oponerse a los procesos causales (causalidad por medio de la libertad).

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 las 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. Sin embargo, como se trata de un ámbito que no está regido por las leyes causales, puede que el sujeto no siga la teleología interna expresada en las normas (voluntad como libre arbitrio). La autonomía del sujeto puede llevarle a actuar sin observar estas reglas de la acción. La realización de un suceso objetivo según una regla del sujeto libre justifica la imputación como su realidad, como aquella que él ha configurado libremente.

El Derecho pertenece al ámbito de la realidad del comportamiento humano sujeto a las reglas (o normas). Sin embargo, esta afirmación no permite aún, diferenciarlo de la ética. 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: 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. 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. Pese a la existencia de este mutuo reconocimiento y debido a que cada sujeto puede que, en su propia determinación de lo correcto de acuerdo con las 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. 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. 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.

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, pues afecta los elementos de existencia de la libertad de la persona o de su autonomía (vida, cuerpo, libertad y patrimonio). 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.

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 a autores diversos con claras diferencias ideológicas y metodológicas, pero quizá con el único acuerdo común de rechazar la normativización de las categorías dogmáticas en el sentido de las propuestas funcionalistas. En este sentido, critica la expansión del Derecho penal mediante los procesos de *neo-criminalización*, resaltando que con esto el Derecho penal está dejando de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad de los ciudadanos para convertirse en un instrumento de una política de seguridad.

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. El Derecho penal es una ciencia exclusivamente empírica, cuya pretensión es permitir un mejor Derecho penal, es decir, un Derecho penal racional en cuanto a sus consecuencias. La divergencia de esta interpretación del Derecho penal respecto del liberalismo racionalista se hace evidente ya desde sus inicios.

Para los autores que se agrupan en torno a la llamada escuela de Frankfurt, el estudio del Derecho penal debe partir de su realidad, que ciertamente 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. Sin embargo, la actividad usual del penalista consiste en sumergirse sólo en lo estrictamente normativo, es decir, en el estudio de las leyes, dejando de lado la parte real del Derecho penal. Esto se refleja claramente en los estudios especializados del Derecho penal, en los que puede verse con facilidad una mayor dedicación al análisis de su instrumental que al ámbito en el cual se aplica este instrumental. En este sentido, el enfoque del Derecho penal considera necesario devolver el papel decisivo a lo empírico, que sólo puede tener lugar mediante una orientación del sistema penal a sus consecuencias.

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. Esta actuación solamente puede justificarse o legitimarse si con ella se alcanzan las consecuencias deseadas y se impiden las indeseadas. Para ello es necesario conocer cuáles serán las consecuencias de tal actuación, las cuales solamente pueden

precisarse mediante los conocimientos empíricos que suministran las ciencias sociales. Un Derecho penal eficaz debe necesariamente estar referido a las ciencias sociales, y fundamentalmente a la criminología.

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. La manera en que 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. 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, es decir, que se ha relegado a un segundo plano la eficacia del Derecho penal. 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. 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.

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 de acuerdo con ciertos puntos de partida supra-positivos, de los cuales se vale para construir una teoría completa y uniforme del delito. Con la ayuda de esta teoría, el operador jurídico estará en capacidad de determinar motivadamente en qué casos una conducta constituye delito y en qué casos no.

1. El fundamento de la teoría del delito

Un tema de discusión permanente en la dogmática penal ha sido el de saber 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. El neocausalismo no cuestionó la base empírica del delito, 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 en que es valorada socialmente la realidad. Son los estándares culturales los que permiten considerar delito a ciertas relaciones de causalidad que producen una modificación del mundo exterior.

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 la esencia permanente de las cosas. Con las llamadas estructuras lógico-objetivas, el finalismo procuró desarrollar una teoría del delito que rescatase lo propiamente humano del delito 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 (gobiernos injustos), dejó de tener en cuenta que lo natural es el cambio social y, por lo tanto, también el cambio 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.

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 estas teorías se les ha catalogado de funcionalistas, 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 disposiciones constitucionales. Según esta comprensión, el delito debe definirse en función de las necesidades de prevención y las garantías constitucionalmen-

te 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, el 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.

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, sino fundamentalmente una persona que actúa socialmente.

El funcionalismo de corte sociológico ha destacado el aspecto social de la persona, aunque lo ha hecho con tanta radicalidad que ha negado la individualidad de la persona. Según este planteamiento, el sujeto del Derecho penal está definido por el sistema social con sus criterios de ordenación, de manera 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 individual, y no es 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, así 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 faceta individual o en su faceta social, sino recogiendo la integridad de su esencia.

2. La persona y su dignidad

El artículo 1º de la Constitución Política establece que la defensa de la persona humana y el respeto 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 informado, por mandato constitucional, de la dignidad humana.

La dignidad humana no es una simple atribución social, sino que le corresponde a toda persona por el hecho de ser un ser humano. No obstante, hay que reconocer que la digni-

dad humana no tiene solamente una expresión absoluta y, por lo tanto, irrenunciable, sino que frente a la dignidad absoluta se le reconoce a la persona 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 de acuerdo con 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. 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 a cargo de criterios puramente convencionales. La imputación penal debe tratar siempre al ser humano como una persona, no siendo posible la negación de esta calidad bajo ningún concepto. 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 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 o el deber del 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 con el fin de 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, 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. Pero la personalidad no se agota en este aspecto individual, sino que también resulta decisivo el aspecto social de la persona, 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. Bustos y Yánez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed., Reus Madrid, T. I.

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. Por esta razón, el análisis que hagamos en esta lección se circunscribirá necesariamente al desarrollo que ha tenido la acción en la dogmática jurídico-penal. 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. 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 que un delito sólo puede afirmarse si parte de determinada base real. La otra línea de interpretación ha procurado, por el contrario, exigir en la definición misma de la acción una referencia a los 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, so-

bre las particularidades del punto de partida asumido, que exponeremos brevemente antes de presentar la postura que asumimos.

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 el concepto 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. Sin embargo, en escritos posteriores, este autor no mantuvo ni desarrolló esta afirmación, sino que es 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 la acción como «la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior». 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 una «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». 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 como elemento común.

Los autores neocausalistas siguieron, en esencia, la visión causalista de la acción, pese al cambio metodológico que supuso asumir la diferenciación entre ciencias naturales y ciencias del espíritu. 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 la acción propuesta por MEZGER como «hacer o dejar de hacer querido» constituye posiblemente la prueba más clara del mantenimiento en la lógica causalista. Actualmente existen autores como BAUMANN/WEBER que continúan anclados en un concepto de acción de base causal, al definirla como «una conducta humana llevada por la voluntad».

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. Esta pretensión fue tempranamente cuestionada, como lo muestra la crítica de RADBRUCH, en el sentido de que dos conceptos empíricamente antagónicos como la acción y la omisión (a y no a) no podían tener un elemento común en el plano fáctico. 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).

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. Semejante concepto de acción apuntaría a desprenderse de lo propiamente humano, 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, presentándose como una teoría más exacta de la acción delictiva.

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. Sobre la base de 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 sentido. 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 objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. La actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo.

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 tampoco sirvió de mucho para levantar la mencionada objeción, pues la capacidad de actuar es distinta a la acción misma que se trata de caracterizar. Por esta razón, no sorprende que finalistas como STRATENWERTH o Armin KAUFMANN 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.

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 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 al concepto final de acción referirse fundamentalmente al dolo directo, dejando cuando menos de lado la actuación culposa. WELZEL, sin embargo, dejó en claro que la denominación «final» no debía entenderse como intención dirigida a la producción de un resultado delictivo, sino que a partir de esta estructura ontológica del actuar humano debían establecerse el dolo y la culpa al interior del Derecho penal.

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. Pero, a pesar de esta reformulación del concepto de acción 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. 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 de esta cuestión.

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. Eberhardt SCHMIDT, reelaborando el tratado de VON LISZT, definió la acción como «conducta voluntaria hacia el mundo social externo», 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, que la entendió como «producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes»; de MAIHOFER, quien la definió como «conducta dirigida a la lesión de bienes sociales»; y actualmente de JESCHECK, al entenderla como «conducta socialmente relevante». Como puede verse, el elemento común de 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. Esta situación no impide, sin embargo, que se les pue-

da someter a una crítica común: el diferenciar apenas entre la relevancia social del hecho y la relevancia jurídica. 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. En estos casos, el concepto de acción no sería previo al Derecho penal, sino 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.

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 la 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. La acción se entendía como la culpabilidad de la voluntad, es decir, como la manifestación de la voluntad moral o el acto de voluntad dirigido contra el ordenamiento moral o jurídico. Como puede apreciarse, se trataba de 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 resultaba, en prin-

cipio, posible. En palabras del propio BERNER: «El concepto de acción agota la esencia completa de la imputación».

La principal objeción que se le hizo a la comprensión hegeliana de la acción fue haber centrado los criterios de la imputación penal fundamentalmente en la actuación dolosa, dejando de lado la culpa o imprudencia. 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.

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. 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. 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 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». Como puede verse, se trata de un 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, pues lo que debe evitarse solamente puede ser determinado en función de la contextualización típica (la posición de garantía o la situación típica). A partir de estas ideas, resulta patente que el concepto negativo de acción no se construy-

ye a partir de la omisión en sí 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», de manera 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. Está claro que con este criterio el límite entre la 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 la acción un primer criterio de valoración que permita abarcar las distintas manifestaciones del delito 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. Es más, existen ciertas omisiones en los que la primera valoración social se debe 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. Como el mismo JAKOBS lo reconoce, este planteamiento constituye una especie de retorno al punto de partida de los penalistas hegelianos. 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.

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, sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal. Esto quiere decir que tal comprensión depende 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. 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 (así lo destaca por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ). 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 de un ciudadano defraudatoria de una expectativa normativa de conducta esencial. Como puede verse, no es la susceptibilidad de tener relevancia penal lo que define la acción, sino el hecho de tenerla. La 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 la determinación de la defraudación de expectativas penalmente relevantes. 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. Por nuestra parte, consideramos que la sola tipicidad representa una referencia limitada que no recoge todas las particularidades de la acción penalmente relevantes. 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. Si bien podría objetársele a esta comprensión de la acción reducir su utilidad dogmática a una especie de exposición general del delito y dejar de lado funciones importantes como la delimitación de lo penalmente relevante, 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 de la unidad que constituye el delito, esto es, de la acción jurídico-penal.

En nuestra opinión, 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 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 la defraudación de una expectativa normativa de conducta esencial requiere, en primer lugar, un ciudadano capaz de poder negar el orden normativo de la sociedad. Solamente a la persona que posee el estatus de ciudadano se le puede imputar la realización de acciones penalmente relevantes. La forma en que se determina esta capacidad de imputación penal es una cues-

tión que depende del concepto de persona que se maneje. Si se parte de un concepto sociológico de persona definido por el sistema social, resulta lógico que la capacidad de comunicar socialmente una defraudación de expectativas se determine autorreferencialmente por el propio sistema social, siendo lo único relevante 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. Si se parte, por el contrario, de un concepto realista de persona, entonces la capacidad de expresar un sentido jurídico-penal tendrá que partir necesariamente de la individualidad de la persona. Un hecho podrá imputarse individualmente a una persona en tanto pueda considerarse una acción suya, esto es, expresión de su libertad. En consecuencia, sólo tendrá capacidad de imputación penal quien puede actuar libremente de forma socialmente relevante.

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, en la medida que ha expresado libremente la voluntad de desconocer la vigencia de la norma infringida por su conducta. 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. Si se imputa al autor el conocimiento de la realidad y la norma, podrá exigírsele luego una voluntad suficiente del cumplimiento de la norma, de manera 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 sí 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 sobre la base de los roles atribuidos jurídicamente al ciudadano. 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. Por el contrario, si el ciudadano no resulta competente por la aparición del suceso en función de lo exigible dentro de los roles, entonces este suceso tendrá que atribuirse a otro ciudadano o a la situación misma, y no requerir, en principio, un restablecimiento normativo. 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 las mismas. Como contrapartida a esta libertad de organización, se les atribuye a todos los ciudadanos el deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten a otras personas. En la medida en que se trata 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, entendido como la 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. La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio.

Un aspecto importante de precisar en la configuración de la imputación penal sobre la base del rol general de 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 de las competencias por organización. En este sentido, la determinación de la relevancia penal del comportamiento de un ciudadano no requiere diferenciar entre acción y omisión, sino si se ha infringido una competencia por organización. Las competencias por organización se expresan en los siguientes deberes especiales.

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». Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva, dependiendo esta cuestión del estado en el que se encuentra la esfera de organización del ciudadano.

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. 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. Si la organización se hace de acuerdo con el rol, el comportamiento no podrá imputársele penalmente, aun cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello.

Por ejemplo: Quien maneja su automóvil según 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 de acuerdo con los deberes de aseguramiento que impone la normativa de tránsito (límite de velocidad, cumplimiento de las señalizaciones, etc.).

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. El deber de salvamento puede surgir, en primer lugar, por la *asunción* de riesgos ubicados ya en otras esfe-

ras 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, es decir, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión. En caso de producirse tal infracción, el comportamiento podrá imputársele al ciudadano.

Por ejemplo: Una persona suelta a su perro en un parque para que corra un poco. En un 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 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. 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, pero como acertadamente lo ha puesto de relieve JAKOBS, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento. Precisamente se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento. 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: Los productores de cierto fármaco que ya está en el mercado descubren que tiene efectos secundarios

lesivos. Pese a ello, no quitan el producto del mercado mediante una llamada de retirada del producto.

b. Los roles especiales: Las competencias institucionales

Frente al rol general de ciudadano se encuentran 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 sobre la base de instituciones sociales elementales. Debido a 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, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales específicas que vinculan de manera concreta una esfera de organización con otras.

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». Como puede verse, no se trata de un tema de libertad de organización, sino de aspectos específicos de la configuración social que vinculan a las personas entre sí.

La vinculación institucional puede presentarse de forma intensa, como el caso de la relación paterno-filial que surge de la institución de la familia, o manifestarse solamente en un ámbito parcial de la vida, como 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 in-

fracción de un deber. 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, aclarando desde un principio que esta labor no pretende en lo absoluto agotar las posibilidades de fundamentación institucional en la sociedad actual, más aún si se trata de aspectos sujetos a la historicidad.

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 del cual los esposos se deben, entre otras cosas, un deber de mutua asistencia. En segundo lugar, cabe mencionar la relación paterno- filial 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. Menos intensa es la vinculación de carácter fraternal, la cual establecería, en todo caso, un deber de solidaridad cualificado. 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) Los deberes estatales

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes frente a los miembros de la sociedad. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan en su representación. 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. 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). 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 respeto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc. La infracción de estos debe-

res 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.

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 ciudadanos en algunos casos puede ser tan relevante como la de los funcionarios. En efecto, puede ser que el ordenamiento jurídico atribuya a determinados ciudadanos ciertas competencias institucionales o cuasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado. 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. Esta vinculación se muestra con facilidad en las relaciones con la Hacienda Pública (por ejemplo, el delito tributario cometido por el agente de retención y percepción que no entrega los tributos retenidos o percibidos), 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). 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, la cual debe diferenciar-

se ciertamente de la injerencia y de la asunción. 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 afectación 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.

La confianza especial puede aparecer de dos formas: como confianza que fundamenta la competencia institucional o como confianza que materializa la competencia institucional. 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 frente a un peligro (p. ej. 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. 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, según 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 existencia de los impuestos es la prueba más clara de la coerción jurídica de la

solidaridad en nuestra sociedad. Por lo demás, la solidaridad genera vinculaciones institucionales cuya infracción puede adquirir relevancia penal, como es el caso de las situaciones de peligro para la vida o la integridad física. La solidaridad se presenta en la sociedad actual como una institución que obliga al titular de una esfera de organización a realizar actos de salvamento para preservar esferas de organización ajenas amenazadas de riesgo. La infracción de este deber da lugar a un delito de infracción de un deber (el llamado delito de omisión del deber de socorro).

3. 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. 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, no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado por la ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

A partir de 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. Pero no se trata de una evitabilidad individual entendida en un sentido psicológico, sino de una evitabilidad determinada normativamente. De lo contrario, situaciones como la indiferencia y la culpa inconsciente apenas tendrían razones para 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, 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 poder haber tenido la capacidad de evitar dicha infracción en su momento. Por nuestra parte, consideramos más adecuada esta segunda configuración de la evitabilidad, en tanto el único defecto real que se admite normativamente para restablecer la norma es su concreta defraudación, pero no cualquier otro defecto de organización del ciudadano atribuible al mismo. No obstante, debemos señalar que la evitabilidad al momento del hecho ha de recibir un tratamiento distinto 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 indi-

ferencia 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 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 tienen que interpretarse. Así, por ejemplo, el artículo 11º del Código penal establece que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. De esta regulación se desprende que las reglas generales de la imputación penal en nuestro Código penal parten de la diferenciación entre la acción y la omisión, que se confirma, por otra parte, con la regulación general de la comisión por omisión prevista en el artículo 13º del texto punitivo. De alguna manera, nuestro Derecho penal positivo se enrola en la comprensión del delito que parte de la realización típica como elemento común, pues no establece un concepto previo de acción que englobe las distintas formas de manifestación del delito (acción u omisiones, dolosas o culposas).

Otro aspecto del Derecho positivo que resulta conveniente precisar es la previsión legal de supuestos que tradicionalmente se han visto como causas de falta de acción. 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. Así, se excluyen del ámbito de lo penalmente relevante los siguientes supuestos:

- Los hechos de los animales.
- El caso fortuito, que son hechos imprevisibles como un terremoto o una inundación.
- Los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que pertenezcan a la esfera interna.
- La fuerza irresistible proveniente de la naturaleza o de un tercero.
- Los estados de inconsciencia, como la situación de absoluta narcosis, hipnosis o embriaguez, así como los ataques convulsivos.
- Los movimientos reflejos que son reacciones incontroladas del cuerpo ante determinados estímulos externos.
- Los actos de corto circuito, en los que el sujeto reacciona de forma absolutamente incontrolada ante determinadas situaciones excepcionales. En la doctrina se discute si los casos de corto circuito son realmente supuestos de exclusión de la acción o si se trata, más bien, de supuestos que tendrían que analizarse en sede de culpabilidad.

De todos los supuestos mencionados, nuestro Código penal sólo menciona expresamente la fuerza irresistible en el artículo 20º, inciso 6 como un supuesto de exención de responsabilidad penal. 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 solamente de la fuerza irresistible no le impide al juez penal usar el mismo fundamento en los supuestos análogos de falta de acción.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

JAKOBS, Günther, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «¿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.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. Bustos y Yánez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

Lección 11
TIPICIDAD I: CUESTIONES GENERALES

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 el tipo 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. Así, por ejemplo, la tipicidad del delito de hurto, sustentada en la sustracción subrepticia, permite diferenciar este delito del delito de robo, cuyo tipo penal requiere que la sustracción se haga con 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.

Pese a que es fácilmente reconocible la importancia garantista de la tipicidad, la determinación de sus rasgos esenciales como categoría del delito no ha sido nada pacífica. Por esta razón, resulta conveniente que comencemos 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 estaremos en capacidad de tomar una determinada posición sobre el entendimiento de la tipicidad como categoría del delito, lo que nos permitirá luego determinar los aspectos esenciales de sus elementos constitutivos.

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. Siguiendo este orden de ideas, BELING concluyó que la tipicidad constituye un concepto fundamental del delito que se encarga de describir la parte externa del delito. 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).

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. 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). A partir de esta constatación, se elaboró la teoría de los elementos subjetivos del injusto, los cuales fueron considerados inicialmente como excepciones al carácter eminentemente objetivo de la tipicidad.

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 penal, lo que llevó a tener que aceptar, como regla general, una parte subjetiva del tipo. Era lógico 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. 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. 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 tratan de elementos del tipo 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. 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 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. 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.

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 demostró incluso que elementos considerados en principio descriptivos se convertían, en determinadas zonas de penumbra, en elementos normativos. De este

modo, elementos típicos como el 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.

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. La idea central es que el juez penal no verifica un nexo causal entre la conducta del autor y el resultado, sino que fundamentalmente determina con criterios jurídico-penales si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido. En los últimos años, ese mismo proceso de normativización se está experimentando también en la faceta subjetiva del tipo con la reconfiguración normativa del dolo que, a diferencia de la culpa, había sido entendido durante mucho tiempo con una lógica fundamentalmente psicologista. Todo esto nos 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 preponderante 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 versión original de esta teoría fue formulada por MERKEL, quien

entendió que las causas de justificación se habían sacado de los tipos penales de la parte especial y se habían antepuesto en la parte general por razones fundamentalmente de técnica legislativa. A partir de esta idea, autores como MEZGER entendieron a la tipicidad ya no como una *ratio cognoscendi*, sino como una *ratio essendi* de la antijuridicidad general del hecho. Las causas de justificación serían, pues, elementos negativos del tipo, ya que su no concurrencia constituiría el presupuesto para la aplicación del tipo penal.

Para mantener la diferencia dogmática 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) sobre la base de principios jurídico-penales (principio de ponderación de bienes, de autoprotección, etc.). En nuestra opinión, este criterio de distinción resulta relativo, pues a la tipicidad la inspira también un principio (el principio de legalidad), mientras que muchos de los criterios de solución de las causas de justificación se encuentran regulados en el Código penal (artículo 20º), 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 ambas categorías.

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 categorías deviene en una distinción fun-

damentalmente didáctica. 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 realizado 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 de técnica legislativa llevan a que se presenten ciertas diferencias entre las estructuras de los tipos penales. Estas diferencias marcan criterios distintos para determinar la tipicidad de una conducta, por lo que deben tenerse en cuenta de cara a orientar a los operadores jurídicos en la determinación de los aspectos relevantes para afirmar la tipicidad de una conducta concreta.

En función del margen de interpretación que ofrece el tipo penal, se diferencian entre *tipos penales cerrados* y *tipos penales abiertos*. Los primeros se caracterizan por contener todos los elementos fundamentadores del injusto sin dejarle margen al juez para hacer valoraciones adicionales en la determinación de la tipicidad de la conducta. Por el contrario, en los tipos penales abiertos se incorpora una cláusula general que 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 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 so-

cial de acción, una conducta obscena. La cláusula general constituye, por lo general, un elemento 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, en donde se indica que la conducta típica debe llevarse a cabo «sin derecho, motivo, ni facultad justificada». En tipos penales como este, el juez debe tener en consideración la antijuridicidad del hecho para decidir sobre la tipicidad de la conducta concreta.

El establecimiento de ciertas restricciones típicas respecto de los posibles autores del delito permite distinguir varias clases de tipos penales. Así, se diferencian en primer lugar, 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 que cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder como autor. La situación cambia si se trata del delito especial, pues en estos casos el tipo penal exige que el autor del delito reúna determinada calidad especial. Esta exigencia puede ser expresa (por ejemplo en el delito de parricidio) o concluyente (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria). 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 al 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). 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 que no podrá responder como autor del delito quien no ha ejecutado dicha acción. Un ejemplo de delito de propia mano es el delito de bigamia.

La exigencia de una pluralidad de intervinientes en el delito permite distinguir los *delitos monosubjetivos* de los *delitos plurisubjetivos* o *de intervención necesaria.* Los primeros se caracterizan por una redacción típica en singular de la conducta punible, de manera que el delito podrá ser cometido por una sola persona o por varias. Por ejemplo, la redacción del delito de homicidio alude «al que mata a otro». En los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria, el tipo penal requiere necesariamente la intervención de una pluralidad de personas, 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. Un ejemplo de delito de convergencia sería el delito de rebelión, y de encuentro sería la colusión desleal.

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.* En los primeros, el delito se consuma con la realización de la acción (mera actividad como el delito de violación de domicilio) o de la omisión (omisión pura como el delito de no comunicación de información requerida por organismos fiscalizadores) 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 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.

Dentro de los delitos de resultado se suelen diferenciar los *delitos de lesión* de los *delitos de peligro*. 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. Los delitos de peligro suponen, por el contrario, una sola amenaza al objeto del delito. En la configuración del peligro en los delitos de 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 (por ejemplo, el delito de peligro común del artículo 273º del Código penal). 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 (por ejemplo, el delito de conducción bajo estado de ebriedad). Si se analiza detenidamente los delitos de peligro abstracto, podrá concluirse que no se tratan, en sentido estricto, de delitos de resultado, sino de delitos que se configuran solamente con la realización de una conducta en general peligrosa.

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. 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). 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 (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 en la etapa de consumación permanente y en el cómputo de los plazos de prescripción.

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 con la realización objetiva de la conducta típica. Por el contrario, los tipos penales portadores de elementos subjetivos especiales requieren, como su propio nombre lo dice, elementos subjetivos adicionales a los generales, que pueden trascender la parte objetiva de la conducta típica (*tipos de tendencia interna trascendente*) o pueden intensificar la parte subjetiva que se corres-

ponde con la parte objetiva de la acción típica (*tipos con tendencia interna intensificada*). Ejemplo de los primeros sería el delito de fraude procesal («para obtener resolución contraria a ley»), mientras que de los segundos lo sería el delito de asesinato por placer.

Lo usual es que el tipo penal establezca un solo comportamiento como conducta típica, esto es, como *delito de un solo acto*. Sin embargo, puede ser que el tipo penal contemple varias conductas como comportamiento típico, dando lugar a los llamados *delitos de varios actos*. 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 en el tipo penal. Por ejemplo, para el delito de violación sexual son necesarios la coacción y el yacimiento. 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. Ejemplo de esta clase de tipo penal es el delito de administración fraudulenta de persona jurídica.

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*. El tipo penal básico establece los elementos constitutivos de una figura delictiva (por ejemplo, el delito de hurto). 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, hurto con destreza como supuesto agravado). Finalmente, los tipos penales autónomos son aquellos

que se derivan de otra figura delictiva, pero que por su entidad adquieren autonomía, desarrollando a su vez sus propios tipos penales derivados (por ejemplo, el delito de robo frente al delito de hurto).

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. Una vez determinada la parte objetiva, hay que pasar a la llamada tipicidad subjetiva, la que 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 llevarnos, 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. La tipicidad objetiva y la subjetiva se encuentran mutuamente condicionadas, como lo pone de manifiesto ciertos temas como, por ejemplo, la incidencia objetiva de los llamados conocimientos especiales. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BELING, Ernst von, *Esquema de Derecho penal*, trad. Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

Lección 12
TIPICIDAD II: EL TIPO OBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN

Desde la partición del tipo penal en objetivo y subjetivo, a la parte objetiva se le ha asignado la determinación del sujeto activo del delito (común o especial), la conducta típica y, en el caso de delitos de resultado, la consecuencia que consuma el delito. 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. En la parte general se ven 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 prohibido puede imputarse a dicho comportamiento. 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 un grupo de ellos.

La lógica causalista determinaba la tipicidad del hecho mediante la verificación de la realización de ciertos datos

empíricos subsumibles en los elementos del tipo. El juez tenía que determinar la tipicidad objetiva de la conducta concreta constando si se había realizado una conducta causalmente vinculada al resultado lesivo. Lo más problemático en esta comprensión de la tipicidad es, sin lugar a dudas, la constatación de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, pues la limitación del conocimiento científico de las leyes causales, así como su constante evolución, no ofrecían criterios seguros y permanentes para decidir sobre la causalidad de ciertas formas de comportamiento. La situación cambió completamente con la comprensión normativa de la tipicidad, pues de lo que se trata no es ya de verificar causalidades, sino de poder imputar objetivamente a una persona la realización de una conducta típicamente relevante. Para ordenar este proceso de determinación de la tipicidad objetiva la doctrina penal ha desarrollado la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual ha empezado a ser asumida dominantemente por los tribunales penales.

II. DE LA CONSTATACIÓN DE CAUSALIDADES A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESULTADOS

La comprensión causalista del delito hacía corresponder la exteriorización de la voluntad del autor con la conducta típica, mientras que lo propio se hacía con la modificación exterior de la realidad en relación con el resultado típico. No obstante, estos aspectos del tipo penal no podían presentarse inarticuladamente, sino que debían estar objetivamente vinculados por un nexo de causalidad. La doctrina penal emprendió, por ello, el trabajo de poder determinar penalmente la relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado.

La primera teoría de la causalidad en ganar cierto reconocimiento fue la llamada teoría de la equivalencia de condi-

ciones, formulada por VON BURI. Para esta teoría, causa es toda condición de un resultado, es decir, toda condición sin la cual el resultado no se hubiese dado (*conditio sine qua non*). Para determinar la vinculación entre la condición y el resultado, se 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. 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 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 los 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. Pero quizá el aspecto más discutible 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 presuponía el 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. 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 el veneno de B hubiese matado a C, aunque A no hubiese puesto primero el veneno). La utilización del método de la supresión mental en estos casos no habría podido determinar una vinculación cau-

sal de la conducta del autor con el resultado producido, lo que ciertamente va en contra de una clara convicción general.

Algunos autores como SPENDEL buscaron solucionar las deficiencias del método de la supresión mental, 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 el veneno de B realmente concurría. 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 el resultado. En la actualidad se ha impuesto la fórmula de ENGISCH de la condición conforme a leyes, la cual determina la concurrencia de la causalidad atendiendo a «si a una acción se le han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes naturales y que se presentan como resultado típico». Esta formulación ciertamente no ayuda a determinar la causalidad en los casos dudosos, pero no la enmascara, pues permite que en los casos de causalidad hipotética y alternativa se afirme la existencia de una relación de causalidad.

Los cuestionamientos a la teoría de la equivalencia de condiciones llevaron a que un importante sector de la doctrina penal intentara resolver el problema de la causalidad con las llamadas teorías individualizadoras. El denominador común de estas teorías era que recurrían de alguna manera a un criterio de valoración para limitar el análisis jurídico-penal a determinados tipos de causa. Así, se formularon distintas teorías sobre la causalidad que individualizaban alguna de las causas, como fue el caso de la teoría de la causa eficaz, la causa promotora, la causa directa, la causa adecuada, la causa

inmediata, etc. Posiblemente la teoría individualizadora que mayor reconocimiento tuvo fue la teoría de la causa adecuada, la cual fue elaborada por VON KRIES. De acuerdo con 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. Esta teoría permite excluir como causas, por ejemplo, los cursos causales inusuales y la extensión *ad infinítum* del curso causal que sí admitía la teoría de la equivalencia de condiciones.

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 de la imputación penal. En este orden de ideas, no se establecería cuándo algo es causal del resultado, sino qué condición es jurídicamente relevante, de manera que pueda imputarse al agente no sólo la realización de la condición, sino también la producción del resultado. Precisamente, en esta lógica valorativa surge 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. Con este planteamiento no se trataba de otra cosa que de una limitación valorativa a la relación de causalidad. A partir de HONIG comenzo ha 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.

La teoría de la imputación objetiva surgió como una teoría compuesta por tópicos en los que era necesario corregir la determinación de la relación de causalidad con criterios normativos. No obstante, esta teoría se ha ido extendiendo a todo el tipo objetivo, de manera que ha procedido a normativizar también la propia conducta típica y el resultado típico. Esta

normativización de la parte objetiva del tipo ha determinado también 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. De lo que se trata no es de constatar causalidades, sino de imputar objetivamente a una persona un comportamiento socialmente intolerable y, dado el caso, un resultado socialmente desvalorado.

III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. La configuración 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 perfectamente cubierta por otras categorías dogmáticas. 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, la antijuridicidad o la culpabilidad (dolo y culpa). 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, en el dolo o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuridicidad. 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.

Si a cada una de las referidas objeciones contra la imputación objetiva les asiste algo de razón, no vamos a resolverlo aquí. Para responder a este sector doctrinal crítico, nos remitimos 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 objetiva. 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

De acuerdo con 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. 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. 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, es decir, que la realización de un comportamiento prohibido debe producir además un resultado contrario al ordenamiento jurídico. 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.

En la concepción de ROXIN, la teoría de la imputación objetiva se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo. Su función consistirá, por tanto, en filtrar solamente aquellas conductas en las que la norma penal ha podido ejercer una función de prevención general. 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). 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, 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.

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 del delito, según el

cual el delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena. La condición mínima del merecimiento y necesidad de la 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. 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. De esta manera, los criterios de merecimiento y necesidad de pena de un 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.

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. 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. Los elementos de esa ponderación general no forman parte de la tipicidad, 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», colocándola en el centro de su comprensión de la tipicidad. 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. 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, siendo la causa de la inflación de los problemas enmarcados en esta teoría un planteamiento insuficiente de la teoría de la conducta típica. Las perspectivas de análisis en cada uno de estos aspectos del 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*.

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. 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. 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. Como puede apreciarse, la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS se deriva de la misión que le atribuye a la imputación jurídico-penal.

El criterio que permite determinar objetivamente que se ha infringido una norma penal se encuentra en el desempeño incorrecto de un rol socialmente configurado. 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. Si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una paralización inmediata de la vida social. 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. 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 principio, no debería tener efecto alguno en la imputación penal.

Si la imputación objetiva depende de los distintos roles asumidos, habrá que precisar cuáles son esos roles. Como ya lo vimos de manera general, por un lado se encuentra el rol general de ciudadano y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes especiales en virtud de una concreta institución social. 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.

2. La imputación objetiva en los delitos de dominio

El rol general de ciudadano genera la obligación originaria de hacer uso de la libertad de organización sin perjudicar al resto. A esta libertad de organización le corresponde, como sinalagma lógico, una responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de la organización. 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. Solamente en el 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 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 fundamentarse ya 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 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 acti-

vidades explotativas a pesar de su peligrosidad. 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, 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). Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina se muestra crítico frente a la posible utilidad dogmática del concepto de riesgo permitido o lo considera simplemente un concepto formal que sólo permite agrupar los distintos casos en los que se excluye el desvalor de acción. Otro sector, ubicado en una posición intermedia, limita la relevancia dogmática del concepto de riesgo permitido al ámbito de los delitos culposos. 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 socialmelnte permitido. 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 como prohibido, para lo cual resulta determinante tener en cuenta la actual configuración de nuestra sociedad. La concreción del riesgo prohibido cons-

tituye un proceso de determinación sobre la base de 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. Veamos este proceso de manera más detenida.

Para determinar el carácter prohibido de un riesgo hay que tener en cuenta, en primer lugar, 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. 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. ej. el tráfico rodado). 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. 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. Un 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.

En ámbitos que están sujetos a conocimientos muy especializados y con un alto grado de dinamismo, la determina-

ción del carácter prohibido del riesgo tiene lugar por lo general sobre la base de normas o estándares técnicos que rigen en estos sectores específicos. Puede ser incluso que sea la propia regulación jurídica la que se remita expresamente a las normas técnicas del sector respectivo. 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).

En la determinación del riesgo prohibido a partir de 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. 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. 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 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. 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 son permitidas bajo la observancia de determinadas condiciones dirigidas a reducir el riesgo. 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 de 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 proble-

mas por otros nuevos igualmente o más efectivos. 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 reglamentación está desfasada, y por ello no cumplirla, 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

A partir de los criterios acabados de desarrollar, determinaremos 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 plantearse también frente a 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.

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. El fundamento 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 por parte de ellos. Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae. 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.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En pri-

mer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes. 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. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida. En estos casos, solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo 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. 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: 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; 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.

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. 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. 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, la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador) o la ausencia de una mediación de la voluntad. En la ac-

tual discusión doctrinal, la cuestión de la prohibición de regreso se ha ubicado en el terreno de la imputación objetiva, 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, el fundamento 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. 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. Una referencia más objetiva la ofrecen aquéllos que sostienen que en los casos de prohibición de regreso no tiene lugar una «dominabilidad» o «controlabilidad» del hecho. Un sector importante de la doctrina justifica, sobre la base del principio de confianza, la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva. 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.

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. 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. Ese sentido objetivo lo suministra la infracción del rol general de ciudadano por la creación de un riesgo prohibido. Por el contrario, una actuación de acuerdo con el estereotipo de conductas socialmente permitidas no podrá constituir una infracción del rol de ciudadano. El hecho de que el agente haya actuado dolosa o culposamente 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. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta conducta constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso.

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. 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 máquina fotocopiadora que utiliza para falsificar 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.

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. 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. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor, 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.

La falta de competencia en virtud de la prohibición de regreso presenta también ciertos límites normativos, más allá de los cuales una responsabilidad penal del participante podría tener lugar perfectamente. Para determinar estos límites, la doctrina penal ha propuesto, desde hace mucho, criterios de solución a partir de distintos principios y fundamentos jurídicos. 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. 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. 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 res-

ponsabilidad penal por la realización de conductas normales de la vida diaria. 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 de la conducta neutral. 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. 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.

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. 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, 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 dis-

tintas perspectivas. Por un lado, se encuentran aquellos que sustentan la adecuación social de la conducta o su permisión en aspectos subjetivos. A este parecer puede reprochársele, 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. Para evitar esta preponderancia de lo interno, se han propuesto teorías mixtas, es decir, aquéllas que determinan el desvalor de la conducta a partir de criterios objetivos y subjetivos. 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» o «que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico». Otros recurren, más bien, a criterios cualitativos como «la solidaridad con el autor» o «que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva». En una variante intermedia, algunos autores utilizan un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo. 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.

En nuestra opinión, la determinación de los límites de la prohibición de regreso requiere 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 sentido, resulta lógico entender que el criterio para decidir cuándo esta prestación deja de ser neutral debe encontrarse en la competencia por el riesgo prohibido. La cuestión será fijar entonces en qué momento el riesgo creado con la aportación estereotipada resulta atribuible penalmente a su autor. Un sector de la doctrina penal establece que la competencia penal por el aporte se determina en función de los conocimientos que posea el profesional al momento de su prestación, de manera que si le consta el futuro uso delictivo de su prestación, será posible fundamentar su participación punible. Otro sector de la doctrina penal 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. Según este parecer, 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.

Conviene remarcar que aun cuando con una u otra teoría se determine que la sola contribución causal se mantiene en el marco de lo socialmente adecuado, esta situación no anula otros deberes existentes que puedan dar pie a una responsabilidad penal. En este sentido, si al sujeto que presta una actuación socialmente aceptada le asiste alguna posición de garantía o, mejor dicho, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial, por ejemplo) o institucional (confianza especial, por ejemplo) o deberes de solidaridad mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia), 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.

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. Si bien actualmente se habla de un «redescubrimiento de la víctima», 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. 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, las que se ubicaron en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la «media causación» o teoría de

la concurrencia de culpas, o las que consideraron que se trataba de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber objetivo de cuidado. 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. 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. 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, 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 que se sustente en el principio de autorresponsabilidad solamente podrá existir 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 entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, 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, estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. 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. 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.

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima. No obstante, actualmente se intenta dejar de lado este instituto jurídico-penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee. Por nuestra parte, consideramos que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía 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. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, 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 víctí-

ma, 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 directa 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 autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso.

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, es decir, que la víctima no es, o ya no es, una persona responsable (por ejemplo, un inimputable o un consentimiento viciado por coacción o error). Conviene dejar precisado además 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 (por ejemplo, el funcionario penitenciario que obliga al preso a dormir sin ropa, enfermán-

dose éste gravemente). Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima 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, los delitos de peligro abstracto, la tentativa en los delitos de resultado y los delitos de emprendimiento. No se requiere, por tanto, una imputación objetiva del resultado para fundamentar la imposición de una pena en estos casos, aunque su verificación puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal, por ejemplo, el delito de peligro cede ante 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 la consumación del delito un resultado diferenciable espacio-temporalmente de la conducta. En este sentido, para caracterizar los delitos de mera conducta, se pone la atención en la ausencia de un resultado típico diferenciado de la acción. Pero debe quedar claro que en estos delitos no es que falte un desvalor de resultado, sino solamente la producción de un resultado separado de la acción. Sobre la base de estas ideas, se han diferenciado los de-

litos de mera conducta de peligro (concreto o abstracto) y los delitos de mera conducta de lesión. No obstante, pese a esta precisión dogmática, debe señalarse que el resultado que permite ordenar la imputación objetiva no hace referencia al desvalor del resultado, sino a la producción de un resultado concreto. Normativamente todos los delitos (incluida la tentativa) son de resultado, pues producen una defraudación de expectativas normativas de conducta esenciales. Pero, desde el punto de vista del proceso de imputación, los hechos delictivos presentan ciertas diferencias estructurales. Los delitos de mera conducta se caracterizan por no tener un resultado diferenciado de la acción, de manera que el juicio de imputación objetiva se centrará en la conducta realizada. El comportamiento se imputa al autor, en estos casos, con la sola ejecución de un comportamiento típico, sin que sea necesario un juicio sobre la realización de un resultado diferenciable.

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. Para poder decidir cuándo tiene lugar la peligrosidad que fundamenta la imputación del comportamiento, resulta necesario precisar, en primer lugar, 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. En la discusión actual, KINDHÄUSER se ha encargado de mostrar lo incorrecto de los primeros planteamientos, 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. 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.

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 de la identidad normativa de la sociedad. Este cuestionamiento al orden normativo de la sociedad se produce 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. Sobre la base de 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.

Resulta indicado señalar, finalmente, que en el análisis de los diversos delitos de peligro abstracto, la peligrosidad de la conducta puede alcanzar un mayor grado de concreción sin llegar propiamente al peligro concreto. En este sentido, la configuración de la imputación objetiva en los delitos de peligro abstracto puede asumir ciertas particularidades y dar lugar a formas especiales. Las formas especiales que se reconocen por lo general en las exposiciones doctrinales son 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. La peligrosidad en estos delitos se manifiesta en la falta de dominio o incontrolabilidad del autor sobre el peligro de la acción, así como en la falta de competencia de otra persona por el dominio de los posibles riesgos derivados. 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.

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. Un sector de la doctrina penal recurre a la idea del peligro de bienes jurídicos para justificar la penalización de ciertas conductas de preparación. Por nuestra parte, consideramos que el recurso a esta idea no resulta plenamente convincente, ya que supondría fundamentar la punibilidad en un comportamiento sucesivo de carácter delictivo. Tal proceder implicaría entrar en la esfera interna del ciudadano y abandonar el principio del

hecho. En este sentido, la fundamentación de los delitos de preparación no se sustenta en una especial peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico, sino en el significado social de estas acciones como en sí peligrosas. El delito de preparación castiga determinadas acciones por la incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que pueden derivarse de los mismos y la importancia social de la expectativa en cuestión.

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 medioambiente, 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 medioambiente, pero que vistas en conjunto con otras posibles infracciones sí pueden generar tal peligro o lesión. El recurso a esta forma de tipificación estaría justificado en la necesidad de prohibir acciones de desprecio al medioambiente 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 medioambiente.

La legitimidad de los delitos de acumulación ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad. 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. A partir de esta fundamentación 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. 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, es decir, que no es necesario un resultado de peligro o de lesión, sino solamente la imputación del comportamiento.

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. 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. En cuanto al tipo objetivo, la tentativa requiere de una imputación del comportamiento y la ausencia de la realización del riesgo prohibido en el resultado considerado por el tipo penal correspondiente. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será consumido por el cas-

tigo 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. En este sentido, no se requiere para afirmar la imputación objetiva 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 241º, inciso 2 del Código penal, 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. 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).

B. La imputación del resultado

En los delitos de resultado, el tipo objetivo requiere, además de la imputación del comportamiento, la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito de resultado consumado, sino que es necesaria la existencia de una vinculación objetiva en-

tre ambos. Ya que la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa), la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios causales, sino que deberá asentarse igualmente en criterios normativos. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al autor.

En lo que sigue, vamos a encargarnos de precisar cómo se establece el vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado típicamente relevante. 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, nos ocuparemos de los supuestos problemáticos en los que un resultado puede ser explicado por diversos riesgos. Finalmente, haremos 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.

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. 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 he-

chos 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, no podrá imputársele al comportamiento del autor un resultado que no se le pueda vincular causalmente.

Pese a las dudas que sobre la causalidad han generado la física cuántica y la teoría de la relatividad de EINSTEIN, parece 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. Por ello, la causalidad se mantiene, sin mayor cuestionamiento, como el dato explicativo de la producción de un resultado lesivo. La constitución de la causalidad como vínculo objetivo entre una conducta y un resultado ha hecho que se erija igualmente como el vínculo objetivo entre la conducta prohibida y el resultado lesivo. No obstante, hay que reconocer que la causalidad solamente puede establecer una vinculación objetiva con el resultado en el caso de las conductas activas, pues en la omisión no existe una relación de causalidad con el resultado. La causalidad hipotética o jurídica aducida en la omisión impropia no es propiamente una relación de causalidad. Por otra parte, una relación de causalidad, tal como se entiende en las ciencias naturales, tampoco podría alegarse en los delitos de peligro concreto, pues no es posible

establecer un vínculo causal entre la conducta y el resultado de peligro. En tanto el peligro es un concepto normativo y no una realidad empírica, no cabe constatar una relación de causalidad de la conducta peligrosa con la generación de un peligro concreto. Así las cosas, la relación de causalidad solamente podría ser un factor objetivo de vinculación entre la conducta y el resultado en el caso de los delitos comisivos de lesión. Pero aun aceptando que la causalidad pueda ser utilizada como criterio de vinculación objetivo entre la acción y el resultado en los delitos comisivos de lesión, tampoco esta determinación está libre de aspectos problemáticos que resulta necesario resolver.

El punto de discusión más relevante sobre el entendimiento de la causalidad en los delitos comisivos de lesión tiene lugar en cuanto al nivel de certeza que se exige para poder vincular causalmente un resultado lesivo a la conducta del autor. La certeza de la causalidad puede verse afectada tanto en la formulación general de la ley causal, como en la determinación de la causalidad en el caso concreto.

En el caso de la ley causal, se sostuvo inicialmente 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. 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, lo que significa que 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 llegar perfectamente al convencimiento de una relación de causalidad con una ley causal que no goce de absoluto consenso en la ciencia natural correspondiente, estando solamente prohibido apoyarse en leyes causales extravagantes o poco plausibles. El *in dubio pro reo* solamente se aplica en el caso que el juzgador no tenga la certeza de la relación de causalidad en el caso concreto.

En el caso de la falta de convicción respecto de si la acción realizada es realmente la causa del resultado con base en una ley causal admitida, se discute si debe procederse 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. 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 lesión o muerte 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. 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 imputación penal con base en leyes de probabilidad. Como puede verse, la determinación de la vinculación objetiva entre el comportamiento y el resultado requiere estar configurado normativamente también en los delitos comisivos 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 una simple constatación de una relación de causalidad, sino que siempre resulta necesaria una determinación normativa. En la doctrina penal se han ensayado diversas propuestas de determinación del vínculo normativo 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 luego tomar 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. 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. 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 privile-

gio 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. 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.

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. 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. 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». 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.

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 antijuridicidad, 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. 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.

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 y que goza actualmente de amplio reconocimiento en la doctrina penal, surgió a partir de un caso resuelto por los tribunales alemanes conocido como el caso del camión o del ciclista. Se trató de un atropellamiento 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. En este sentido, la imputación del resultado solamente podría excluirse en caso que un comportamiento alternativo adecuado a Derecho hubiese producido con seguridad el mismo resultado. 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, un sector importante de la doctrina le ha dirigido certeras críticas, 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. 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, sino que convertiría también el resultado en una condición objetiva de punibilidad y, de esta manera, los delitos de lesión en delitos de peligro. 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 con la finalidad de solucionar la problemática de las conductas alternativas conforme a Derecho. 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. La relación de imputación del resultado no se determina, por tanto, a partir del hecho de si un comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiese podido evitar o no la producción del resultado, sino sobre la base del ámbito de protección de la norma. 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 comisivos de lesión, sino que la presupone. 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 por la conducta prohibida le resulta objetivamente imputable al autor de dicho comportamiento. En el caso de los delitos comisivos de lesión es necesaria una determinación previa de la relación de causalidad. Tal como ya lo adelantamos, la determinación de la relación de causalidad en un proceso penal es un trabajo asignado al juez, para lo cual puede acudir a leyes naturales que, aunque puedan discutirse, tengan cierto respaldo científico, así como también a leyes de probabilidad en ámbitos en los que solamente es necesario un peligro concreto o no es posible una determinación cierta de la relación de causalidad con el resultado lesivo.

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 supuestos de explicaciones alternativas del resultado: 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 a partir de 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).

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. Se ha intentado solucionar doctrinalmente estos supuestos como un problema de objeto del dolo, pero se desconoce que, en primer lugar, resulta necesario decidir si puede imputarse objetivamente a la conducta del autor los resultados del fallo en el golpe. Si el riesgo concurrente que lesiona al otro objeto resulta imprevisible, no podrá afirmarse una relación de imputación objetiva, pues el resultado no habría podido evitarse planificadamente. 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. 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. La situación es distinta en el caso de un dolo cumulativo, es decir, en el caso que la conducta genere varios riesgos (p. ej. 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, debe diferenciarse los supuestos de riesgos separables y los supuestos de riesgos inseparables.

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. 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 (por ejemplo, dos empresas vierten residuos tóxicos por encima de lo permitido y se produce una contaminación catastrófica del río). Una absolución completa de los intervinientes sobre la

base del *in dubio pro reo* se mostraría, sin embargo, como injusta, pues el resultado lesivo se ha producido por una conducta contraria al deber de ambos intervinientes. Por esta razón, la solución más salomónica sería imputarle el resultado a cada interviniente, aunque admitiendo una necesaria disminución del injusto. Si bien el injusto pertenece a ambos, no es posible una imputación completa de dicho injusto a ambos a la vez.

Un supuesto especial constituyen los supuestos conocidos como riesgos sobrecondicionados, en los que los intervinientes realizan cada uno una aportación suficiente para producir el resultado (cada sujeto pone una dosis suficiente de veneno para matar a la víctima en su bebida). 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. 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.

b.2) Los riesgos derivados

Los casos de riesgos derivados comprenden los supuestos 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. 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 excluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida a los que una persona razonable se expone, pues lo contrario significaría permitir la entrada de supuestos de *versare in re illicita* (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. 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.

b.2.2) Riesgos derivados para terceros

La creación de un riesgo prohibido para un bien jurídico puede originar además riesgos derivados que pueden afec-

tar 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.

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 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. 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. 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.

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 (por ejemplo, si la víctima no atiende la herida en un centro hospitalario). Por el contrario, si quien emprende 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 (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, no suministrar 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 es un sujeto libre y, por tanto, plenamente responsable de las consecuencias de su acto de salvamento, la relación de imputación no alcanza a los daños producidos por su actuación. Por ello, adquiere una especial importancia determinar las condiciones de un comportamiento libre y responsable, de manera que pueda excluirse tal consideración si el salvador no se encuentra en situación de valorar el riesgo o la acción adecuada a los hechos (por ejemplo, por embriaguez). No obstante, el núcleo de la discusión no se ubica propiamente en las condiciones de una actuación libre y responsable, sino en los casos en los que el salvador se encuentra obligado a actuar. En este contexto de ideas, la imputación del resultado no se establece para los obligados al salvamento con las reglas de la libre voluntad, sino en función de criterios que permitan reconducir objetivamente el resultado al autor.

Algunos autores determinan la imputación del resultado en función de los ámbitos de responsabilidad, es decir, si al salvador le corresponde un deber de salvamento, mientras que otros sólo admiten la relación de imputación en caso de acciones de salvamento debidas si el peligro generado y dirigido por el primer actuante es causal en un sentido objetivo. Respecto de los daños producidos a los salvadores no obliga-

dos, un sector de la doctrina rechaza que puedan imputarse al causante de la situación necesitada de salvación. Se dice que en estos casos el salvador emprende una «satisfacción personal» que no puede trasladársele al causante de la situación de riesgo. Cargarle los riesgos de salvamento al autor de la situación necesitada de salvación llevaría a un «cálculo indigno» sobre la conveniencia para el autor de solicitar ayuda. Este planteamiento desconoce que la acción de salvamento constituye también la materialización de un deber de solidaridad, por lo que el salvamento debido no podrá ser una actuación arbitraria completamente irracional. En este sentido, una imputación del resultado se podrá excluir solamente en los casos en los que la conducta de salvamento se muestre como irrazonable o claramente desproporcionada. Finalmente, un sector de la doctrina penal entiende que la diferencia entre salvadores jurídicamente obligados y moralmente obligados no tiene ningún sentido, pues la fuerza de motivación es la misma en ambos casos.

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. 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. En este sentido, sólo el daño producido por la acción salvadora voluntaria dentro de lo razonable po-

drá 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 ha infringido su rol general de ciudadano. Por el contrario, en los supuestos de transformación del riesgo inicial, una persona realiza una conducta contraria al 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.

Para solucionar la imputación del resultado en estos supuestos puede recurrirse, al igual que en la prohibición de regreso, al principio de autorresponsabilidad. 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. 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.

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. 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. No obstante, como lo resalta acertadamente JAKOBS, esta argumentación resulta cuando menos mal formulada, pues los casos analizados están definidos como daños residuales permanentes. 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. 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 en-

contrará justificada. 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.

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. 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.

c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado

A diferencia de los delitos de mera actividad 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. 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. 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». 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. Si tiene lugar únicamente una imputación del comportamiento, pero no un resultado de peligro concreto, esta conducta sólo podrá sancionarse en grado de tentativa. La imputación objetiva en 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 de acuerdo con 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, es decir, el resultado de peligro concreto. Un sector de la doctrina penal cuestiona la necesidad de este segundo nivel de imputación 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.

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. 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, centrándose la discusión en los criterios para establecer tal probabilidad: una exacta descripción científica, una experiencia general de la vida en el caso concreto, el criterio del mejor observador posible o solamente la perspectiva del autor. 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 conducta 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. Las diferencias de la doctrina surgen en los criterios de determinación de esa casualidad: la imposibilidad de explicación científica, lo que no puede esperarse, la ausencia de mecanismos normales de salvamento, la ausencia de la posibilidad seria de salvamento, la ausencia de dominio del curso de peligro o la imposibilidad de impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta. 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 so-

bre el objeto de ataque de la acción. 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. 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 normativamente 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. La doctrina penal alemana dominante considera que el resultado cualificante del delito debe ser una lesión. 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. En este sentido, puede hablarse de un delito cualificado por el resul-

tado tanto para los casos en los que la consecuencia cualificadora sea una lesión, como cuando se trate de un peligro. Ejemplo de este segundo supuesto es el delito de contaminación ambiental agravado del artículo 305º, inciso 1 del Código penal («peligro para la salud de las personas o sus bienes»).

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. 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. Estas críticas, justificadas ciertamente en algunos supuestos específicos, 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.

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. 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. En estos supuestos, el autor comete un delito doloso al que normalmente están unidas consecuencias desfavorables para otras personas, lo que hace que el injusto en los delitos cualificados por el resultado sea considerablemente mayor al concurso de los tipos penales individuales que el tipo penal combina. 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, aunque también en algunos casos la negó. 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. Esta formulación se muestra, sin embargo, tan general que apenas ofrece criterios claros para determinar cómo se constituye el mencionado vínculo objetivo. ¿Es imputable objetivamente al intento de violación la muerte que la propia víctima se causa al tirarse de un quinto piso para evitar la consumación de una violación (artículo 177º del Código penal)?

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» 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. Otros autores consideran más adecuado restringir la simple vinculación causal en el ámbito del tipo penal, para lo cual han ofrecido distintas formulaciones: «nexo típico», «nexo de consecuencia específico del tipo», «las consecuencias típicas del delito básico» o «los resultados pronosticables con base en el tipo sin atender a circunstancias anormales». 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. En este sentido, el vínculo entre el delito básico y el resultado cualificante debe establecerse de acuerdo con 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. Por ejemplo: la muerte que se causa a sí mismo el secuestrado 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 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 aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. En los delitos de in-

fracción 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.

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.

En cuanto a la primera cuestión, hay que decir que autor de un delito de infracción del deber no puede serlo cualquiera, sino solamente el obligado institucionalmente (por ejemplo, el juez en el delito de prevaricato). 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 una posición institucional 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, 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. 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 sustenta 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. En este sentido, 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, de manera que, para determinar su infracción, no interesa el *quantum* organizativo en el hecho infractor, sino simplemente que no haya cumplido con el deber especial impuesto. 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. 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, pues la posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio. En primer lugar, debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas: 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. 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. 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.

Como cuestión final de este apartado, resulta conveniente destacar que muchos delitos de infracción de un deber están configurados estructuralmente como delitos de mera con-

ducta (por la pura infracción del deber), por lo que, en estos casos, la imputación objetiva tendrá lugar únicamente sobre la base de 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.

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 infracción del deber especial y el resultado no es constitutivo de 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 419º del Código penal, se castiga tanto al

juez que sin motivo legal ordene la detención de una persona como al que no otorga la libertad a un detenido que debió decretar. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Cuyo, Mendoza, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Cuello y Serrano, Marcial Pons, Madrid, 2004.

JAKOBS, Günther, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza», trad. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Citivas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal», trad. Suárez y Cancio, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.

PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado en Derecho penal*, trad. García Cavero, ARA, Lima, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2005.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

Lección 13
TIPICIDAD III: 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. Hoy en día, sin embargo, resulta una cuestión irrebatible la exigencia del dolo o la culpa del autor para imputarle un hecho delictivo. Cualquier forma de responsabilidad objetiva es considerada por la doctrina penal contemporánea incompatible con un Derecho penal de la culpabilidad. 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. Como puede verse, la necesidad de un lado subjetivo en la imputación penal constituye en la actualidad un rasgo esencial del ordenamiento jurídico-penal.

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 una culpabilidad dirigida a la persona individual. 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. 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.

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. Una completa subjetivización de la imputación se encuentra por lo demás excluida de nuestro sistema penal 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. En este sentido, no puede hablarse de una imputación estandarizada o subjetivizada, sino de una imputación más o menos estandarizada y subjetivizada.

Para determinar la configuración de la tipicidad subjetiva debe aceptarse, en primer lugar, que en nuestra sociedad la imputación jurídico-penal requiere una estandarización sobre la base de roles. 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. Una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de estos aspectos únicamente por el hecho de tener la titularidad del rol. Este proceder, sin embargo, resultaría incompatible con el criterio de la evitabilidad que informa las estructuras de imputación en el Derecho penal contemporáneo (vide lección 10), pues permitiría atribuir responsabilidad aun cuando el autor no se encuentre en posición de evitar individualmente el resultado. Para impedir esta estandarización, aparece en escena la subjetivización o personalización de la imputación. 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. Si sus circunstancias personales permiten atribuirle los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar una tipicidad subjetiva. 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.

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. 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. 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. 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 determinación 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. 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, mientras que la causalidad subjetiva configuraba la culpabilidad, sea en su forma de dolo, sea en su forma de culpa. 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, en el sentido de que no interesaba lo que el sujeto se representó, sino si éste pudo representarse o no la producción del resultado.

La crítica a la comprensión puramente descriptivo-objetiva de la tipicidad con la demostración de elementos normativos y elementos subjetivos en el tipo llevó a cuestionar la

rigidez de la formulación clásica. Primero, de manera excepcional, en tipos penales 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. Una descripción puramente objetiva del delito en el plano de la tipicidad no permitía diferenciar las conductas humanas de los puros sucesos naturales. 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 del dolo, pues la culpa comenzó a desarrollar su propio injusto típico, con independencia de la configuración del dolo. Así, 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 que se vinculaba al resultado mediante 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 que en el plano objetivo no cabe hacer propiamente ninguna distinción. 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 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, en primer lugar, 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: 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 voluntad de producir el resultado (A dispara en la cabeza a B para darle muerte). En la segunda forma del 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,

constando únicamente del elemento cognitivo. La distinción respecto del dolo directo de segundo grado está 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).

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 distraído por la radio no se percata que está pasando un semáforo en rojo y atropella a un transeúnte). 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.

A partir de las formas del dolo y la culpa, es posible encontrar el punto en el que se diferencian ambas clases de tipo subjetivo. Al respecto existen diversos pareceres en la discusión doctrinal, los 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 el dolo y la culpa estaría en la existencia de voluntad respecto

del resultado en el dolo y la ausencia de dicho elemento en la culpa. El dolo sería entonces el conocimiento del hecho más la voluntad respecto del resultado, mientras que la culpa sería el 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. Sin embargo, a estas derivaciones de la teoría de la voluntad se les 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.

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. 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. 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 de 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 conductas dolosas. 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 un requisito adicional, como lo hace la llamada teoría de la probabilidad, la cual exige 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. En este sentido, la diferencia entre ambas formas de responsabilidad subjetiva seguirá encontrándose únicamente en el elemento cognitivo, siendo, por tanto, el criterio de distinción un aspecto puramente cuantitativo. 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? 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 configura subjetivamente, se favorecerá de manera injustificada a los descuidados frente a los escrupulosos. Es decir, que los que se representaron la probabilidad del resultado responderán por el dolo eventual, mientras que los indiferentes tendrán una responsabilidad únicamente por la 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 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, 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 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 al conductor. En consecuencia, sólo la conducta dolosa o culposa puede sustentar una responsabilidad penal basándose 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 subje-

tiva, 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 en propiedad de la tipicidad subjetiva del hecho basada en la evitabilidad individual. 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. 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. Sin embargo 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. 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.

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. 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. A esta forma subjetiva de infringir la norma se le conoce como el 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 antijuridicidad 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 era 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. 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 actuación 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 de 1924, una definición del dolo que establezca cuáles son sus elementos constitutivos. Y decimos que con muy buen criterio porque el contenido del dolo no puede fosilizarse con una determinada definición estática, 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 ele-

mento 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.

De acuerdo con 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 necesario para fundamentar la evitabilidad individual del delito doloso, aunque su presencia pueda manifestar 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. Sin embargo, 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. 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.

B. La determinación del conocimiento en el dolo

Precisado que el dolo es conocimiento sobre la defraudación de la norma suficiente para llevar a un ciudadano fiel

al Derecho a no emprender la acción riesgosa o interrumpir un 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». 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. 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, por lo que puede decirse que también estos elementos del tipo presentan un cierto contorno valorativo. El mismo fenómeno de relativización de la diferencia puede apreciarse desde los llamados elementos normativos, en los que se empieza a reconocer la existencia de una base fáctica que requiere también de una labor de percepción sensorial y en la que pueden tener lugar igualmente ciertas situaciones de error (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 conoci-

miento necesario para la atribución del dolo se presenta de esta manera como un proceso de conocimiento por percepción sensorial y de valoración. 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. En esta línea, resulta usual precisar que la determinación de lo interno debe hacerse sobre la base de ciertos datos objetivos que evidencian las disposiciones internas del autor. Así lo hizo, por ejemplo, el Tribunal Supremo español respecto de la demostración del *animus necandi* del autor en el delito de homicidio en función de 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 para el dolo se imputa al autor basado en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal. 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 y pasa a convertirse en una imputación de conocimiento a partir de criterios normativos. Estos criterios normativos no dependen de indicadores externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente penal. 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 diferencia cualitativa, 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. La diferencia se encuentra únicamente en los criterios utilizados para precisar las competencias de conocimiento exigidas al autor. Mientras que la imputación del 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.

El *conocimiento por percepción sensorial* que se requiere para imputar el dolo al autor se determina normativamente. 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, el cual podría incluso reducir la exigencia normativa respecto del ciudadano con capacidades normales de percepción (por ejemplo, si se trata de un miope), 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 en determinadas circunstancias. 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.

Para la determinación del *conocimiento por valoración*, la doctrina penal ha desarrollado, a propósito de los elementos normativos del tipo, criterios muy diversos. Por un lado, pueden apreciarse propuestas que se centran en el conocimiento del autor sobre determinados aspectos de la realidad. Así, algunos han exigido solamente el conocimiento de las circunstancias fácticas del elemento normativo (por ejemplo, el soporte físico en el caso de un documento), mientras que otros han requerido además el conocimiento del sentido de las circunstancias del hecho penalmente relevantes (por ejemplo, que en el soporte físico conste una declaración de voluntad que busca probarse con dicho soporte). Por otro lado, se encuentra la línea de interpretación que establece como referencia para la determinación del conocimiento de los elementos normativos las propias normas jurídicas mediante una valoración paralela, una reducción teleológica o una concreción de la norma en la situación del autor. No cabe duda que esta línea de interpretación se ajusta más a una concepción normativa del Derecho penal, pero debe señalarse que aún se muestra insuficiente. Estas formulaciones no han terminado de dar el salto a una construcción normativa en la imputa-

ción 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. Por esta razón, vamos a hacer en las líneas que siguen un esbozo general de la imputación de conocimiento por valoración en una comprensión normativa del Derecho penal, advirtiendo desde un principio las limitaciones que impone una exposición general.

En el caso de los procesos valorativos, el ordenamiento jurídico se ve obligado a realizar una mayor especificación de las competencias de conocimiento del rol correspondiente, ya que la objetividad de las valoraciones resulta menor frente a 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 todas las competencias jurídicas 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 delito. En este sentido, el juez no baja en su valoración a 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 del hecho delictivo considerando sus circuns-

tancias 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. 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 288º del Código Penal. En cuanto a la imputación subjetiva, que es la que aquí nos interesa, cabe decir en primer lugar 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. Por el 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. 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 acei-

te desnaturalizado con anilina constituye un producto nocivo. Sus circunstancias personales no le 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. 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. Si nos mantuviésemos en una comprensión psicologicista del dolo, habría que tratar estos casos como simples comportamientos culposos. 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, surge una tercera for-

ma de dolo, a la que la doctrina penal ha calificado de dolo indirecto o dolo por indiferencia.

C. *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, no siendo necesario abarcar el resultado producido e incluso el curso causal que lleva a la producción del resultado. Exigir un conocimiento de estos aspectos naturalísticos carecería de interés en una comprensión normativa de la imputación subjetiva. De esta manera, el conocimiento del dolo terminaría siendo prácticamente el mismo en los delitos de peligro (concreto) que en los delitos de lesión. 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.

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 constitutivos del delito se ordenan a partir de 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. Si en el delito de peligro concreto no se 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. 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.

D. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el *dolus malus*)

La reformulación normativa del dolo conlleva finalmente la inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho como contenido del dolo, 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. El dolo consiste en la imputación de conocimiento no sólo de los aspectos que configuran el

tipo legal, sino también de su carácter prohibido. Esta cuestión constituye un tema que, además de polémico, resulta poco compatible con nuestra regulación positiva, en donde se hace una bipartición del error y, por tanto, del conocimiento. No obstante, consideramos pertinente demostrar por qué el dolo debe abarcar el conocimiento del carácter prohibido del hecho.

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. 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.

Los primeros representantes de la teoría del dolo 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. 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, constituida por el conocimiento de las circuns-

tancias del hecho y las valoraciones del autor. 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. Por el contrario, los defensores de la llamada teoría modificada del dolo admiten la separación del dolo y la culpabilidad, aunque exigen igualmente el conocimiento material de la antijuridicidad del hecho para el dolo y sólo una conciencia de la antijuridicidad formal como elemento de la culpabilidad.

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, quien remitió el dolo natural a la tipicidad y dejó el conocimiento de la antijuridicidad del hecho en la culpabilidad. 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. Este planteamiento ha sido catalogado como la teoría estricta de la culpabilidad, 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. Por el otro, y quizá éste sea el punto de discusión más relevante en la dogmática penal actual, se intenta atenuar las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el tratamiento dogmático del 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. 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.

El artículo 14º del Código penal asume, en términos generales, la teoría de la culpabilidad, pues parte de una participación del error y, por tanto, del conocimiento. Esta regulación general, sin embargo, no debe seguirse en ciertos supuestos típicos especiales. Así, por ejemplo, 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 antijuridicidad del hecho (por ejemplo, en el delito 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 antijuridicidad del hecho no se pueden separar, 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 antijuridicidad 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 antijuridicidad. 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. 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. 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 posi-

ble poder imputarle subjetivamente al autor el conocimiento de que ha creado un riesgo prohibido o ha incumplido un deber positivo institucionalmente configurado. Sin el conocimiento del contexto normativo, no podría el autor saber que está creando un riesgo prohibido y mucho menos infringiendo la norma. 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 antijuridicidad del hecho no debería separarse del dolo del autor. No obstante, el Derecho positivo nacional no permite adaptar esta evidente conclusión dogmática al tenor de la ley, lo que obliga, por razones puramente de *lege lata*, a remitir el estudio del conocimiento del carácter antijurídico del hecho a la lección que se ocupa de la culpabilidad.

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. 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 espe-

cial 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 intenciones 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. 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 imputársele 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 dé 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 la conducta típica. 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 el conocimiento suficiente de tal defraudación al autor. En los casos de error de tipo se presenta una infracción objetiva de la norma, pero se niega la imputación del conocimiento de tal defraudación.

El error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14º primer párrafo del Código Penal. 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. Por esta razón, –continuaría así la argumentación– el artículo 14º primer párrafo debería interpretarse, más bien, como un error sobre las circunstancias del hecho reguladas por los tipos penales. Por nuestra parte, entendemos, por el contrario, que el tenor de la redacción legal es correcto, pues, como lo hemos ya resaltado, la imputación subjetiva no resulta de una verificación subjetiva o una prueba indirecta mediante datos objetivos de la faceta interna del autor al momento de realizar el hecho, sino de una imputación a partir de criterios normativos jurídico-penales. 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.

B. Las formas de error de 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 su parte, en la imputación de defectos cognitivos o defectos de valoración. Aun cuando los procesos cognitivos y las valoraciones en una persona no se presenten por separado, resulta ciertamente posible poner el punto de ruptura de la imputación de conocimiento en la percepción sensorial o en la valoración de lo percibido. En este sentido, cabe hacer distinciones dentro del error sobre los elementos del tipo y ajustar el criterio normativo de determinación a tales defectos.

a. El error por defectos cognitivos

Esta primera forma de manifestación del error se configura a partir de 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 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.

b. El error por defectos de valoración

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 conoce 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:

b.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. 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. 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 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 dejando intacto, por tanto, el dolo del autor. 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 el informe de un abogado especialista que señala que, al existir droga de por medio, el hecho se convierte en un asunto público.

b.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 estado o relación, en los que también cabe admitir normativamente 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.

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. 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. En caso de tratarse de un error de tipo vencible, corresponde castigar la conducta, de acuerdo con el artículo 14º, primer párrafo del Código penal, como un delito culposo, siempre y cuando la conducta en cuestión se sancione también a título de culpa. En caso de un error invencible, es decir, de realización de 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. 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 fun-

ción de los criterios normativos que ordenan la imputación del dolo. 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. En este orden de ideas, no podrá tener relevancia normativa el error sobre conocimientos mínimos que resultan atribuibles a todas las personas integradas en sociedad. En el caso de los conocimientos que dependen de cierto contexto situacional, la alegación de una situación de error sólo resultará procedente si el autor, en sus circunstancias personales, no pudo acceder al contexto antes referido.

De lo expuesto puede colegirse que, para poder determinar la relevancia de un error se requiere, en primer lugar, individualizar las competencias de conocimiento del autor. Sólo una vez que se han individualizado sus competencias de conocimiento, podrá determinarse si una situación de error 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 relevancia alguna en la configuración de los criterios de imputación de una situación de desconocimiento penalmente relevante.

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. 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. 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. El autor debe tener el cuidado debido no sólo en el sentido de evitar juicios apresurados, sino también de reunir los elementos suficientes para poder valorar correctamente su hecho.

La vencibilidad del error requiere determinarse basándose en el concreto ámbito de actuación del autor, es decir, 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. Si esta imputación es posible, podrá entonces afirmarse que el autor tuvo un nivel de conocimiento sobre posibles efectos lesivos de su conducta que pudo evitar con una actuación diligente, lo que fundamenta precisamente su responsabilidad a título de culpa. Como puede verse, la vencibilidad del error no aparece fijada por criterios psicológicos, sino que se recurre a criterios normativos en el contexto propio del autor.

c. 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.

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, 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 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 por qué saberlo.

Si el hecho queda en la sola subjetividad, una imputación del conocimiento no podrá tener lugar por razones fundamentalmente procesales. 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. 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 cuan-

do la información se adquiera por fuentes informales. 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. Por el contrario, en los ámbitos de actuación en los que no se maneje riesgos especiales, el conocimiento por vía irregular no sustentará una responsabilidad penal.

IV. LA CULPA

1. Concepto

La culpa presentó un proceso de normativización anterior incluso al desarrollado en la imputación dolosa. Este proceso temprano de normativización en la culpa se explica sobre todo por los problemas que provocó la fundamentación de la llamada culpa inconsciente, lo que llevó a definirla con independencia de lo que el autor se representó al momento del hecho. La configuración normativa de la parte subjetiva 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. No obstante, debemos precisar que la imputación subjetiva en los delitos culposos adquiere ciertas particularidades frente a los delitos dolosos. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento de la aptitud lesiva del hecho realizado, sino un conocimiento de menor grado que, unido a criterios normativos, habría llevado a evitar la realización del tipo pe-

nal. No existe, por tanto, una imputación de conocimiento sobre la actitud 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.

Por lo dicho, la imputación subjetiva culposa no debe ser entendida como cognoscibilidad, 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 basándose 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 de que 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 a partir del 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 mayoritariamente por una determinación objetiva. 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. 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. 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. 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 automóvil que un conductor cualquiera no podría detectar. El conocimiento que fundamenta la culpa es perfectamente imputable en los dos casos mencionados como ejemplos.

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. 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 comportamiento. Esta forma de culpa grave se diferencia del dolo indirecto en que el autor temerario no se resguarda a sí 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 impedi-

ría 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. 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. 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. El artículo 12º del 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.

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. Este proceder puede verse con claridad en los delitos contra la salud pública, tal como lo dispone el artículo 295º del Código penal. Ya que el legislador penal ha dejado abierta en esta parte la incriminación de la culpa, le corresponderá al juez decidir si la naturaleza de los distintos delitos comprendidos en el capítulo correspondiente permiten una sanción también a título de culpa.

4. El error de tipo en los delitos culposos

Es usual que el error sobre las circunstancias del delito 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 tam-

bién 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. En caso que la situación de desconocimiento del riesgo culposo se deba a circunstancias ajenas al autor, estaremos ante un hecho fortuito o una desgracia, salvo que la situación de desconocimiento pueda reconducirse a otra persona, como, por ejemplo, a un mecánico.

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 el dolo y la culpa que no cualifica la pena, sino que la fundamenta. En las doctrinas italiana y española se han hablado de preterintención, mientras que en la doctrina alemana se ha utilizado el calificativo de combinación dolo-culpa en sentido propio. El punto central sobre el que gira la discusión de estos delitos se encuentra en la determinación de su naturaleza jurídica: Unos sostienen que se trata de delitos culposos, otros consideran que se tratan de delitos dolosos, y, finalmente, un tercer parecer señala que las dos fundamentaciones anteriores no se excluyen. 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.

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 118º del Código penal, 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 existe tal ampliación, no queda más que negar la posibilidad de una tentativa. 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. Por el contrario, 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 normas generales.

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. 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. 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. 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, encontrándo-

se 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 (p. ej. 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. 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 (p. ej. el delito contra el medio ambiente agravado por el resultado). La culpa se configura 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, 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 de que el resultado cualificante sea también doloso, se tratará simplemente de delitos cualificados por los resultados impropios o aparentes, pues en el fondo no habrá más que un delito doloso más grave. 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. 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.

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. 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 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. Por el contrario, si tales delitos son interpretados con base en su aspecto doloso, las reglas antes mencionadas tendrán, en principio, plena vigencia. Una comprensión mixta determina estas reglas en función de las dos partes del delito cualificado por el resultado. 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 apli-

cación de las reglas establecidas por nuestro Código penal respecto de los delitos cualificados por el resultado. El artículo 12º del Código penal 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, artículo 305º, segunda parte del Código penal), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo. 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 del 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y González Serrano de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

JAKOBS, Günther, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. Cuello Contreras, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1989.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

Lección 14:
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 13º del Código penal peruano regula la figura de la comisión por omisión o, llamada también, omisión impropia. Sobre la base de este dispositivo penal, se castigan ciertas conductas omisivas que no impiden la producción de un delito, como si éste hubiese sido causado de manera activa. Esta posibilidad de castigar ciertas omisiones como realización activa de un delito implica dos aspectos lógicamente vinculados: Una omisión puede llegar a ser tan grave como una conducta activa y, por otra parte, 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 que, antes de entrar en las particularidades de nuestra regulación legal, hagamos 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 dis-

posición 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».

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 inconvenientes para fundamentar la imputación del resultado lesivo de bienes jurídicos a ciertas omisiones. 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. 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 otra parte, el estudio de las particularidades de la omisión. 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. De esta manera, la omisión, conceptuada simplemente como un no hacer voluntario, no se encontraba ya vinculada a ningún resultado.

Para poder dar contenido a la omisión, se precisó que la omisión no era simplemente no hacer «nada», sino no hacer «algo», de manera que el fundamento de todo delito de omisión estaría constituido por una acción esperada. De esta forma, la falta de una causalidad natural entre la omisión impropia y el resultado se cubrió con la llamada «causalidad jurídi-

ca» o «cuasi causalidad», según la cual la omisión era causal del resultado si la acción esperada hubiese impedido el resultado. Esta vinculación, sin embargo, dejó de ser entendida en un sentido natural y pasó a moverse, más bien, en un plano valorativo, por lo que no debe sorprender que la causalidad jurídica deviniera en un nexo de «contrariedad del deber» entre el resultado y la omisión del deber exigido. Así entendida la omisión impropia, la interpretación incluso hoy dominante admite un fundamento de la imputación penal en estos delitos distinto al que se utiliza para los delitos activos. En efecto, mientras los últimos se sustentan en la causación activa del resultado, los primeros consisten en una infracción cualificada de un deber específico. Bajo esta perspectiva, parece lógico que autores con perspectivas completamente distintas como RADBURCH 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 (merecimiento de pena).

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, 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. 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. Por lo tanto, no se trata de verificar los elementos propios de la acción y la omisión, y luego proceder 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. 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. En el primer caso, el autor actúa en el rol general de ciudadano que le atribuye la libertad de organizarse libremente, pero le impone además, como sinalagma lógico, el deber negativo de no lesionar a los demás. 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, de manera que podría decirse que este plantea-

miento 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 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. 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 las competencias por organización como las competencias institucionales se pueden infringir por acción u omisión. En el fondo, no interesa el dato naturalístico de si dichas competencias se han infringido por acción u omisión, sino simplemente si se han infringido o no.

III. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN (ARTÍCULO 13º DEL CÓDIGO PENAL)

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 13º del

Código penal no puede sujetarse a un método subjetivo que se corresponda con la voluntad del legislador, sino que debe procurar 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. 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 causación activa del resultado. 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 mismos para la acción y la omisión. 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, es decir, como imputación.

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 23º del Código penal 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 13º del Código penal, 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 delitos de mera actividad. 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. 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 física personal del autor, no siendo posible una comisión del delito por omisión.

3. Elementos de la comisión por omisión

El artículo 13º del Código penal 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. 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 13º, inciso 1)

El inciso 1 del artículo 13º del Código penal exige, como primer requisito, que el omitente haya tenido el deber jurídi-

co de impedir la realización del delito o haya creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 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, 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, es decir, 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. 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, 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.

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. 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 funda-

mentalmente clasificatoria y, en muchos casos, 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 fundamento de la posición de garantía, que, por otra parte, llevó a su ampliación desmedida.

La falta de fundamentación 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. 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 de Bonn considera que la imputación penal puede fundamentarse en la infracción de dos clases de competencias: Competencias por organización y competencias institucionales. 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 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). Si atendemos, por ejemplo, a la relación paterno-filial, veremos que la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 4º a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y, en esta misma línea, en su artículo 6º, 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 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 420º del Código Civil peruano) encuentra por la calle a su hijo en una situación de peligro y no hace nada por impe-

dir 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.

B. La equivalencia normativa (artículo 13º, 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. El artículo 13º, inciso 2 del Código penal exige, además, que la omisión se corresponda con la realización del tipo penal mediante un hacer. A esta exigencia se le conoce como la cláusula de correspondencia, sobre la cual 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. Otro sector, siguiendo el planteamiento de GALLAS en la introducción de esta cláusula en la legislación alemana, 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. Por esta razón, algunos autores ca-

lifican a esta exigencia como equivalencia de modalidad. 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.

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 que el tipo penal exige un elemento especial en la acción 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).

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 con fines no sólo pedagógicos, sino también de comprobación en cada caso: Se parte de un garante definido de manera general para determinar finalmente si el delito concreto producido se le puede atribuir penalmente. A partir de estas ideas, pensamos que la cláusula de correspondencia debe entenderse en un sentido general, que exige en la omisión del garante que 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. 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. 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. La imputación es única, pero cabe diferenciar los pasos de este proceso de atribución.

a. La imputación objetiva

A los delitos en comisión por omisión se le deben aplicar plenamente los requisitos de la imputación objetiva. Como una cuestión previa, habría que preguntarse si esta relación de imputación exige, en primer lugar, 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. Apoyada en la cláusula de equivalencia, la doctrina dominante entiende que esta relación de causalidad hipotética resulta necesaria, pues sola-

mente de esta forma podría afirmarse la equivalencia entre la comisión por omisión y la realización activa del tipo penal. 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 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. 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. 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.

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 con 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. 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.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. 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, es decir, 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 de que no exista una vinculación normativa con el resultado, la omisión del garante que crea un riesgo solamente podrá castigarse a título de tentativa.

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. 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 no se exige. 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, conocimiento tanto en la realización activa como en la comisión por omisión.

IV. LA PENA DEL OMITENTE

Según el tenor del artículo 13º del Código penal, 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, pues la acción despliega una mayor fuerza criminal que la omisión. No obstante, desde planteamientos normativos que resultan 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.

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. 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 13º, 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.

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 con-

ductas 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 25º y 13º del Código penal. 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 13º del Código penal 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 responsabi-

lidad 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. En consecuencia, no 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 127º del Código penal). 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 126º del Código penal. Si la generación de la situación previa de peligro se ha llevado a cabo dolosamente, entonces estaremos ante una ingerencia que permite imputarle los resultados producidos en comisión por omisión.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, I, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

JAKOBS, Günther, «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», trad. Peñaranda, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.

Lección 15:
LA ANTIJURIDICIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La categoría de la antijuridicidad constituye el elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal. 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 en un primer momento con criterios formales, por lo que una conducta típica era además antijurídica si contravenía una norma de prohibición o de mandato. Así, mientras 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 presentó, sin embargo, ciertas limitaciones, pues era incapaz de permitir una graduación de la gravedad del injusto. Desde el punto de vista de la infracción de la norma, no resulta posible diferenciar si las infracciones son más o menos graves. Estas limitaciones dieron pie a que la antijuridicidad formal se complemente con una antijuridicidad material, sustentada en el resultado lesivo de la conducta. En este orden de ideas, para que una conducta pudiese considerarse antijurídica resultaba necesario no sólo que constituyese una infracción no permitida de la norma penal, sino que tuviese lugar una lesión al bien jurídico. Si la conducta concreta tenía una escasa entidad de daño, no podía considerarse antijurídica, aun cuando hubiese sido formalmente una infracción de la norma penal.

El fundamento de la antijuridicidad material se mantuvo en el desvalor del resultado 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 consecuencia que el centro de la (des)valoración se ubicase en la acción típica y no únicamente en el resultado.

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. 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. 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. 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.

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. 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. Por esta razón, la doctrina dominante intenta plantear las causas de justificación como un problema fundamentalmente teleológico. Si la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos, 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. 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. 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.

En nuestra opinión, 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. 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. La única particularidad se presenta en la existencia de una situación *especial* de conflicto que daría lugar a un descargo de la imputación al autor.

Para precisar quién resulta competente en las situaciones de conflicto y en qué medida lo es, debemos recurrir a determinados criterios normativos. El punto de partida se encuentra en la consideración de los intervinientes como personas, de manera que, en caso de una situación de conflicto, no cabe una solución arbitraria, ni siquiera cuando recaiga sobre un ciudadano el grado más alto de competencia. De los medios idóneos de los que se dispone siempre tendrá que escogerse el menos lesivo para las personas afectadas.

En un primer nivel de determinación del grado de competencia en las situaciones de conflicto debe atenderse a la idea de la normatividad pura, es decir, una consideración basada únicamente en la titularidad sobre determinados bienes o en la organización de estos bienes. Si un bien atribuido a una persona genera una situación de conflicto por un hecho fortuito o incluso por la conducta de un tercero, su competencia le obliga a tener que tolerar los actos dirigidos a resol-

ver el conflicto hasta la medida de su titularidad respecto del bien en cuestión (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 (por ejemplo, la agresión ilegítima con un cuchillo no autoriza solamente a destruir el cuchillo, sino a afectar al agresor mismo en la medida de lo 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. Por ello, únicamente los casos de una organización responsable (agresión ilegítima) podrían justificarse sólo con una defensa necesaria, ya que el agresor desconoce en estos casos al otro como titular de sus bienes.

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. Debe tenerse en consideración que, en estos casos, el «agresor» no se ha organizado responsablemente, lo que significa que no le comunica al afectado de manera manifiesta el desconocimiento de su personalidad. Para evitar las consecuencias excesivas de un criterio de normatividad pura en estos casos, la determinación del grado de competencia debe recurrir 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.

La solución sobre la base de criterios utilitaristas resulta, sin embargo, incorrecta en el caso de un estado de necesidad agresivo, pues en la medida que ha tenido lugar una organización responsable del que se encuentra en una situación de necesidad sin una intervención del tercero afectado, debería exigirse una plena competencia del primero. No obstante, hay que reconocer que la competencia por el conflicto no se establece sólo a partir de criterios de organización, sino que existen razones institucionales que trasladan la competencia al ámbito del perjudicado por la acción de salvaguarda. 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. Sobre el afectado por una situación de necesidad permanece solamente una competencia por la adecuación de su conducta de salvaguarda.

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 resulta penalmente competente por dicha afectación. Estas causas 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 la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por terceros (culpables o no) o por el propio afectado.

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

La determinación de una causa de justificación requiere tener en cuenta tanto su faceta objetiva como subjetiva. Si

bien cada causa de justificación tiene sus propias particularidades en ambos aspectos del hecho, existen ciertos aspectos comunes que permiten comprender su relevancia en el proceso global de imputación penal. También aquí el descargo de la imputación consiste en una unidad, de manera que un aislamiento de lo objetivo y lo subjetivo no resulta de recibo.

A. *El aspecto objetivo de las causas de justificación*

Si tuviésemos que resumir el aspecto objetivo de las causas de justificación en un único elemento, 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 o si basta sólo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia. Como punto de 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. Sin embargo, resulta pertinente precisar que esta vinculación objetiva existe ya en el caso que el afectado haya generado una apariencia de peligro, de mane-

ra 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).

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, 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). 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.

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación

La exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación resulta altamente controvertida. Un sector de la doctrina considera que la justificación constituye un aspecto esencialmente objetivo, a lo cual se oponen aquellos que, por el contrario, exigen en este nivel que el autor actúe con la finalidad de justificación. 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 conside-

ran que el aspecto subjetivo debe abarcar solamente el conocimiento de la situación de justificación. En nuestra opinión, para poder decidir 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, 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. Por esta razón, consideramos más adecuado el parecer doctrinal que exige el conocimiento (mejor expresado, la imputación del conocimiento) de la situación de justificación. No obstante, debe señalarse que esta imputación 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. 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. En nuestro caso, el artículo 21º del Código Penal hace más viable la solución alcanzada por la doctrina española.

En el aspecto subjetivo de las causas de justificación pueden presentarse igualmente supuestos de error respecto de la existencia de sus elementos objetivos. Estos supuestos de error pueden 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. 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 14º, primer párrafo del Código penal.

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, lo que significa ubicar este supuesto de error en el plano de la culpabilidad. En nuestra opinión, el error sobre el carácter permitido o prohibido del hecho debería ubicarse en el mismo plano que el error de tipo, sin embargo, tal como la indicamos, la regulación expresamente contenida en nuestro Código penal impide esta consideración, por lo que estos errores deberán tratarse como errores de prohibición. En todo caso, esta regla general no impide que en casos especiales, como el caso de los tipos penales con elementos de valoración global, pueda considerarse el error de valoración respecto de una causa de justificación

un error de tipo. La incorporación en el tipo penal del elemento de valoración global permitiría tratar los errores de valoración de una causa de justificación como un error de tipo. Así, en el delito de secuestro, el error sobre una situación de justificación deberá considerarse un error de tipo, por lo que aun en caso de vencibilidad procederá la exención de pena.

En los supuestos de error sobre la causa de justificación se ha presentado en la doctrina penal la discusión sobre la exigencia adicional de un deber de comprobación (*Prüfungspflicht*), que obligaría al beneficiado bajo responsabilidad a verificar la existencia efectiva de una situación justificante. El parecer actualmente dominante se opone a la exigencia de tal deber, en tanto se confundiría la situación de justificación con la constatación de la misma y produciría soluciones insatisfactorias en caso de partícipes con procesos subjetivos de constatación distintos. 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 imputación, el conocimiento de los aspectos relevantes para la evaluación de la situación de conflicto podrá atribuirse al ciudadano sin mayores inconvenientes.

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 no favorecen normalmente un juicio mesurado por parte del autor. Sin embargo, si resulta posible exigir del autor haberse procurado los elementos de juicio para valorar adecuada-

mente la situación de justificación en la situación concreta, una imputación de responsabilidad podrá tener lugar con la atenuación prevista en artículo 14º, segundo párrafo del Código penal.

3. Efectos de las causas de justificación

La determinación de una causa de justificación en un 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 ilegítima. Sobre el afectado por una causa de justificación recaerá un deber de tolerancia, lo que le impedirá responder legítimamente frente a la restricción de derechos que supone la actuación justificada. 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. 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.

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 solamente puede imponerse si es que el hecho del inimputable peligroso constituye una conducta típica y antijurídica. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo correcta, pues el fundamento de dichas medidas se encuentra en la peligrosidad objetiva que es 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.

Se ha señalado también que la justificación de una conducta levanta el deber de indemnizar por el daño producido. 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. De este modo, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar su integridad física, 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 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.

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. Como puede verse, 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 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. Si bien el acto de defensa constituye una agresión a una persona, el defensor no está obligado a reconocer al agresor como ciudadano, pues la agresión ilegítima de este último implicó una negación de las relaciones de mutuo reconocimiento como ciudadanos.

B. Requisitos

Los requisitos de la legítima defensa se ordenan en función de los actos de organización que se presentan en esta causa de justificación. En cuanto al acto de organización del agresor, se exige que éste sea ilegítimo y que no exista una provocación suficiente que de lugar a dicha agresión. En cuanto al acto de defensa, se requiere que los medios empleados sean racionales para impedir o repeler la agresión.

a. La agresión ilegítima

La agresión consiste en la amenaza de un bien jurídico por parte de una conducta humana, de manera que no podrá calificar de agresión el ataque de animales (salvo que sea azuzado por el dueño, en cuyo caso la agresión será la conducta del dueño) o los sucesos naturales que no constituyan una acción humana. No hay impedimento para que la agresión se realice también mediante una omisión, siempre que ésta sea penalmente relevante, 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 actual, es decir, que sea inminente, que esté teniendo lugar o que prosiga.

El acto de organización del agresor debe ser ilegítimo, tal como se desprende del tenor del artículo 20º, inciso 3, literal a) del Código penal. La exigencia del carácter ilegítimo de la agresión significa que la agresión debe ser antijurídica. 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. A partir de esta consideración, no podrán 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 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.

La doctrina dominante limita la legítima defensa a la agresión que recae sobre bienes jurídicos individuales. Sin embargo, no existe una razón de fondo para excluir los bienes jurídicos supraindividuales. 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. En el caso de intereses estatales, el particular podría ejercer una legítima defensa a favor de los intereses del Estado, en la medida que, tal como lo dispone el artículo 20º, inciso 3 del Código penal, la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros. Un tercero puede actuar en legítima defensa de intereses ajenos 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, sin embargo, exige que en estos casos se cuente cuando menos con el consentimiento del agredido. En nuestra 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.

b. La falta de provocación suficiente

El carácter ilegítimo de la agresión puede levantarse si es que ha existido una provocación suficiente por parte del defensor que le traslade la competencia por la agresión. En efecto, el artículo 20º, inciso 3, literal c) del Código penal dispone que solamente habrá una legítima defensa si es que no ha tenido lugar una provocación suficiente de quien hace la defensa. El punto de discusión respecto de este requisito de la falta de provocación es su suficiencia. No hay mayor problema para aceptar la suficiencia cuando la provocación

constituye una agresión ilegítima frente a la que se responde de manera jurídicamente permitida. La discusión se presenta, más bien, respecto de si también es suficiente la provocación que simplemente motiva un ataque, como sería el caso de los insultos o las burlas injustificadas. En principio, este tipo de provocación no resulta suficiente para justificar una agresión física, 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.

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. En efecto, tal como lo dispone el artículo 20º, inciso 3, literal b) del Código penal, constituye un requisito de la legítima defensa la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Para determinar dicha racionalidad 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. Es importante tener en cuenta que la racionalidad del medio de defensa puede sufrir ciertas restricciones en el caso de vinculaciones institucionales. En este orden de ideas, la agresión proveniente de una esposa, por ejemplo, podría imponer al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima.

Un aspecto que debe quedar claramente definido es que la racionalidad de los medios de defensa no debe entenderse como una relación de proporcionalidad entre estos medios y los empleados por el agresor, sino que la racionalidad del

medio impone la elección del 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 Nº 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.

C. *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 dicha pena como lo dispone el artículo 21º del Código penal. 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 hasta límites inferiores al mínimo legal.

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 20º, inciso 4) y el estado de necesidad en el que se preserva la vida, la integridad física o la liber-

tad (artículo 20º, inciso 5). 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). A partir de esta distinción sistemática, sólo 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 un tercero al que se le puede atribuir la creación de ese peligro. 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, sino que comparte, más bien, la estructura de la legítima defensa. 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 conse-

cuencia, 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.

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 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 que este supuesto de justificación no debe ordenarse únicamente en función del criterio de la normatividad pura. 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. 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. 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, frente a la cual tampoco les corresponde un deber de soportar el peligro. Sin embargo, la preponderancia del bien jurí-

dico 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.

B. Requisitos

Los requisitos del estado de necesidad justificante se desprenden de lo establecido en el artículo 20º, inciso 4 del Código penal. 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. 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. 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. 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. ej. llamando a la autoridad).

La situación de peligro para los bienes jurídicos puede ser tanto para bienes jurídicos propios como ajenos. Así se desprende del propio texto legal en donde se indica que el estado de necesidad procede para conjurar peligros «sobre sí o de otro». En el caso del estado de necesidad justificante respecto de bienes jurídicos de terceros se ha discutido si es necesario el consentimiento del beneficiado por la acción de salvamento. Un sector de la doctrina penal ha sostenido que como el estado de necesidad no se guía por el principio de protección individual, no se requiere del consentimiento del tercero, de manera que el ordenamiento jurídico siempre admitirá un estado de necesidad si lo que se mantiene es preponderante sobre lo que se sacrifica. Por nuestra parte, creemos que estos supuestos deben ajustarse a las reglas del consentimiento presunto, en donde el que preserva el bien jurídico asume que el titular del bien jurídico estará de acuerdo con su preservación. No obstante, la situación se torna compleja cuando el titular del bien jurídico manifiesta de forma expresa que tolera la realización de peligro actual (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, 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 20º, inciso 10 del Código penal, 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, lo que significa que solamente se podrá admitir una situación de peligro cuando existe un peligro concreto de afectación del bien jurídico. La actualidad del peligro, sin embargo, no significa la inminencia de la lesión, 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 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. Para establecer la existencia del peligro, la doctrina penal recurre a un juicio de peligrosidad *ex ante* (antes del hecho). Esta afirmación sería completamente correcta si bastase un peligro abstracto para admitir un estado de necesidad, lo que, 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. Por un argumento *a majore ad minus*, cabrá igualmente un estado de necesidad en caso que exista no un peligro, sino una 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. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20º, inciso 4 cuando señala que el peligro «no pueda superarse de otro modo». La necesidad del alejamiento del peligro no debe entenderse como ausencia de otras alternativas de solución del conflicto, sino como la elección de una alternativa de acción idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado. Para determinar la idoneidad de la alternativa de acción resulta necesario tener como referencia el resultado de alejamiento del peligro, aunque debe quedar claro que no resulta necesario que efectivamente se logre preservar el bien jurídico amenazado. Así, el hecho de que el herido que es llevado en auto al hospital por una persona 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.

c. La preponderancia del interés protegido

Otro de los requisitos esenciales del estado de necesidad es la preponderancia del interés protegido, como se desprende del artículo 20º, inciso 4, literal a) del Código penal. En principio debe señalarse que, en este punto, existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesario una ponderación global de los intereses, otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto. Por nuestra parte, nos inclinamos por la segunda propuesta de interpretación, en tanto

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. En consecuencia, la preponderancia de lo preservado debe establecerse según la comparación de los concretos bienes jurídicos en conflicto, aunque esta afirmación no debe llevar a entender que simplemente basta una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos para determinar cuál resulta preponderante, sino que, tal como lo establece expresamente la regulación penal, se requiere tener en cuenta también la intensidad del peligro que los amenaza. No obstante, debe quedar claro que el juicio de preponderancia siempre se debe realizar entre los bienes jurídicos en conflicto.

Para determinar la mayor jerarquía del bien jurídico preservado, algunos recurren a los marcos penales abstractos de las conductas punibles que afectan los bienes en conflicto. Este procedimiento es poco idóneo 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 homicidio con el previsto para los casos de robo agravado o secuestro). Por esta razón, conviene recurrir a criterios materiales de jerarquización de los bienes jurídicos, como los indicados por ROXIN. Dentro de estos criterios 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.

Como ya se ha dicho, 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. 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. 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.

Para el juicio de preponderancia, resulta pertinente diferenciar el estado de necesidad defensivo del 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, tiene una competencia preferente que se sustenta en el hecho de que el riesgo sale de su esfera de organización. 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 de mayor jerarquía.

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 20º, inciso 4, literal b) del Código penal. 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. 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. Finalmente, una línea de interpretación le atribuye a la cláusula de adecuación la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio. 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. En este sentido, una conducta que busca eliminar o paliar una situación de necesidad no podrá aceptarse si 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 que no se respeta 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 una extracción forzosa de sangre para salvar la vida de una persona, robar 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.

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 en 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», de manera que no cabría alegar un estado de necesidad justificante por parte de quien ha provocado su propia situación de necesidad. La doctrina penal no coincide con este parecer, de manera que una situación de necesidad se apreciará incluso en el caso en el que titular del bien preservado ha creado la situación de riesgo para sus bienes jurídicos. Así, por ejemplo, se dice que cabe aceptar un estado necesidad en el caso del montañista que, pese a las recomendaciones de los pobladores del lugar, decide subir un monte y luego se mete indebidamente en una cabaña para guarecerse de una helada, o del suicida que se tira al mar y luego se arrepiente e intenta subir a un barco privado, o el que causa un accidente y huye para no ser linchado. Esta conclusión parece incuestionable en el que caso de bienes jurídicos indisponibles, en donde la protección penal no puede desaparecer ni siquiera ante la provocación de la situación de necesidad por parte del necesitado. La situación podría cambiar en el caso que una persona se ponga dolosamente en situación de necesi-

dad con la finalidad de lesionar un bien jurídico ajeno y eludir la responsabilidad penal alegando una situación de necesidad. En estos casos, la realización de una conducta de elusión a la ley penal no podrá generar los efectos justificativos del estado de necesidad, por lo cual responderá por el daño causado, aun cuando con ello se haya preservado un bien jurídico propio de mayor jerarquía.

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. 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». 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. La única particularidad de las causas de justificación se 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 20º, inciso 8 del Código penal. Las razones por las que el ordenamiento jurídico dispone 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 intereses particulares o puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de ingerencia 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 20º, inciso 8 del Código penal, 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).

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. Si el titular del derecho se ha mantenido dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho, 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, 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 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 920º y 1123º, 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. 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 al poseedor de un bien mueble que se extiende incluso a supuestos en los que no hay actualidad de la agresión.

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. Pese a que los términos «car-

go» y «oficio» pueden interpretarse en un sentido amplio que abarquen las actividades privadas (ejercicio profesional), 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 de acuerdo con 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. 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, 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. Mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber, su conducta 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 lavado de dinero.

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 Nº 982. Mediante esta ley de reforma del Código penal se incorporó una causa específica de exclusión de la responsabilidad penal, según 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 20º, inciso 11 del Código penal). 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.

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. El caso 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, 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 manifesta-

ción. En primer lugar, puede ser que los deberes en colisión tengan la misma jerarquía, 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 basándose 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. ej. 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. Por estas consideraciones, el fundamento legal del efecto justificante de la colisión de deberes tendrá que encontrarse en el artículo 20º, inciso 8 del Código penal 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 (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. Como consecuencia de esta solución, queda claro que en estos casos el incumplimiento del deber de salvamento solamente quedará justificado si se ha cumplido con el deber más importante. Lo que no podría estar justificado es el incumplimiento del deber de mayor jerarquía por cumplir con el deber de menor jerarquía.

4. Obediencia debida

A. Fundamento

El artículo 20º, inciso 9 del Código penal establece que quedará exento de responsabilidad penal el que actúa por una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Queda claro que la orden debe ser antijurídica, pues de lo contrario no nos plantearíamos una situación de justificación por parte de la actuación del subordinado. 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 respecto del subordinado. Si asumimos plenamente el principio de autoridad, no cabrá margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica. La situación cambia si se vincula la obligatoriedad de la orden con su legalidad o juridicidad, de manera que a una orden que se aprecie como injusta no se le

debe obediencia. En los Estados de Derecho se sigue indudablemente esta última interpretación para decidir la obligatoriedad de las órdenes expedidas por la autoridad. En nuestro país, por ejemplo, el artículo 36º, 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.

El que se recurra a la apariencia de legalidad para decidir la obligatoriedad de la orden injusta ha planteado la cuestión de si no se trata, más bien, de un supuesto de error (de tipo o de prohibición), antes que de una causa de justificación. En nuestra opinión, no se trata de un tema de error, pues lo que se analiza no es la orden, sino el cumplimiento de la orden. En este sentido, puede ser que la orden sea objetivamente injusta, pero no lo es su cumplimiento por parte del subordinado. Esta afirmación no excluye, sin embargo, que la ejecución de la orden permita sustentar una imputación penal contra el que la expidió, en la medida que pueda sustentarse una autoría mediata con un instrumento que actúa justificado.

Para determinar la obligatoriedad de la orden injusta será de vital importancia el margen de evaluación que tiene el que ejecuta la orden impartida. Si bien existe cierta relación de subordinación entre la autoridad que emite la orden y el que la ejecuta, esta situación no le impide al receptor de la orden evaluar su legalidad. Está claro que no se le exige un análisis detenido de la juridicidad de la orden, pues de hacerlo se rompería la confianza necesaria para la distribución del trabajo en estructuras jerárquicas. En este sentido, solamente quedará excluida la admisión de una obediencia debida cuando la orden sea manifiestamente antijurídica. Si pese al carácter manifiestamente antijurídico de la orden

el subordinado la cumple por miedo o por otros motivos, lo único que podría alegarse sería una situación de necesidad, en la medida que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mayor. 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.

B. Requisitos

Del propio tenor del artículo 20º, inciso 9 del Código penal 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.

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. Así, por ejemplo, una orden de detención solamente puede ser emitida por un juez, no siendo posible que la policía, por ejemplo, se ampare en la orden de una autoridad distinta. La creencia errónea de que la autoridad que expidió la orden era competente no configura un supuesto de obediencia debida, aunque dicho error pueda tratarse como un error de prohibición (indirecto) que excluiría de responsabilidad penal al ejecutante de la orden en caso dicho error sea invencible.

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 que quiere decir no sólo que la expida en su calidad de autoridad competente, sino también de acuerdo con 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, pero que sólo son obligatorias si se presentan con apariencia de legalidad. Si bien la orden es injusta en su contenido, lo que no lo es, es el cumplimiento conforme a derecho de esa orden injusta por parte del subordinado. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ARMAZA GALDÓS, Julio, «Estado agresivo y defensivo de necesidad», en *Anuario de Derecho penal*, Lima, Nº 3.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y COBO DEL ROSAL, Manuel, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «La obediencia debida: Consideraciones dogmáticas y político-criminales», en *Nuevo Foro Penal*, Nº 53, Medellín, 1991.

Lección 16:
CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, después del injusto penal. Este parecer actualmente dominante no ha sido siempre así, pues ya en el sistema de imputación de los hegelianos se entendió la culpabilidad como capacidad de imputación, 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. 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. 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, 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 que ésta deba verificarse a partir de un hecho antijurídico previamente determinado como tal.

Debe quedar claro que la culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto, pues toda imputación penal establece necesariamente una vinculación entre el hecho y el autor. Una determinación del injusto con criterios puramente naturalistas u objetivistas resultaría francamente vana si no se tiene en cuenta al sujeto de la imputación. Esta vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación, aunque debemos señalar que la asunción de tal premisa nos lleva obligadamente a dotar a la culpabilidad de un contenido que no se corresponde con el tradicional. En la culpabilidad sólo deben tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal, es decir, la posibilidad de atribuir a una persona el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho a nivel del injusto penal, de manera que pueda afirmarse de forma definitiva la imputación penal.

II. EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

1. La evolución de la categoría de la culpabilidad

En la medida que la categoría de la culpabilidad constituye un juicio sobre 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 per-

sona o asumir presupuestos antropológicos distintos sin mostrar luego deficiencias o caer en contradicciones en el desarrollo de esta categoría del delito. 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. Con el desarrollo racional de los criterios de determinación de la responsabilidad se centró la atención en la persona como sujeto de la imputación, basando la propia lógica de la imputación en su esencia moral. En la concepción del delito de los penalistas hegelianos puede apreciarse precisamente cómo la culpabilidad del autor encontraba sustento precisamente en una imputación moral.

La aparición en escena del positivismo en la dogmática penal apenas iniciado el siglo XX trajo consigo el abandono del concepto de persona como ente moral y su sustitución por una visión empírica orientada a sus manifestaciones externas. En este orden de ideas, la culpabilidad se configuró como una simple vinculación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado lesivo, dando lugar a lo que vino a llamarse el concepto psicológico de culpabilidad. La propuesta psicológica presentó pronto ciertas deficiencias. Posiblemente las más relevantes fueron la imposibilidad de abarcar los casos de culpa inconsciente en donde no era posible encontrar una vinculación psicológica entre el autor y el resultado, así como los supuestos de necesidad exculpante en donde el que actuaba para preservar bienes jurídicos personalísimos lo hacía en plena vinculación psicológica con el resultado lesivo. Esta situación trajo consigo la necesidad de reformular la categoría de la culpabilidad de cara a poder abarcar los supuestos que no se explicaban en la lógica psicologista.

El concepto normativo de culpabilidad dejó de lado el criterio de la vinculación psicológica, sustituyéndolo por uno normativo sustentado en la reprochabilidad (FRANK). En esta línea de cariz normativo, se enmarcó también la propuesta de FREUDENTHAL de ordenar los casos de estado de necesidad exculpante o de miedo insuperable con el criterio de la inexigibilidad de otra conducta. Esta nueva perspectiva de la culpabilidad implicó indudablemente una concepción de la persona de base ética que trascendía a su constitución empírica. No obstante, hay que indicar que dicho cambio de perspectiva no trajo consigo el abandono de la visión psicológica de la persona, sino que se complementó dicha visión con la naturaleza ética de la persona fundamentada en el libre albedrío. El posterior cuestionamiento al libre albedrío por la imposibilidad de su demostración empírica no produjo 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 es el caso de la culpabilidad por el carácter propuesta por ENGISCH.

El abandono de la comprensión psicológica de la persona se produce propiamente con el finalismo, en la medida que esta línea de pensamiento vinculó la categoría de la culpabilidad con la estructura lógico-objetiva del «poder actuar de otro modo». De esta manera, se partió de una comprensión ontológica de la persona para determinar el contenido de la culpabilidad jurídico-penal como un juicio de reproche por no haber actuado de un modo distinto. No cabe duda que en esta visión de la culpabilidad la libertad de la persona vuelve a ser el fundamento de esta categoría del delito, pero debe quedar claro que no se la toma como un dato empírico que debe comprobarse, sino como una estructura ontológica propia de la actuación de las personas que vincula al sistema penal una vez que la asume.

El entendimiento de la culpabilidad en las últimas décadas ha abandonado la visión ontológica de la persona, recurriendo, más bien, 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. Así, por ejemplo, ROXIN asume que la libertad es fundamentalmente una atribución social con independencia de si realmente existe o no, e incluso desarrolla dentro de la culpabilidad una nueva categoría que se encuentra informada por la necesidad social de pena (la llamada responsabilidad). 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. Persona solamente puede ser aquél que puede realizar comunicaciones en el sistema social y, en concreto, en el Derecho penal. 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. 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. Toma de posición

A. El concepto de persona

Consideramos que la concepción de JAKOBS acierta al definir a la persona en un contexto social, pero esta aceptación no quiere decir que la persona constituya un simple constructo determinado por las necesidades del sistema social. 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). 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. La calidad de persona le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano, por lo que puede decirse que la naturaleza posee, en este sentido, fuerza normativa.

La referida incondicionalidad del reconocimiento social de la persona no alcanza, sin embargo, a la manera cómo se expresa históricamente. Dado que tal reconocimiento 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. Pero esto no quiere decir 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.

Para poder sustentar nuestras afirmaciones, resulta obligado señalar 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. Desde esta perspectiva, a ningún ser humano se le puede negar socialmente el estatus de persona derivado de la dignidad humana absoluta. Frente a la dignidad absoluta, está 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 atribución de sentido a las actuaciones de la persona debe tener en consideración su individualidad y sociabilidad. La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocer la capacidad de expresar esta libertad hacia el mundo exterior mediante acciones. Como puede verse, nuestra comprensión de la imputación personal se inclina a resolver la eterna disputa filosófica entre determinismo e indeterminismo a favor del segundo, pero ciertamente sin asumir que es posible comprobar empíricamente la existencia de la libertad de actuación, sino mediante su configuración como un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona. No compartimos por ello las interpretaciones deterministas construidas sobre la base de la imposibilidad de comprobación empírica del libre albedrío, así como tampoco las posturas agnósticas que formulan la libertad como un aspecto puramente sociológico, es decir, como una eventual atribución social desprendida de todo tipo de referencia antropológica. Si bien coincidimos con estas últimas en 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 condicionalidades sociales, sino por su finalidad: la realización individual en sociedad. Para poder individualizar la realización de la persona en sociedad, resulta indispensable la libertad.

La sola individualidad de la persona no basta para determinar su actuación práctica, sino que resulta necesario considerar la sociabilidad, la cual dota a su actuación de un sentido comunicativo específico. Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social. 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 mantenimiento o desarrollo del orden social, es decir, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable. Esta responsabilidad de la persona constituye un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra. 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 o incluso a algo (animales, cosas o espíritus) un determinado resultado. La responsabilidad está necesariamente ligada al ejercicio de la libertad personal frente a los demás, aunque la forma de responder requiera evidentemente contextualizar socialmente la actuación de la persona.

B. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal

La culpabilidad jurídico-penal debe construirse sobre la base de la individualidad y la sociabilidad de la persona.

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. En la actualidad la doctrina penal renuncia cada vez más a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad. Pero hay que precisar que sin la atribución de libertad no es posible fundamentar la imputación de un hecho a la persona como propio. En tanto se trata de una sociedad de personas, la culpabilidad sólo puede tener sentido considerando la individualidad de la persona, es decir, su capacidad de manifestar libertad en sus actuaciones.

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 de acuerdo con 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 realizarse solamente con la capacidad de la persona de poder manifestar libertad en sus actuaciones, sino que requiere además la presencia de responsabilidad, lo que quiere decir que el sistema social necesita, para el mantenimiento de su identidad, *responder* ante el sentido expresado por la persona: Negación del orden social. 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.

La individualidad y la sociabilidad necesarias para poder recibir 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. En este sentido, la culpabilidad jurídico-penal implica 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. Por lo tanto, la culpabilidad jurídico-penal en un sentido material estará configurada por la falta de fidelidad al Derecho del ciudadano, puesta de manifiesta por la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos.

III. 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. Si bien hay razones que permitirían cuestionar la inclusión y/o el alcance de alguno de estos elementos de la culpabilidad, no vamos a entrar en dicha discusión, la cual puede tener lugar en otro lugar. De lo que se trata en estas lecciones referidas a la teoría del delito es dar una idea general sobre los elementos constitutivos de la culpabilidad comúnmente aceptados, sin renunciar, claro está, a plantear como parte de la discusión natural de las ideas una configuración distinta de la culpabilidad.

1. La imputabilidad

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de poder recibir imputaciones penales. En nuestro sistema penal, esta capacidad empieza a partir de los 18 años, siendo restringida hasta los 21 años y luego cuando se tiene más de 65 años, según lo establecido en el artículo 22º del Código penal. Pero, por otra parte, no basta con ser mayor de edad para poder recibir imputaciones penales, sino que es necesario que la persona esté en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, de manera que no sólo pueda percibir adecuadamente la realidad, sino también comprender el orden social y determinarse de acuerdo con 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 un nivel óptimo, ni tampoco que esta situación sea permanente. Para la imputabilidad penal resulta solamente necesario que el autor cuente con las capacidades de percepción, de comprensión y de determinación que le permitan evitar la realización del injusto penal, de manera que la merma en alguna de estas capacidades que no le impidan aún actuar conforme a Derecho, no excluyen la imputabilidad penal, aunque podrían ser consideradas a efectos de disminuir la culpabilidad. Por otro lado, la existencia de momentos en los que se pierde alguna de estas capacidades no debería afectar la imputabilidad frente a un injusto realizado en un momento en el que se contaba con dichas capacidades. En el momento en el que la persona actuó era propiamente un sujeto imputable.

2. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho

A. *Ubicación sistemática*

Dentro de la categoría de la culpabilidad se incluye usualmente el llamado conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Como ya lo indicamos, no compartimos de *lege ferenda* esta ordenación del conocimiento relevante para el delito, en tanto la imputación subjetiva que se requiere para configurar el injusto no debe limitarse al conocimiento de la realización natural de un suceso, sino que debe incluir también el conocimiento de su carácter socialmente perturbador. En este sentido, la ubicación sistemática de esta exigencia de conocimiento debería tener lugar en el injusto penal y no en la culpabilidad. Sin embargo, la regulación positiva sobre el error obliga, salvo los casos en los que el concreto tipo penal permite una interpretación divergente (por ejemplo, por elementos normativos o por elementos de valoración global), a una partición del conocimiento, dejando el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en el ámbito de la culpabilidad.

B. *Determinación del conocimiento*

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 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 concien-

cia de pensamiento objetivo o la teoría de la configuración. Otro sector de la doctrina fue mucho más claro al requerir solamente la potencialidad del conocimiento del injusto. 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.

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. 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. 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.

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. Sin embargo, consideramos que la imputación del conocimiento no opera por vía de excepción como se propuso en estos 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 carác-

ter 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 atendiendo a sus circunstancias personales.

C. Niveles de la imputación del conocimiento

Si entramos en la mecánica del proceso de imputación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho, podrá diferenciarse dos niveles. En primer lugar, es necesario imputarle al autor el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal, pues sin este referente objetivo no podría evaluar si su hecho es antijurídico o no. En segundo lugar, se requiere imputarle al autor el conocimiento de que su actuación concreta va en contra del ordenamiento penal previamente conocido. En este orden de ideas, la determinación del conocimiento del autor sobre el carácter antijurídico de su hecho exige dos imputaciones: Una general respecto del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal y otra específica respecto del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta concretamente realizada.

a. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

Para determinar el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal no se necesita de teorías epistemológicas ni psicológicas, sino que la determinación de este conocimiento se hace a través de una imputación. Si se aprecia detenidamente, podrá comprobarse con facilidad que los tribunales no

verifican si el procesado tuvo efectivamente, o pudo tener, el conocimiento de las normas penales infringidas, sino que, sobre la base de ciertos criterios normativos, se le atribuye dicho conocimiento. Aquí cobra especial relevancia el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*), aunque debe precisarse que no se trata de una imputación general de conocimiento a todas las personas, sino que se requiere de un presupuesto normativo: Debe tratarse de una persona integrada en la sociedad como ciudadano.

En la doctrina penal se ha discutido si la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal debe considerarse un aspecto de la imputabilidad o si se trata de un aspecto del conocimiento del carácter antijurídico del hecho. 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 15º del Código penal (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 del carácter antijurídico del hecho.

El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal no debe entenderse como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídico-penales, pues queda claro que conocer toda la legislación penal resulta una exigencia de imposible cumplimiento. En este sentido, el conocimien-

to del orden jurídico-penal debe entenderse como una imputación del conocimiento de prohibiciones que están referidas a la preservación 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, 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. Esta afirmación 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, 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 siempre se le puede imputar el conocimiento (material) de la normativa penal,

pues el conocimiento de las reglas básicas de interactuación es una condición para su integración en sociedad. Esta imputación solamente puede decaer en el plano abstracto si, a nivel de la normativa penal, 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. En estos casos, es el propio sistema penal el que debe cargar con su complejidad, de manera 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 legislativas se presentan en el ámbito del llamado Derecho penal accesorio.

b. El conocimiento de que el hecho realizado es antijurídico

El conocimiento del carácter antijurídico del hecho no se queda en la realización de un delito con el conocimiento del ordenamiento jurídico-penal. Es necesario, además, que el autor aprecie que su conducta concreta va en contra de la normatividad penal. En este sentido, la imputación del conocimiento no puede quedarse en la idea abstracta de ciudadano que conoce las leyes penales, pues, de ser así, casi siempre se afirmaría el conocimiento del carácter prohibido del hecho. Para imputar este conocimiento, es necesario determinar si cabe imputar al autor el conocimiento de que su hecho concreto constituye una infracción del ordenamiento jurídico-penal.

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 impu-

tación 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. 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. Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder al conocimiento de la relevancia jurídico-penal de su hecho, podrá imputársele tal conocimiento.

D. Objeto del conocimiento

Como lo ha señalado correctamente H. SCHÜNEMANN, resulta necesario no sólo responder al «cómo» se determina el conocimiento del injusto, sino también al «qué» de tal conocimiento. En efecto, hasta ahora nos hemos dedicado sólo a precisar que el conocimiento del carácter prohibido debe imputarse al autor y la manera cómo se lleva a cabo esta imputación, pero no se ha determinado el contenido de la imputación, es decir, qué tipo de conocimiento debe imputarse al autor para poder afirmar penalmente que ha tenido conocimiento del carácter prohibido de su hecho.

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 la 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. En el otro

extremo se presenta una visión general del conocimiento de la antijuridicidad del hecho que abarca únicamente el conocimiento de una violación del orden moral o social. 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. 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. Otro sector de la doctrina da incluso un paso más en esta dirección y exige, además, un conocimiento de la punibilidad concreta del hecho. En el sentido opuesto discurre el parecer que requiere únicamente el conocimiento del injusto material como dañosidad social de la acción. 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.

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, 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. 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.

E. La duda sobre el carácter prohibido del hecho

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. 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, de acuerdo con el principio del *in dubio pro reo.*

El conocimiento del carácter prohibido del hecho se determina según 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. 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. 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.

F. El conocimiento del carácter prohibido del hecho en los delitos culposos

En la doctrina penal se ha discutido sobre la posibilidad de exigir en los delitos culposos un conocimiento del carácter prohibido del hecho, sobre todo en los casos de culpa inconsciente. Si partimos de la idea de que el juez verifica los conocimientos psicológicos del autor, resultará lógico rechazar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en la culpa inconsciente. 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 lo venimos afirmando reiteradamente, la parte subjetiva de la imputación penal no consiste en una verificación de lo subjetivo, sino una imputación de conocimiento, de manera 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 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 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. No obstante, queda claro que no es la verificación de esta situación interna la que permite afirmar la exigibilidad de otra conducta, 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 al autor un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico como alternativa de comportamiento.

IV. 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 personal del injusto penal. Así, hablaremos primero de los casos de inimputabilidad, luego del error del 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 imputa-

ción penal. Los supuestos de esta causa de exclusión de la culpabilidad se ordenan en dos 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 como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social (artículo 20º, inciso 2 del Código penal). Debe quedar 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. Mientras no se tenga la mayoría de edad, no hay manera de sustentar la imputación penal.

La incompetencia para negar el orden jurídico 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 o actuar de acuerdo con dicha comprensión. 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 exclusión de la culpabilidad en el artículo 20º, inciso 1, mencionando expresamente los siguientes casos:

- *La anomalía psíquica*: Se trata de los casos en los que la persona padece serios trastornos mentales originados por causas corporales-orgánicas de carácter patológico. Podrían mencionarse, por ejemplo, las psicosis exógenas (traumáticas, por intoxicación, por infección) o las endógenas (esquizofrenia, ciclotomía), así como los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral como la artereoesclerosis o la atrofia cerebral.

- *La grave alteración de la conciencia*: Aquí se agrupan los casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad. Se trata de supuestos que no tienen un origen patológico, sino que se presentan respecto de personas psicológicamente normales. Cabría mencionar, por ejemplo, los trastornos producidos por el consumo de alcohol, los debidos al agotamiento, la fatiga, el pánico, las acciones bajo hipnosis, los estados posthipnóticos, así como determinadas formas de estado pasional.

- *Las alteraciones de la percepción*: Por alteraciones de la percepción deben entenderse los defectos físicos que impiden una adecuada representación de la realidad. Como defectos físicos pueden mencionarse, por ejemplo, los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos. Las alteraciones de la percepción que tienen su origen en trastornos psíquicos se pueden incluir en los dos supuestos anteriormente mencionados.

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 de acuerdo con esta percepción. 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, 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 capacidad de comprender el carácter

antijurídico de su hecho o la capacidad de determinarse según dicha comprensión. La determinación de esta condición de la imputación penal en cada caso permite que se considere posible incluso atenuar la pena cuando se da el estado de anormalidad, pero no se excluyen totalmente las capacidades antes mencionadas.

2. El error de prohibición

El error de prohibición tiene lugar cuando no es posible imputar al autor el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En estos casos, se le atribuye el conocimiento por percepción sensorial y la valoración individual de cada uno de los elementos del tipo, pero no la valoración global de su hecho como prohibido. 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 14º, segundo párrafo del Código penal.

A. La vencibilidad del error

En lo que respecta al criterio para precisar la vencibilidad del error de prohibición, 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. Frente a este parecer, se opone aquél que entiende que la conciencia no juega ningún papel en la vencibilidad del error, de manera que ésta sólo puede configurarse basándose en deberes de informarse. Una tercera línea de interpretación recurre a la partición del Derecho penal en esencial y no esencial, de manera que mantiene el criterio de la conciencia en el primer ámbito e impone deberes de informarse para el segundo ámbito. 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 ámbitos como el Derecho penal económico, en donde resulta difícil que un sujeto aislado pueda determinar por sí sólo el carácter penal de su comportamiento, la vencibilidad del error sólo podría ampararse en deberes de informarse.

El deber de informarse sobre la relevancia jurídica de sus actuaciones se impone a los sujetos que entran en ámbitos especializados. En este sentido, es la participación en estos ámbitos específicos lo que genera este deber de informarse 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. Un estado interno no puede tener por sí mismo fuerza normativa, sino el dato objetivo de la participación en un sector que requiere de conocimientos especializados. 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. Los deberes de informarse surgen por la realización de actividades en sectores especializados, 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. Este deber tampoco podría constituir un deber jurídico-penal autónomo, ya que configuraría el hecho prohibido con su sola infracción, lo que, por otra parte, necesitaría de una tipificación expresa para poder vincularle consecuencias jurídico-penales. Por estas razones, los deberes de informarse deben entenderse sólo como expresión de las competencias de conocimiento atribuidas al sujeto, 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 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.

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. 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, la imposición de una sanción penal aunque atenuada.

B. La ceguera ante el Derecho

En la doctrina penal se distingue la llamada ceguera jurídica de la ceguera fáctica. Esta distinción se corresponde con los niveles del dolo, por un lado, y el conocimiento del carácter antijurídico del hecho, por el otro, que se manejan todavía dominantemente en la teoría del error. Una situación de ceguera ante el Derecho tiene lugar cuando el autor no ha procesado por indiferencia la información que normativamente posee para evaluar el sentido de su actuación, lo cual le impide poder distinguir la relevancia penal de su hecho al momento de actuar. 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 su carácter prohibido. 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 por fundamentar un castigo en el caso de los supuestos de ceguera o indiferencia ante el Derecho se encuentran presentes ya en los autores que incluían el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en el dolo, quienes lo plantearon como una excepción a la regla general de la necesidad de un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho. No obstante, su punto de partida psicologicista se mostró, a todas luces, incompatible con la punición de estos supuestos de excepción, más aún si no se desarrolló un argumento con el cual sustentar este tratamiento excepcional. En la actualidad, en la medida que la determinación del carácter prohibido del hecho ha dejado de lado criterios puramente psicológicos y se orienta ahora hacia con-

sideraciones normativas, se han abierto nuevas posibilidades para fundamentar el 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, aunque debe reconocerse que no se termina de dejar de lado la base psicologicista del dolo.

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 el autor 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 autor 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. Mientras el autor 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 (atenuada). En nuestra opinión, siguiendo la línea de argumentación abierta por JAKOBS, la indiferencia deja el plano de lo atenuado y entra a configurar plenamente el delito doloso cuando el autor indiferente frente a

su conducta lesiva se guarda de riesgos que puedan poner en juego sus propios intereses.

C. 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.

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, de manera que no puede conocer el carácter antijurídico de su hecho. 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 bajo la creencia errónea de que su actuación se ajusta a los estándares de permisión penal. Para saber si esta situación de error exonera de responsabilidad o solamente la atenúa, habrá que determinar si el error fue vencible o no.

b. Error de prohibición indirecto

El error de prohibición indirecto tiene lugar respecto de la existencia o los límites de una causa de justificación. 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 se presenta un supuesto especialmente discutido. Se trata del error sobre los llamados 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. Así, si una persona asume incorrectamente que otra persona que se le acerca va a agredirlo y procede a lesionarlo con la finalidad de defenderse, habrá actuado en una situación de error. El punto de discusión se presenta respecto de qué tipo de error se trata. Los que defienden la llamada teoría estricta de la culpabilidad sostienen que se trata de un error de prohibición. Esta solución resulta, sin embargo, 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, un sector de la doctrina ofrece 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. Por nuestra comprensión del dolo, está claro que coincidimos con este último parecer.

c. El error de validez

El error de validez se presenta cuando el autor conoce el carácter prohibido de la conducta, pero considera que la ley penal que la prohíbe no está vigente. 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 ilegí-

tima 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, 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 de acuerdo con 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 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. Esta forma de error de prohibición se encuentra regulada de manera diferenciada en el artículo 15º del Código penal, lo que podría llevar a la conclusión de que se trata de un supuesto de error distinto al error de prohibición regulado en el segundo párrafo del artículo 14º del Código penal. No obstante, si se observa detenidamente su estructura, podrá apreciarse que se trata de un error de prohibición directo con la particularidad de que el desconocimiento tiene su origen en la cultura o costumbres del autor.

Podría cuestionarse que si el error culturalmente condicionado es una forma de error de prohibición, no habría razón para regularlo de manera diferenciada. A este cuestionamiento puede oponérsele, sin embargo, el argumento de que esta forma de error de prohibición tiene un criterio

más laxo para admitir una situación de error, lo que justificaría 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. Podría decirse incluso que aun cuando dicho autor conociese la prohibición penal, su fidelidad a su cultura o costumbres generaría una situación de exoneración o, en todo caso, de atenuación de la responsabilidad penal. Esta conclusión puede desprenderse del propio tenor de la ley penal, en la medida que autoriza admitir este error no sólo en caso de falta de comprensión, sino también de falta de determinación en caso de comprender el carácter delictuoso de su acto.

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. Algunos entienden que un autor culposo se encuentra siempre en error de prohibición, de manera que su responsabilidad se determina sobre la base de 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. Otro sector de la doctrina coincide con estas afirmaciones aunque sólo para los casos de culpa inconsciente, siendo algunos incluso más estrictos al reducir el espectro de casos a los supuestos de culpa inconsciente cuyo error de prohibición se deba a un desconocimiento de los hechos. En consecuencia, 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 antijuridicidad de la puesta en peligro consciente de bienes jurídicos. No obstante, algunos niegan también en estos supuestos una configuración del error de prohibición, pues consideran que la culpa consciente exige ya el conocimiento de un riesgo no tolerado jurídicamente.

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento del error sobre el carácter prohibido del hecho en el delito culposo se encuentra condicionado por el hecho que estimamos absolutamente irrelevante la distinción entre culpa consciente e inconsciente. Si enfocamos el problema desde el delito doloso, resultará correcto afirmar que todo delito culposo se realiza en una situación de error de prohibición respecto del delito doloso. No obstante, el ordenamiento jurídico prohíbe la producción de riesgos objetivos, atribuyéndolos subjetivamente al autor en función de su grado de conocimiento. En el caso de la culpa, el autor tiene un nivel de conocimiento sobre la relevancia de su hecho, lo que permite incluir el conocimiento de su carácter penalmente prohibido. La falta de este último ámbito del conocimiento puede dar pie a un error de prohibición. Si se trata de un error invencible, decaerá la responsabilidad penal, mientras que en caso de un error vencible, se mantendrá la imputación a título de culpa con la atenuación correspondiente.

3. Situaciones de inexigibilidad

La culpabilidad del autor se puede descartar también si a una persona no se le puede imputar un hecho lesivo porque no se le podía exigir actuar conforme a Derecho. Si bien al autor cuenta en estos casos con cierto margen de actua-

ción, el ordenamiento jurídico decide no someterlo a sus parámetros de actuación. Si bien podría levantarse la sospecha de que la inexigibilidad es producto de cierto decisionismo del legislador, 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 existen ciertas situaciones excepcionales que levantan la obligatoriedad del Derecho en el caso concreto, por lo que no podrá reprochársele al autor haber actuado 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 al amparo de una situación de legítima defensa. Si la defensa del agredido se mueve en marco de la racionalidad 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, de manera que debería responder por ese exceso. No obstante, 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 de su defensa. En este orden de ideas, si el exceso en la legítima defensa se debe a la situación de temor 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.

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. Para evitar que esa amenaza se materialice, no existe más alternativa que la realización de un hecho antijurídico. 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 realización del hecho antijurídico para alejar el peligro no podrá serle reprochado a quien se encuentra en dicha situación o se encuentra estrechamente vinculado con el afectado. 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 causa-

do previamente el peligro (artículo 20º, inciso 5 del Código penal *in fine*). En estos casos, la realización del hecho antijurídico destinado a alejar el peligro podrá imputársele culpablemente a su autor, pues el ordenamiento sí puede exigirle 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, es decir, asumiendo para sí o para la persona con la que está estrechamente vinculada un deterioro en bienes jurídicos esenciales, por lo que la razón de la exculpación no podrá encontrarse en que no tuvo otra alternativa de actuación. Un sector de la doctrina penal considera que el hecho antijurídico no necesita ser penado en estos casos para el mantenimiento del orden social, ubicando el fundamento de la exculpación en la falta de necesidad preventivo-general de pena. Dado que no se trata de un contexto normal de actuación, la norma penal no puede desplegar sus efectos motivatorios. Otro sector de la doctrina penal 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.

En nuestra opinión, el efecto exculpatorio del que actúa amparado en un estado de necesidad exculpante no se fundamenta en un déficit motivacional, 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 para un bien jurídico. 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.

  El peligro sobre los bienes jurídicos personalísimos debe ser actual y no debe ser insignificante. Está claro que la entidad que se exige del peligro se refiere fundamentalmente a la integridad corporal y la salud, pues la amenaza a la vida no admite un deterioro insignificante. En este orden de ideas, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, mientras que la afectación de la libertad debe limitarse a sus expresiones más importantes como la libertad de movimiento o la libertad sexual. Para la relevancia del peligro, es irrelevante que dicho peligro provenga de personas, fuerzas naturales o

cosas, 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.

Un punto de especial importancia es si se requiere alguna ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. Está claro que al 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 en los casos en los 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 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. 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. 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 quien tiene una estrecha vinculación. 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 podría incluirse caso como las uniones de hecho o la estrecha amistad.

- *Deberes 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 Código señala, a modo de ejemplo, la causación por uno mismo del peligro y los deberes de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.).

Como puede verse, se trata de una cláusula general abierta que le permite incluir al juez supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro. 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 efecto central 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. 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 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.

C. *Miedo insuperable*

El miedo insuperable es una causal de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20º, inciso 7 del Código penal. 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 de esta situación de inexigibilidad de otra conducta ha sido muy discutida, pues algunos sostienen que constituye un supuesto de estado de necesidad exculpante, por lo que no sería necesaria una regulación específica. En nuestra opinión, el miedo insuperable no es un supuesto de 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 pudo apreciar. Por lo demás, el miedo insuperable se limita solamente a las personas a las que les amenaza un 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 que si el mal es solamente aparente no podrá apreciarse esta causal de exención de responsabilidad. En todo caso, podrá aplicarse el artículo 21º del Código penal 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.

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, podría discutirse un estado de demencia transitoria que permita excluir la imputabilidad del autor. 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, pero debe determinarse con parámetros objetivos que permitan asumir la reducción de la capacidad de análisis antes mencionada.

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. Hay que tener presente que este supuesto de exención de responsabilidad penal se sustenta

precisamente en la insuperabilidad del miedo, por lo que no se abarcarán los casos en los que la amenaza de un mal solamente podía superarse con la lesión de otro bien jurídico. De darse este último supuesto, habría sido aplicable, 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 2º, 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. 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. Relativamente extendido está el caso de la libertad religiosa que les 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 delito de aborto. En el artículo 119º 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. Del tenor legal se desprende aspectos muy comunes al 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. No obstante, lo incomprensible de esta regulación es que el médico se beneficie de esta exención de responsabilidad, a no ser que se le considere dentro de las personas vinculadas estrechamente con la gestante. Lo paradójico de asumir esta interpretación es que el médico va a cobrar jugosos honorarios por la práctica abortiva y muchas veces su relación con la paciente se limita a la producción del aborto. Bajo estas circunstancias, resulta difícil entender cómo los profesionales de la salud se encuentran estrechamente unidos a la gestante.

Un argumento para admitir la intervención del médico en la eximente de responsabilidad penal consiste en que solamente el médico puede evaluar si el aborto es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y

permanente en su salud, así como el único que puede practicarlo con condiciones de seguridad para la gestante. Este argumento es relativo. En primer lugar, nada impide al médico a hacer un diagnóstico sobre el riesgo del embarazo. Hasta ahí su intervención es completamente lícita. La ampliación de la licitud de su intervención a la práctica del aborto no es, sin embargo, admisible, pues con esa misma lógica habría que exonerar de responsabilidad al médico que interviene para sacarle inconsultamente el riñón a una persona y transplantárselo a otro que lo necesita. Su intervención asegura que sólo se le extraiga el riñón al afectado y no se le exponga a un peligro mayor. Los médicos se convertirían en partícipes impunes en cualquier estado de necesidad exculpante con el argumento de que así se aseguraría la realización del hecho ilícito con la garantía de una práctica médica pulcra.

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. Por ejemplo, en los delitos de encubrimiento, el artículo 406º del Código penal 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

JAKOBS, Günther, «El principio de culpabilidad», trad. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Luzón Peña et al., Civitas, Madrid, 1997.

Lección 17:
LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO

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 quiénes 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.). Sólo de manera excepcional el tipo penal hace una referencia a una pluralidad de personas al establecer los elementos constitutivos del delito, como sucede en el caso de los denominados delitos colectivos, como el delito de conspiración regulado en el artículo 349º del Código penal. 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 la llamada teoría unitaria de autor, la respuesta es afirmativa. En efecto, para esta concepción de la intervención delictiva, toda contribución causal al hecho convierte al sujeto en autor, con independencia de la importancia de dicha contribución. El criterio es fundamentalmente la causalidad, no existiendo ninguna relación de accesoriedad entre los diversos aportes al hecho delictivo. A la teoría unitaria de autor se le ha objetado, sin embargo, que si todas las contribuciones al hecho fuesen una lesión del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose las fronteras del tipo penal y, por tanto, la función garantista del Derecho penal. Así, por ejemplo, constituiría una acción de homicidio dar un arma 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 cooperación causal.

Nuestra legislación penal no sigue un criterio unitario de autor, sino que se alínea a la tendencia dominante que asume una visión diferenciadora de la intervención punible. 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 un delito y a

aquellos que se distribuyen el trabajo con la finalidad de cometer el delito (artículo 23º del Código penal). Por su parte, la participación está referida a los actos de complicidad (artículo 25º del Código penal), así como a los actos de inducción (artículo 24º del Código penal). 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. Así, el Código penal peruano tipifica los actos de encubrimiento del delito en los artículos 404º y 405º del Código penal.

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. 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. 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 asumiendo una determinada comprensión de la determinación de la autoría es posible llevar a cabo una adecuada interpretación del artículo 23º del Código penal.

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 acciones no típicas no podría fundamentar autoría alguna. Sin embargo, la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, dando lugar a las figuras de la inducción y la complicidad. Pero como se trata de una extensión de la punibilidad, estos aportes sólo podrán penarse si existe una ley que contemple dichos casos como una participación punible. Los actos de auxilio o contribución al hecho que no se encuentren previstos por la normativa penal no podrán ser sancionados penalmente.

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 objetivo que permita diferenciar ambos supuestos de intervención en el delito. La búsqueda de este criterio objetivo 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. 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 (por ejemplo, el sujeto que envía a su hijo de cinco años con bombones envenenados a la casa de su tía rica) y de los coautores

que no realizan un hecho típico (por ejemplo, el jefe de la banda que sólo dirige el asalto). Este serio defecto ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal.

La teoría objetivo-material utiliza la perspectiva de la mayor peligrosidad que debe tener la contribución del autor del hecho en comparación con la del cómplice. Sin embargo, la sola mayor peligrosidad de la aportación del autor no permite calificar la aportación como autoría si no se tiene en consideración el contexto de actuación. 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 el autor. Como puede verse, en ambos casos el aporte de C es objetivamente 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, se le ha contrapuesto el llamado concepto extensivo de autor. El fundamento dogmático básico de esta teoría es, como en el concepto unitario de autor, la equivalencia de todas las condiciones del resultado, de manera 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.

Si autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, pues son causalmente equivalentes, el criterio de distinción solamente podrá encontrarse un criterio subjetivo.

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* (es decir, querer el hecho como propio), el interviniente será el autor. Por el contrario, si el *animus* es *socii* (o sea, querer el hecho como ajeno), el interviniente deberá ser tratado como un partícipe. 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 siempre determinante para la calificación del aporte como de autor o de partícipe. Así, por ejemplo, en el famoso caso de la bañera, 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, sea castigada 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, 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 participa-

ción. Por esta razón, el criterio para determinar la autoría se ha intentado buscar en criterios que combinen satisfactoriamente ambos aspectos del hecho, siendo, sin duda, la llamada teoría del dominio del hecho la que mejor ha alcanzado ese objetivo, tal como lo ponen de manifiesto los escritos especializados y las líneas jurisprudenciales.

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. 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. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito.

Posiblemente la formulación de la teoría del dominio del hecho más exitosa sea la realizada por ROXIN. Esta formulación no sólo ha gozado de la adhesión de buena parte de la doctrina penal, 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 23º del Código penal. Así, en la Ejecutoria Suprema del 11/03/1999 (Exp. Nº 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».

La autoría directa se sustentaría en el dominio que tiene el autor de la ejecución, pues es él quien realiza responsablemente de propia mano todos los elementos del tipo penal. 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. En este orden de ideas, el dominio podría presentarse bajo la forma de un dominio de la voluntad en el caso de la autoría mediata, en donde el hombre de atrás se sirve para la comisión del hecho de otra persona que no responde penalmente. Finalmente, el dominio puede adquirir también un carácter funcional en la llamada coautoría, sustentándose dicho dominio en la decisión común de realizar el hecho mediante la distribución de los aportes para la ejecución del hecho punible.

Pese al éxito de su propuesta, el propio ROXIN reconoce que no en todos los delitos la autoría se puede determinar basándose 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. En estos casos, el 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 el 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. Quizá el caso más relevante sea el 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 de esta crítica a la teoría del dominio del hecho, JAKOBS concluye que todos los intervinientes en el delito tienen cierto dominio del hecho, siendo la diferencia entre sus aportes un aspecto meramente cuantitativo, es decir, qué grado de dominio tienen sobre la configuración del hecho.

Para la determinación de la intervención delictiva, JAKOBS deja de lado conceptos orientados fácticamente para asumir un criterio normativo: La competencia por el hecho. 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 me-

diante una configuración prohibida de la propia esfera de organización. Si en esa organización participan de manera vinculante varias personas, todas serán competentes por el hecho conjunto, 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). 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. 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). En este sentido, la ejecución del delito propia del autor debe ser configurada normativamente en función de la relevancia del aporte y no de la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. Desde estas consideraciones, el 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 (relación paterno-filial de la institución «familia») o con una situación socialmente deseable (la recta administración de justicia de la institución «Estado»). Estas vinculaciones se manifiestan mediante relaciones de deber, cuya

infracción da lugar a los delitos de infracción de un deber. Competente por esta clase de delito solamente podría serlo el que está vinculado institucionalmente por la posesión de un determinado estatus (padre o juez), cuya competencia no admite cuantificaciones. En este sentido, el 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 de infracción de un deber.

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 autoría. Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de JAKOBS es plenamente suscribible, aun cuando no goce de mayor aceptación en la jurisprudencia nacional, 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 de Bonn, con la esperanza de que poco a poco sus planteamientos adquieran un mayor reconocimiento jurisprudencial.

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 o su realización en el resultado tiene 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, 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. El aporte que no se realiza en tal contexto social no tendrá un carácter vinculante respecto del hecho delictivo, 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. 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 su posición de mayor dominio sobre el riesgo prohibido que configura el delito de dominio correspondiente. Esta situación de mayor dominio cuantitativo del riesgo prohibido se puede apreciar en las tres formas de autoría reconocidas en el artículo 23º del Código penal. 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 típico. 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. No obstante, la propuesta normativa asumida no nos vincula a una consideración empírica como podría ser la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. La creación de un riesgo prohibido por un sujeto responsable no autoriza sin más a asumir una autoría directa, sino que es necesario que ese su-

jeto sea competente por la creación del riesgo y 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. Así, por ejemplo, el trabajador de la fábrica que levanta las compuertas para soltar los residuos tóxicos al río no será autor del delito de contaminación medioambiental, sino el encargado de la empresa en llevar a cabo ese control y que le ordena al trabajador subir las compuertas. 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 recae directamente sobre el jefe de la planta.

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.

En atención a las consideraciones hechas, puede ensayarse la siguiente interpretación del artículo 23º del Código

penal. 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 posibles intervinientes en el hecho.

B. La autoría mediata

a. Fundamento

El artículo 23º del Código penal regula la figura de la autoría mediata, la cual se presenta 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. No obstante, no se trata de utilizarlos como objetos (empujar a un sujeto sobre una vitrina), sino de aprovechar su comportamiento para realizar un hecho penalmente desvalorado. Pese a que la formulación legal no precisa si el ejecutor debe ser penalmente responsable o no, la opinión dominante entiende que, por regla general, sólo cabe hablar de una autoría mediata cuando el ejecutor no es penalmente responsable. El suceso se manifiesta como obra del hombre de atrás, en la medida que la persona que ejecuta el delito lo hace de manera penalmente irresponsable.

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. 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 de atrás responde como autor se debe a su competencia por lo realizado por el ejecutor. En este caso, el hombre de atrás no sólo es competente por el hecho ejecutado por otro, sino que además lo es en un grado que configura lo propio del delito, debiendo responder como autor.

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. Sin negar la posibilidad de sistematizar así los supuestos de autoría mediata, resulta mucho más adecuado 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 inicialmente cuando alguien lleva a cabo una aportación específica a un instrumento para que ejecute una determinada conducta lesiva. 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. 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. 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 cargada, se dispara en la mano.

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. 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). Debe indicarse, sin embargo, que no todo engaño del

hombre de atrás sobre el ejecutor configura autoría mediata por ausencia de 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.

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. 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. Si el error es vencible, habrá, en todo caso, una inducción sobre un sujeto responsable. Por ejemplo, será autor mediato de delito contra la intimidad el abogado que le informa al periodista que la información reservada que tiene sobre aspectos de la intimidad personal de la víctima, pueden ser divulgados lícitamente.

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. En este sentido, por ejemplo, será autor mediato de un delito de peligro común quien da fósforos a un niño que provoca un incendio.

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 o 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, 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. 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 margen del Derecho, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores.

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. 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.

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 deci-

sión en un aparato de poder. 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. Sin embargo, la exigencia de una contribución esencial en la ejecución del hecho para fundamentar la coautoría impediría optar por esta construcción de la autoría en aparatos de poder. 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 sentido social del hecho, la participación en la ejecución del hecho no es esencial para la fundamentación de la autoría. En este sentido, no apreciamos ninguna razón de fondo para negar la posibilidad de sustentar una imputación en grado de autor a quien se encarga de decidir sobre la realización de un delito.

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. Así, por ejemplo, no cabrá un delito de bigamia en autoría mediata. 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 comercializar droga y este menor procede a golpear severamente al comprador de la droga para quedarse con el dinero. Por lo demás, en el mo-

mento 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 como autor mediato de la muerte producida por la explosión.

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. 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 este criterio de determinación del 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. 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.).

C. *La coautoría*

a. Fundamento

La coautoría tiene lugar cuando varias personas cometen un delito en común. El artículo 23º del Código penal peruano habla de «cometer conjuntamente» el hecho punible. Se trata de una división del trabajo en la realización del delito que lo posibilita o que reduce el riesgo de su evitación. El fundamento de esta 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 funcional. 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.

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. Nº 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. Nº 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».

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 una imputación recíproca del hecho. No basta un consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación voluntaria y consciente. No obstante, se ha aceptado la posibilidad de que haya un acuerdo común tácitamente contraído (por ejemplo, no robar sólo el cuadro o las joyas planeadas, sino aceptar que otro continúe con el robo de otros objetos). 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. 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 previo acuerdo 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).

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 es necesario que esa intervención reúna un requisito de cualidad (aporte indispensable) y otro de temporalidad (en la ejecución). 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, 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 hemos hecho a la idea del dominio del hecho nos ha llevado a asumir una teoría distinta de la autoría en atención al criterio de la competencia por el hecho. En este lugar no vamos a reproducir la crítica a la teoría del dominio del hecho, sino, más bien, a precisar cómo 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. 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 que no se trata de reproducir el paradigma de ésta en aquélla. En la coautoría no se trata de imputar a cada coautor el hecho total, sino de determinar una competencia común por hecho total. 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. 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 característi-

co del delito, mientras que en el caso de los partícipes solamente alcanza para considerarlo una facilitación del delito. 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. Solamente se requiere una repartición objetiva del trabajo, en donde los aportes de los coautores configuran socialmente la realización de la conducta delictiva.

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. Por lo tanto, la competencia conjunta no depende del momento en que cada interviniente realiza su prestación, sino el momento en que se produce la infracción conjunta de la norma penal.

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 no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial. En la medida que el incumplimiento de este deber no admite graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes. En

este sentido, por ejemplo, será autor de parricidio el padre tanto si acuchilla directamente al hijo como si le entrega el cuchillo al asesino. 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.

III. LA PARTICIPACIÓN

La palabra participación suele entenderse en dos sentidos distintos. Por un lado, se le utiliza en un sentido amplio, de manera que incluye toda forma de intervención en el delito (así, por ejemplo, en el artículo 19º del Código penal). Por otro lado, se le 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. En nuestra exposición hemos decidido utilizar el término intervención para la primera acepción, reservando la segunda a lo que se ha venido a llamar participación en sentido estricto. En lo que sigue nos vamos a ocupar precisamente de 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 participación resulta punible. Por lo tanto, antes de entrar en las particularidades de la participación, resulta conveniente que precisemos

el fundamento 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*

De acuerdo con 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. 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. 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, de manera 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 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 como un delito autónomo, lo cual sucede solamente con los menores y los funcionarios públicos.

B. La teoría de la causación

Según esta teoría, el partícipe es sancionado por causar o favorecer la lesión de un bien jurídico por parte del autor. 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. A esta teoría se le ha reprochado centrarse en la pura causación, dejando de lado la tipicidad de la conducta como un requisito constitutivo del injusto (y actualmente la propia teoría de la imputación objetiva). La participación se convertiría así en un delito autónomo. Por lo demás, la teoría de la causación tiene una formulación que se ajusta 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 resultará inapropiado, pues no habrá un resultado causalmente reconducible a la conducta del autor que permita fundamentar la participación.

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. 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. Así, por ejemplo, el artículo 106º del Código penal que contiene el mandato dirigido a los ciudadanos de no matar solamente sería infringido por el autor, respondiendo los partícipes únicamente por las normas generales que establecen la prohibición de inducir o contribuir a la realización de conductas infractoras de la norma penal.

A la teoría de la participación en el injusto se la reprochado, sin embargo, que no tiene claro que el hecho principal del autor constituye un injusto que le compete solamente a él. Si bien el partícipe contribuye a la realización del hecho del autor, su acto de auxilio da lugar a un injusto propio de participación. El desvalor de resultado del injusto de participación no puede ser el hecho del autor, pues se abriría la posibilidad de castigar la sola realización del acto de participación como una tentativa de participación.

Las críticas a la teoría de la participación en el injusto han motivado intentos por 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. Si bien sustenta la responsabilidad penal del partícipe en un injusto propio, este injusto es determinado por el injusto del hecho principal de acuerdo con una relación de accesoriedad. El injusto del partícipe favorecerá la comisión del hecho principal, 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. 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.

Por su parte, JAKOBS ha propuesto la variante de la teoría de la participación en el injusto referida al resultado. En esta propuesta del fundamento de la participación, el partícipe no configura un injusto propio como lo sostiene ROXIN, sino que 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 concepto 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. De este modo, sin el hecho principal no hay fundamento para la imputación penal al partícipe.

D. Toma de postura: El injusto único de intervención

En nuestra opinión, 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. En este sentido, lo primero que debe determinarse es si el injusto común ha entrado en un estadio punible para poder hacer responsable a los distintos intervinientes. No obstante, no basta una simple intervención en la etapa previa o en la ejecución del delito para responder penalmente, sino que es necesario que normativamen-

te se considere a los intervinientes competentes por la realización del injusto común. Esta determinación normativa se lleva a cabo mediante criterios cualitativos que se sistematizan en la teoría de la imputación objetiva 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.

Una vez que se ha determinado que varias personas resultan competentes por la realización de un delito, debe precisarse, sobre la base de criterios puramente cuantitativos, si deben responder como autores o como partícipes. 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 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. Todos los que infringen el rol especial responden como autores del delito, en la medida que no es posible graduar cuantitativamente las infracciones de las competencias institucionales.

2. Los principios de la participación

A. La accesoriedad de la participación

La comprensión actualmente dominante de la participación parte de la idea de entenderla como un hecho propio

que está en relación de accesoriedad con el hecho principal del autor. Para explicar esta relación de accesoriedad, se hace una distinción entre una accesoriedad cualitativa y una accesoriedad cuantitativa, siendo necesarias ambas formas de accesoriedad para castigar al partícipe.

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. 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. Por último es posible pensar también en una accesoriedad mínima, para la que sería suficiente la realización de una conducta típica. En la actualidad hay consenso en rechazar una accesoriedad mínima, en la medida que la justificación del delito vale para todos los intervinientes en el mismo. Por eso, la discusión se centra en la accesoriedad limitada y completa, recibiendo la primera mayor respaldo. La razón se encuentra en que la culpabilidad, al tratarse de una categoría personal de cada interviniente, no forma parte de la relación de accesoriedad entre el hecho principal y el hecho accesorio.

La accesoriedad cuantitativa exige que el hecho principal deba haber sido cuando menos ejecutado para que el partícipe pueda ser sancionado. 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). Esta exigencia resulta relevante, fundamentalmente para los partícipes que realizan actos de auxilio o facilitación del delito en la fase de prepara-

ción. Este aporte por sí mismo no bastará para el castigo, siendo necesario que el autor inicie la ejecución del delito para poder sancionar penalmente al partícipe.

Tal como ya lo indicamos, 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. Desde esta perspectiva, es lógico que cada interviniente tenga un injusto propio. Sin embargo, la interpretación se torna distinta si el delito se entiende como negación de la vigencia de la norma. 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. En estos casos, se presenta una repartición del trabajo que vincula a los intervinientes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común.

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. 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 ejecu-

ción del delito por parte del autor, no hay competencia del partícipe por el hecho conjunto. 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.

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 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. 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 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.

B. La comunicabilidad de las condiciones personales

El artículo 26º del Código penal señala que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican la de los otros auto-

res 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. Esta interpretación no resulta, sin embargo, conciliable con su tenor literal. El artículo 26º del Código penal 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. En este sentido, el artículo 26º del Código penal no está referido a la culpabilidad, sino a las circunstancias 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 que las poseen (vide., al respecto lección 20).

3. Formas de participación

A. La inducción (o instigación)

De acuerdo con el artículo 24º del Código penal, 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 participación junto con la complicidad. 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 de inducción que puede merecer igualmente reproche penal. Pero, 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 24º del Código penal daría lugar 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 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 24º del Código penal 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. De esta manera, la inducción mantendría su autonomía, vinculándose con el hecho del autor únicamente para efectos de la punibilidad.

La regulación 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, sino una relación de imputación objetiva. En este sentido, a la conducta del inductor hay que imputarle objetivamente el hecho de que un sujeto penalmente responsable se determine a cometer un delito. 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 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.

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. 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 ya estaba decidido a cometer. Estos supuestos podrán analizarse, en todo caso, como supuestos de complicidad moral o psíquica. 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 induc-

ción, pues, en el caso concreto, el autor estaba ya decidido a cometer el delito.

En segundo lugar, la inducción requiere de un elemento subjetivo que está constituido por el dolo del inductor de acuerdo con el mandato expreso de la ley penal. 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. 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 determinado delito. 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 es cuestión del autor.

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, parece que la pena se refiere a la pena concreta del autor. En todo caso, no apreciamos 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.

B. La complicidad

La complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito. 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 «cómo» del delito. 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.

Los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución. 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 llevar a buen recaudo los bienes que se han introducido subrepticiamente al territorio nacional). 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 encuentra tipificado (como, por ejemplo, el delito de receptación).

La complicidad puede tener lugar por acción o por omisión. 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 ejem-

plo, 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 utilizados pueden ser materiales o psíquicos. 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.

Dentro de los cómplices, el artículo 25º del Código penal 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 perpetrado, la segunda se refiere a cualquier otra forma de auxilio o asistencia para la comisión del delito. 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, 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 que es difícil de conseguir en relación con las circunstancias, mientras que complicidad simple lo será la contribución que se puede conseguir fácilmente. 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 insustituible. En una línea similar anteriormente, RODRÍGUEZ

DEVESA se refería al criterio de la intercambiabilidad para distinguir entre el cooperador necesario y el cómplice simple. Con independencia de cuál criterio se siga, el hecho es que no se puede utilizar el criterio elegido ni 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. Por eso, lo que hay que hacer es ubicarse en un plano de posibilidades de actuación, pero siempre en atención a las circunstancias concretas en las que se realizó el delito. Si en este plano hipotético la prestación podría sustituirse por otra equivalente o simplemente prescindir de ella, entonces la complicidad será simple.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, puede considerarse 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 la defraudación tributaria. Una complicidad simple cometería, por el contrario, el que informa al atracador de un banco 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 25º del Código penal, 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 cambio, se contempla una disminución prudencial de la pena prevista para el delito realizado.

IV. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

La imputación penal a título de autor y/o partícipe presenta ciertas dificultades en el caso de los delitos especiales. Respecto a la autoría, se presenta el problema de las personas que realizan el delito con dominio preferente, pero que no reúnen la calidad especial exigida por el delito especial. En el caso de la participación, surge la cuestión de si cabe sancionar a los partícipes en los delitos especiales a pesar de no tener la calidad especial exigida por el tipo. En el caso de los delitos especiales impropios, se discute especialmente si la pena del partícipe debe determinarse con el marco penal del delito especial o con el marco penal del delito común que subyace al delito especial impropio. De ambos supuestos problemáticos nos vamos a ocupar en lo que sigue.

1. El actuar en lugar de otro

Si el autor no reúne la calidad especial exigida por el delito especial, no podrá sancionarse 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 que al no poseer formalmente el estatus especial quedaría librado de responsabilidad. El que realiza el delito no responde porque no tiene 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.

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 193º del Código penal, en la medida que este delito requiere que 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 27º del Código penal. Esta regulación dispone que el representante de la persona jurídica responderá por el delito (especial) realizado, aunque no reúna los elementos especiales que fundamentan la penalidad, pero sí la representada. Para seguir con el ejemplo: El administrador responderá por el delito de apropiación 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. La razón es sencilla: Esta misma restricción la hacía la regulación penal española que sirvió de fuente legislativa al artículo 27º del Código penal. 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, por lo que no se entiende por qué nuestra regulación penal se mantiene en el restringido ámbito de las personas jurídicas.

Para que la persona 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:

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. A esta exigencia 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. 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 260º del Código penal). 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 la representación de la persona jurídica. Los deberes institucionales tienen un alto nivel de formalización, de manera 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. Estos intereses deben precisarse basándose en criterios puramente económicos, de manera que no resulta relevante si la

actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse que actúa en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante.

La teoría de la función entiende, por el contrario, 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. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente. Tampoco aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representado. Solamente en caso de que el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación.

C. La realización del tipo penal

El artículo 27º del Código penal peruano establece también que el representante realice el tipo penal. Esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante. 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.

D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El artículo 27º 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 27º se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría. 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 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 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 27º el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (así, por ejemplo, el caso de los funcionarios), así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.), ya que en ambos casos no parece posible una representación. 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.). Las llamadas circunstancias personales especiales, que hacen mención a una situación transitoria del autor, solamente podrían tenerse en cuenta si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejem-

plo, el encontrarse en un procedimiento concursal debe interpretarse como tener la posición de deudor concursado).

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. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina basándose en el marco penal del delito especial, la segunda considera que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena para el autor. En nuestra opinión, la solución no va por un camino alternativo, sino que la asunción de una u otra teoría depende de si el delito está configurado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber.

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 sobre la base del marco penal del delito especial, en la medida que si bien el tipo penal ha delimitado el círculo de destinatario, se sustenta materialmente en las 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.

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas a las de los delitos de dominio, es decir, no se seguiría la teoría de la unidad del título de imputación. La razón del cambio de criterio radica en que la infracción de la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede ser realizada por los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden infringir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse a partir del delito de infracción de un deber. En consecuencia, al partícipe no podrá sancionársele sobre la base del marco penal establecido para el delito de infracción de un deber.

A la solución propuesta 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, la conducta del partícipe podrá, en el caso de los delitos especiales impropios, enmarcarse en un delito común de dominio, de manera que el partícipe podrá recibir una pena según el marco penal de este último delito. Pero lo que no puede admitirse, como lo establece el artículo 26º del Código penal, es que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal de un autor se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Muy a diferencia de aquel sector de la doctrina nacional que entiende que el artículo 26º del Código penal hace referencia únicamente a las cualidades o circunstancias que afectan la culpabilidad de alguno de los autores o partícipes, consideramos que estas cualidades o circunstancias personales no se refieren a los elementos propios de la categoría de la culpabilidad, sino a los que se ubican en el injusto. En este sentido, cuando se habla

en el artículo 26º de cualidades o circunstancias personales que afectan la responsabilidad penal, habrá que entender, más bien, que se está haciendo referencia a aspectos vinculados al injusto.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, la incomunicabilidad de una agravante no se determina por su ubicación en la estructura del delito, sino por su naturaleza estrictamente personal. En los casos de delitos de infracción de un deber formalmente configurados como delitos especiales impropios, es decir, aquellos casos en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad la infracción de un deber institucional, tiene lugar precisamente una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Así es el caso, por ejemplo, de los supuestos de agravación por la calidad de funcionario o servidor público del autor. La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber especial se fundamenta en el hecho de que si este deber se comunicase a otros 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 de funcionario o servidor público 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 presentaría más evidente. Sin embargo, consideramos que en estos casos el legislador penal debe proceder a castigar expresamente la aportación especial de un *extraneus* a la materiali-

zación 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 o mediante tipos penales específicos. 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 ser 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 queremos mantenernos en 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. En el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos problemas, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente.

Las afirmaciones precedentes no resultan aplicables a la figura de la inducción, pues como ya lo hemos explicado, consideramos que esta forma de participación en el delito no constituye, en sentido estricto, una intervención en el delito, sino la realización de un injusto aparte. En este sentido, podrá hacerse penalmente responsable por inducción al que determina a un obligado institucional a cometer un delito de infracción de un deber. La realización del delito de infracción de un deber sería una condición objetiva de punibilidad para el castigo de la inducción.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

JAKOBS, Günther, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», trad. Cancio Meliá, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001.

JAKOBS, Günther, «Intervención delictiva», trad. Sánchez Vera, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Nº 5, Lima, 2004.

LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, Universidad de Externado, Bogotá, 1995.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., trad. Cuello y Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. Juan Bustos y Sergio Yánez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

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. 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 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. En esta lección nos ocuparemos precisamente de señalar en cuáles de estas fases resulta posible una imputación y cuál sería su fundamento. Incluso la posibilidad de negar la impu-

tación o de realizarla con una reducción de la pena, depende del nivel de desarrollo que tiene 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*). La impunidad de esta fase 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). 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.

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*. 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. Puede decirse,

por tanto, que los actos preparatorios no se consideran actos prohibidos por el ordenamiento 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. 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 16º del Código penal, la tentativa resulta 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. Se han intentado todas las formulaciones posibles: desde teorías puramente objetivas que se centran en la peligrosidad de la conducta o puramente subjetivas que se centran en la intencionalidad del autor, hasta teorías apoyadas en ambos aspectos que buscan combinarlos, poniendo en algunos casos el acento más en la parte objetiva como la teoría de la impresión social o en la subjetiva la llamada teoría del autor. 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.

La disputa entre las teorías sobre el fundamento de la tentativa se encuentra actualmente inclinada a favor de las teorías subjetivas, 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. 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, de manera tal que se deje de lado la interioridad de la persona.

La tentativa, para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador. 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. No obstante, debe precisarse que el carácter perturbador de un hecho externo no debe entenderse en relación con un bien jurídico, pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios, sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea. En efecto, como hasta ahora lo hemos venido precisando en la exposición de la imputación objetiva, la actuación de una persona resulta penalmente relevante sólo si constituye la infracción de un rol. 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. 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. Con una fundamentación de la tentativa basada en su significado social, se levantaría la dificultad de delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa,

pues la tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tendría el significado comunicativo de ser una defraudación de la norma. Por otra parte, el castigo de la tentativa inidónea con base racional se encontraría perfectamente fundamentado, en tanto constituiría también una actuación socialmente relevante. De la primera cuestión nos ocuparemos al abordar la imputación objetiva en la tentativa, por lo que nos centraremos aquí en delimitar los casos de tentativa que resultan punibles.

La comprensión de la tentativa sobre la base de significado social del hecho requiere precisar cuándo resulta afectada la configuración social, de manera que podamos 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 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. En consecuencia, los supuestos de tentativas irreales no pueden considerarse tentativas penalmente relevantes. 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 de esta manera si expresa socialmente un sentido infractor. 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).

Discutida es la punibilidad del llamado delito imposible, en donde se realiza una acción delictiva contra un objeto absolutamente inapropiado o a través de 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, es decir, 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 17º del Código penal 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.

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 el resultado, pero éste no se ha producido por simple causalidad (p. ej. 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. ej. 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 estas ideas, puede diferenciarse la tentativa absolutamente

inidónea (o delito imposible) de la tentativa relativamente inidónea. Los supuestos de inidoneidad relativa pueden aún castigarse según el artículo 16º del Código penal.

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. De acuerdo con el artículo 16º del Código penal, una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo. 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. En este sentido, la delimitación de la tentativa frente a la preparación, por un lado, y la consumación, por el otro, se determinaría a paritr del tipo penal correspondiente. 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 o en delitos de peligro abstracto, en la medida en que se realice algunos elementos, 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 en 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. En nuestra opinión, esta base material se encuentra en la imputación objetiva sobre la base de roles jurídicamente relevantes, la cual requiere, como lo hemos señalado repetidas veces, de un proceso de contextualización.

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 varios posibles hechos delictivos. En caso de intervención de varios partícipes, el comienzo de la tentativa deberá determinarse a partir de 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. 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. Discutibles po-

drían ser los casos de delitos de dos actos en los que sólo un acto de los dos se realiza, 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, en el mismo sentido que el delito consumado. Se exige que al autor pueda imputársele subjetivamente la decisión de realizar el delito correspondiente («decidió cometer»), es decir, 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. 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, podrá imputarse subjetivamente la realización incompleta del tipo al autor.

La configuración de la imputación subjetiva en la tentativa lleva a la conclusión de que una tentativa de delito culposo es impune, a pesar de que resulte teóricamente imaginable. Este rechazo de la punibilidad de la tentativa en delitos

culposos se extiende también a los delitos culposos cualificados por el resultado, pero no a los delitos dolosos cualificados por el resultado. 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.

3. La penalidad de la tentativa

La segunda parte del artículo 16º del Código penal señala que, en caso de tentativa, la pena será disminuida prudencialmente por el juez. Como se desprende de la redacción del mencionado artículo, no se trata de una reducción facultativa, sino impuesta por el legislador. Dentro de la facultad discrecional del juez, se encuentran los criterios para reducir la penalidad. Utilizando de manera analógica el artículo 46º del Código penal, 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.

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 se consuma. 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. De acuerdo con el artículo 18º del Código penal, 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 ponen de relieve JESCHECK Y 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. Precisamente a esta labor se han dedicado numerosos trabajos doctrinales, sin que se haya alcanzado un consenso dominante. Sin entrar en las particularidades de cada argumentación, puede decirse que existen tres modelos de fundamentación de la impunidad del desistimiento de la tentativa: 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. 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. Con el segundo modelo se corresponden la llamada teoría del premio (gracia, recompensa o merecimiento), la llamada teoría del fin de la pena e incluso las teorías de la culpabilidad, en tanto fundamentan la renuncia de pena del desistimiento en razones jurídico-penales ajenas a la tentativa. También el tercer modelo de fundamentación es interno al Derecho penal, pero, a diferencia del modelo anterior, recurre a la propia tentativa para poder precisar la razón que permite liberar de pena al que realiza un desistimiento. 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 pueden romper la estructura del sistema de imputación. Por esta razón, solamente a partir de lo que es la tentativa puede encontrarse el fundamento de la ausencia de pena en caso de desistimiento.

Como lo hemos señalado líneas más arriba, la tentativa constituye un acto con sentido comunicativo pleno, es decir, 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 este, de manera que, mientras esto no suceda, la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo del hecho resulta todavía posible. 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. Si el hecho ya se separó del autor, es decir, forma parte del pasado, solamente cabe una rectificación, un arrepentimiento, pero no un desistimiento. La modificación todavía posible del hecho confirma de alguna manera la vigencia de la norma y deja sin efecto el cuestionamiento del comportamiento inicial. En este contexto de ideas puede comprenderse el trato privilegiado que el artículo 18º del Código penal otorga al desistimiento.

B. Las formas de manifestación del desistimiento

El artículo 18º del Código penal 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 a partir de la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada. 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. 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. 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, desde el principio, un desistimiento.

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. Si el hecho como tal resulta ya irreversible, esto deberá entenderse simultáneamente como renuncia a la posibilidad de modificación. La posibilidad de emprender cursos salvadores en estos casos debido a un conjunto de circunstancias ajenas a la voluntad del autor no puede fundamentar un desistimiento sobre el primer hecho, pero sí 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 posdelictivo 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.

Ejemplo: si quien envenena a otra persona, asumiendo que siempre puede haber un intervalo de tiempo que permite salvarle eventualmente 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.

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, el cual tiene lugar normalmente mediante la interrupción de los actos ejecutivos, cabrá un desistimiento. En principio, dado que el delito está todavía en proceso de ejecución, la reversión que fundamenta el desistimiento es siempre posible. 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 la 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). La antigua jurisprudencia alemana resolvió estos supuestos sobre la base de la llamada teoría del plan del autor, en la que el criterio decisivo para estos casos se encontraba en el plan del autor, en caso de haberlo tenido. 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. La propia jurisprudencia alemana ha abandonado incluso esta perspectiva de análisis y ha asumido, en su lugar, la llamada teoría de la comprensión global, defendida por la doctrina dominante.

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. 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.

Frente al parecer de carácter global se opone la llamada teoría del acto individual, según 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. Sin pretender entrar en las particularidades del debate entre estas teorías, debemos señalar que nos inclinamos por la propuesta de solución de esta 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. 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 posterior al hecho podrá entenderse solamente como una rectificación del primer riesgo fracasado, pero no como un desistimiento. 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.

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 victi-

mario de golpearle mortalmente en la cabeza con la jarra que tiene entre sus manos, del 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.

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 que si el acto de modificación deja todavía riesgos residuales prohibidos no podrá liberarse de responsabilidad penal, aun cuando este 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 ejem-

plo: el que tira a un niño al río y luego 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 llevan 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 en el caso de un delito en el que intervienen responsablemente varias personas. En efecto, el artículo 19º del Código penal 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. 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. No obstante, parecería ser que, en 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. 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 otros intervinientes. Pese a que esta exigencia podría parecer excesiva, 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 se puede revertir con un esfuerzo serio en impedir la realización del delito, aunque finalmente no se consiga (dar parte a la policía, por ejemplo). Está demás decir que el desistimiento del partícipe no alcanzará al resto de los intervinientes que continúen con la materialización de su intención criminal.

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, es decir, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe, de manera que mientras exista la posibilidad de reversión del hecho, un desistimiento del partícipe sigue siendo posible. 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 18º del Có-

digo penal 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. 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. A esta comprensión de la voluntariedad se le opone la llamada interpretación normativa, que se centra, más bien, en una valoración del cambio de motivación. 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. Para determinar la voluntariedad del desistimiento no interesa la motivación interna como tal, sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo. 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. La intención del autor de cometer otro delito constituye otro objeto de valoración.

D. Efecto del desistimiento

El artículo 18º del Código penal 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. Esta última situación se conoce en la doctrina penal como la de-

nominada tentativa cualificada. En caso que se trate de delitos de peligro abstracto que adelantan las barreras de protección en el ámbito previo a la lesión, consideramos que, a pesar de girar en torno a un mismo interés de protección, la norma ha sido quebrantada en estos casos y, por tanto, un desistimiento no puede alcanzarse. 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.

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. No obstante, para configurar los criterios de imputación penal, deberá recurrirse a una comprensión material de la consumación. 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 consumación es puramente cuantitativa, 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. 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.

El arrepentimiento activo constituye un instituto dogmático ubicado en el plano de la consumación (formal) del delito. Por esta razón, las reglas generales del desistimiento no resultan aquí relevantes. 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». 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.

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

El arrepentimiento activo que se regula, por ejemplo, en el delito de atentado contra el sistema crediticio (artículo

212º, último párrafo), se intenta fundamentar en la estructura típica de delitos que protegen intereses colectivos. Se dice que si bien estos delitos protegen en primera línea bienes jurídicos universales (por ejemplo, el sistema crediticio), se pone de manifiesto también su vinculación con bienes jurídicos individuales (el patrimonio de los acreedores, por ejemplo). En este sentido, la estructura típica de estos delitos puede verse también como un adelantamiento de las barreras de protección respecto de los bienes jurídicos individuales. El fundamento de la regulación del arrepentimiento activo se encontraría precisamente en la función de protección de bienes jurídicos, pues, a pesar de la consumación formal de estos delitos, el mantenimiento de la indemnidad del bien jurídico individual resulta todavía posible mediante actos de reversión. A partir de 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.

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 actividad y de peligro abstracto, pues en estos delitos existe una imputación jurídico-penal que no puede ya revertirse mediante actos de arrepentimiento. 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. En este sentido, la regulación del arrepentimiento activo del autor únicamente podría constituir una causa de exclusión de la punibilidad o criterio de medi-

ción de la pena establecidos por el legislador para los casos en los que la conducta posterior del autor reduce o elimina la necesidad de una reestabilización de la norma defraudada. Por ejemplo, en el delito de atentados como 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 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. 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. En la legislación penal, se contempla supuestos de reparación del daño como, por ejemplo, en el caso del pago del monto total del cheque en el caso de un libramiento indebido (artículo 215º, último párrafo), en donde el reproche al autor se reduce debido a su arrepentimiento posterior y hace que la necesidad de reestabilización 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.

C. Contribución al esclarecimiento del delito

El artículo 212º, primer párrafo del Código penal, así como el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 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 el que los intervinientes en el delito contribuyen eficazmente en el 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 que no se aprecia ninguna razón dogmática similar al desistimiento. 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 causas de reducción o exclusión de la pena. En estos casos, la participación activa del autor o partícipe en el proceso de reestabilización de la norma defraudada, que en algunos casos viene unido con una reparación del daño, permite que los tribunales renuncien a la imposición de una pena o a un grado muy alto para reestabilizar 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. 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 tendiente 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, resulta importante tener en consideración su estructura a efectos de ordenar diversos aspectos de la imputación penal. En este sentido, hay que indicar, por ejemplo, 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 mercancías 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 25º del Código penal 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. 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. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en el Derecho penal*, Temis, Bogotá, 2006.

JAKOBS, Günther, «El desistimiento como modificación del hecho», trad. E. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

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. 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. 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. Si bien varios tipos penales reclaman su aplicación sobre la conducta juzgada, solamente uno de ellos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, en consecuencia, al resto de los tipos penales. Esta situación explica por qué un sector de la doctrina califica también al concurso de leyes como concurso aparente, pues entiende que no existe propiamente un concurso de delitos para la determinación de la responsabilidad penal en el caso concreto. En principio, parecer ser que a este punto de partida le asiste toda la razón, sobre todo porque permitiría una clara delimitación frente a los concursos propios de delitos. Sin embargo, debe reconocerse que también en estos casos existe un concurso, en la medida que el comportamiento del autor cumple diversos tipos penales.

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 propiamente una pluralidad de delitos. Esta comprensión no impide hablar en el concurso de leyes, como lo hace un sector de la doctrina penal, de una unidad de leyes, pero debe reconocerse que solamente puede hablarse de una tal unidad en la medida que una ley asume el desvalor de las otras. 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).

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. Otros se centran en el contenido del injusto que el tipo penal desplazante agota. Una comprensión intermedia defienden los que consideran que en el concurso de leyes, tanto el contenido del injusto como la culpabilidad se encuentran comprometidos. 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. En el mismo nivel de argumentación puede colocarse a los defensores de una fundamentación doble del concurso de leyes, en tanto consideran 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. Finalmente, en una zona de transición se ubica el parecer de los que sostienen 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. 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 reestabilizar una expectativa normativa defraudada. Esta defraudación puede estar formulada por el Derecho penal de distintas maneras en función del mayor grado de abstracción, por 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. 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

Para precisar en el concurso de leyes cuál de los tipos penales resulta el preferente frente al resto de los que reclaman su aplicación, la doctrina penal ha desarrollado distintos principios jurídicos.

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 descripción típica. En este sentido, el principio de especialidad establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido. 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. Así, por ejemplo, el delito de infanticidio desplazaría al delito de homicidio simple.
- Los tipos penales agravados y los compuestos excluyen la aplicación del tipo penal básico o de los tipos penales simples respectivamente. 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 257º-A, inciso 4 del Código penal, 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 252º del Código penal.
- Una aplicación preferente tienen los tipos penales que sancionan supuestos graves recurriendo a la comisión de un delito como agravación. Así está configurada, por ejemplo, la circunstancia agravante del delito de contrabando del artículo 7º, literal c de la Ley Nº 26461, 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 una relación general-especial, no habrá mayores problemas para aplicar el más específico. Por el contrario, si se trata de tipos atenuados o agravados independientes, debería procederse a una acumulación de los mismos. Un sector de la doctrina ha propuesto, en esta línea, considerar todos los delitos en una relación de concurso ideal. 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. La solución debe operar, por tanto, incluyendo todas las cualificaciones en el tipo penal básico con el mayor marco penal correspondiente (por ejemplo, en caso de un concurso de dos agravantes previstas en el artículo 297º del Código penal respecto del delito de tráfico ilícito de drogas, debe utilizarse el marco penal previsto en dicho artículo, considerando la existencia de 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, pues afectaría igualmente la prohibición de doble valoración respecto de los elementos constitutivos del tipo básico. 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 microcomercialización).

B. Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad se presenta cuando el recurso a un tipo penal (tipo de recogida) solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otros tipos penales normalmente con una pena mayor. Esta relación de subsidiariedad puede estar prevista expresamente en las leyes penales (por ejemplo, los artículos 286º y 287º del Código penal) o deducirse del contexto de sentido (por ejemplo, los tipos penales de recogida como el delito de coacciones respecto del delito contra la libertad de los trabajadores). Si la conducta solamente puede subsumirse en el tipo penal subsidiario, un concurso de leyes no tendrá lugar en sentido estricto. Solamente en caso que el tipo subsidiario no pueda ser aplicado debido a que el hecho puede castigarse con los tipos penales principales, se presenta una situación de concurso de leyes que se resuelve a favor de los tipos penales principales.

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, participación y lesión en el hecho delictivo. 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. 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 cri-

minal para cometer el delito de robo). En estos casos, deberá procederse a aplicar las reglas del concurso de delitos.

- 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. En nuestra comprensión de la inducción, no es posible una relación de subsidiariedad con la autoría o la complicidad, de manera que habrá un concurso de delitos si el inductor luego actúa como coautor o cómplice del delito.
- La responsabilidad penal por la lesión de un objeto valorado positivamente resulta preferente a la puesta en peligro de este objeto en concreto. No obstante, si el tipo penal de peligro protege algo más que el objeto lesionado, una relación de subsidiariedad no podrá ser afirmada. 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. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el tipo penal básico de responsabilidad por el producto y los delitos de homicidio y lesiones.

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), concomitantes (delito acompañante) o posteriores (delito posterior) a la realización del tipo penal correspondiente. No obstante, si el hecho previo, acompañante o posterior

desborda lo necesario para cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos. Hay que tener presente que la consunción no resuelve el concurso de leyes basándose en la mayor penalidad del delito más grave, sino mediante el criterio de inclusión de un delito en otro. 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. Una consunción similar a la atenuación se presenta, por ejemplo, en el delito de falsos informes sociales del artículo 198º, inciso 2 del Código penal respecto del delito de falsificación de documento privado del artículo 427º del Código penal. 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, 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 189º del Código Tributario.

En contra de la opinión dominante que considera la relación del delito doloso y culposo fuera del principio de consunción, somos del 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 peligrosos del artículo 288º del Código penal consumirá la realización culposa del mismo delito.

La misma relación de consunción tiene lugar en los llamados delitos cualificados por el resultado. 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. 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. 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 doloso no abarque valorativamente el delito básico. En este último caso, tendrá lugar una situación de concurso de delitos.

– 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. 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). En estos casos, el delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave resulta consumido por el delito cualificado por el resultado.

D. ¿Principio de alternatividad?

El principio de alternatividad ha sido considerado anteriormente por la doctrina penal como una forma de concurso de leyes. Para decidir si la alternatividad de los tipos penales configura efectivamente un concurso de leyes, debemos en primer lugar precisar cómo tiene lugar una relación de alternatividad. Si esta relación se presenta entre dos tipos penales cuando ambos se excluyen recíprocamente, no tiene sentido hablar de un concurso de leyes, ya que una unidad de leyes solamente existe si los tipos penales se cubren siquiera parcialmente. Un concurso de leyes se reconoce, por el con-

trario, cuando la relación de alternatividad se entiende como la concurrencia de dos tipos penales de igual rango. Para solucionar este concurso de leyes equivalentes, la doctrina penal recurre por lo general al criterio de la mayor penalidad. 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. 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. 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. 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 pe-

nal para individualizar la pena, aconsejaría seguir la regla del delito con la pena más grave.

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes

En nuestro Código penal no existe una regulación expresa de los supuestos de concurso de leyes, de manera que se tiene que recurrir a la doctrina para resolver esta cuestión. Si bien las consecuencias jurídicas del concurso de leyes no se encuentran establecidas legalmente, se ha señalado que constituyen simplemente una cuestión de interpretación que concluye con la aplicación exclusiva del tipo penal que desplaza a los otros. Esta afirmación no presentaría mayores problemas si el marco de pena del tipo penal desplazante se mantuviese intacto (absorción plena) 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 sobre la base del llamado efecto oclusivo de la ley penal más benigna o más grave. Así, se reconoce, por un lado, que el marco penal del tipo penal desplazante puede sufrir alguna modificación en supuestos especiales, 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. 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. 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 el mínimo establecido por el tipo penal desplazado. 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. 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.

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

Un tipo penal desplazado de acuerdo con 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, tendrá que negarse la posibilidad de volver a recurrir a los tipos penales desplazados. Si se considera, por el contrario, que todos los tipos penales han sido lesionados, pero la necesidad punitiva requiere solamente aplicar el tipo penal desplazante, la imposibilidad de sancionar según 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. 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 211º del Código penal no se castiga por ausencia de denuncia de parte (artículo 213º del Código penal), el delito de fraude procesal del artículo 416º 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 215º del Código penal.

III. EL CONCURSO DE DELITOS

A diferencia del concurso de leyes, en donde concurren solamente formulaciones legales, en el concurso de delitos confluyen las leyes penales mismas. 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. Esta afirmación requiere, sin embargo, resolver en primer lugar, la cuestión, muy discutida por cierto en los escritos especializados, de cuándo se puede afirmar una unidad de acción.

Un punto de partida común en las distintas propuestas de determinación de la unidad de acción es dejar en claro que la unidad de acción no se identifica con el concepto de acción desarrollado en la teoría del delito, ya que no se trata de definir la acción, sino de encontrar una perspectiva de análisis que permita afirmar una unidad de sentido. Por esta razón, las distintas propuestas de interpretación se esfuerzan por precisar el punto de vista utilizado para determinar la unidad de acción. En disputa se encuentran concretamente el llamado concepto natural de acción y el llamado concepto jurídico de acción.

La llamada unidad natural de acción apunta a encontrar criterios previos al Derecho (penal) que permitan afirmar la unidad de acción, lo que significa que ubica la perspectiva de análisis fuera del Derecho (penal). Dentro de esta línea de interpretación pueden incluirse los que buscan alcanzar esta unidad a partir de ciertos datos antropológicos, el plan del autor o una perspectiva puramente sociológica. Sin entrar en las particularidades de los criterios mencionados, puede decirse que se les cuestiona mucho en la actualidad, sobre todo por la indeterminación de sus contornos. No obs-

tante, cabe señalar que la crítica de una indeterminación conceptual puede hacerse a cualquier comprensión valorativa que no precise suficientemente sus puntos de partida. Por esta razón, consideramos que el punto débil de la unidad natural de acción se encuentra, más bien, en la perspectiva de análisis asumida. Ya que una perspectiva ajena al Derecho no permite una adaptación del concepto a su contexto normativo, solamente una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva jurídica (más exactamente, jurídico-penal) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos. Es por ello que nos inclinamos por una unidad jurídica de acción y, concretamente, por una unidad determinada desde una perspectiva jurídico-penal. Esta unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad subjetiva y una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante.

1. Concurso ideal de delitos

A. Concepto

De acuerdo con el artículo 48º del Código penal, existe concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones resultan aplicables al mismo hecho. Esta definición parte de la idea de la unidad de hecho. Como ya hemos adelantado, esta unidad de hecho no se determina con criterios naturales, sino con criterios jurídicos. 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).

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. El único aspecto particular se encontraba en la simultaneidad de las acciones que producían el resultado típico. Como puede desprenderse fácilmente de lo 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.

La principal razón del rechazo de la tesis de la pluralidad de acciones en el concurso ideal reside en partir de una comprensión puramente conceptual de la acción (cada tipificación sería una acción), que difícilmente resulta compatible con la regulación legal del concurso ideal de delitos («mismo hecho»). Por esta razón, la discusión dogmática actual parte, más bien, de una unidad de acción. Así, la llamada teoría de la unidad sostiene que cada delito constituye necesariamente una acción, 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). 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. 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. Por nuestra parte, consideramos que el concurso ideal de delitos se ajusta como regla general a la teoría de la pluralidad. Una teoría de la unidad sólo puede resultar relevante en determinados supuestos especiales de concurso de delitos (delito continuado, por ejemplo).

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. 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. Así, el que vende como propios los bienes ajenos que se ha recibido para su distribución gratuita, realiza al mismo tiempo el delito de estelionato del artículo 197º, inciso 4 y el delito de venta ilegal de mercancías del artículo 237º del Código penal. Una identidad en el nivel de la descripción típica no puede tener lugar, pues una acción es vender como propios los bienes ajenos y la otra es vender los 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. 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, siempre y cuando se trate de conductas de aseguramiento del ataque sobre un bien. 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 y oculta esta situación con una falsificación de documentos de compra. Un delito de desvío fraudulento de crédito promocional del artículo 251º concurrirá idealmente con el delito de falsificación de documentos del artículo 427º del Código penal.

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. Un ejemplo típico de este supuesto es el delito de ejercicio ilegal de la profesión del artículo 363º del Código penal, que vincularía los delitos de falsificación de documento (título profesional) y los distintos delitos de estafa sobre los clientes. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado a favor de considerar en estos casos una unidad de acción y aplicar, por tanto, las reglas del concurso ideal de delitos. No obstante, la doctrina penal no 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. 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.

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 a partir del siguiente procedimiento: a) en primer lugar, debe determinarse, siguiendo la regla del concurso real de delitos, la pena por los delitos vinculados; y 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 48º del Código penal 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 artículo 48º del Código penal 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.

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. 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. De acuerdo con 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. La determinación del tipo penal con el marco penal más grave debe hacerse entre los tipos penales que pueden aplicarse material y procesalmente. 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. 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. Una vez establecida 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 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. Por otra parte, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave. En este sentido, el espectro de conse-

cuencias 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. En este sentido, se trata de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio de tiempo. Por ello, no le falta algo de razón a los que afirman que el concurso de delitos establece reglas de carácter procesal, pues regula la posibilidad de un juicio conjunto por una pluralidad de acciones punibles. Cada delito concurre en el proceso con su pena individual.

Hasta hace poco nuestra regulación penal del artículo 50º del Código penal no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que debía aplicarse la pena del delito más grave. 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), por lo que la doctrina penal se mostró poco de acuerdo con esta solución penológica del concurso de delitos. Las cosas han cambiado radicalmente con la última reforma del Código penal. De acuerdo con la actual redacción del artículo 50º del Código penal, 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.

En cuanto a la aplicación del principio de combinación de las consecuencias jurídicas del delito, la regulación anterior del artículo 50º del Código penal admitía, al igual que para el concurso ideal de delitos, la posibilidad de combinación con los otros delitos. No obstante, la actual regulación 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 norma. 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.

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. 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.

A. Unidad de delito sobre la base de 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. 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. La equivalencia de las realizaciones del tipo penal se determina de acuerdo con el tipo penal concretamente realizado. 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 251º del Código penal. 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.

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. Cada actuación del autor no configura un nuevo delito, sino que forma parte de la actividad antijurídica organizada. Un ejemplo del delito de organización podría ser el delito de contaminación del medio ambiente (artículo 304º del Código penal), en tanto se castiga la realización de vertidos que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Especialmente discutido se presenta, por el contrario, el delito de falsificación

de moneda (artículo 252º del Código penal), en tanto algunos lo consideran como un delito de organización, mientras otros le niegan tal calidad. 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. Debe tratarse de un aumento homogéneo que permita considerar la continuación como parte de un resultado global del hecho. La doctrina penal denomina a estos supuestos también como tipicidad aglutinada (*verdickte Tatbestandsmäßigkeit*). 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 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.

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. 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.

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. 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. Ejemplo de delito permanente es el delito de secuestro del artículo 152º del Código penal, que castiga al que priva injustificadamente de la libertad personal a otro.

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. Cada acto puede incluso estar recogido por separado como un tipo penal autónomo: El llamado delito compuesto. 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. Un delito de varios actos es, por ejemplo, de omisión de provisiones específicas del artículo 250º del Código penal, 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, se consideran varias acciones 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. Se trata de la vinculación de una serie de hechos concretos del mismo autor que realizan independientemente un injusto típico, pero que, por una vinculación interna y externa, se tratan como un solo hecho típico. Las razones que se han esgrimido para fundamentar esta solución tienen carácter tanto material como procesal. Materialmente, el delito continuado impediría el trato desproporcionado de la pena global por todos los delitos, que encuentra justificación, fundamentalmente, en sistemas donde rige el principio de acumulación de penas. Procesalmente, la aceptación de un solo delito continuado limitaría denuncias posteriores y mantendría estable el carácter de cosa juzgada. 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. Pero, con la actual regulación penal, que ha asumido un sistema de acumulación de penas, el cuestionamiento a la figura del delito continuado podría 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 y beneficiar única-

mente al autor en caso de varios hechos individuales graves. 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, de manera que nuestro parecer crítico frente a esta institución no nos libera de precisar sus particularidades positivas.

a.1) Elementos del delito continuado

Si bien en el artículo 49º del Código penal se hace mención de varios requisitos, la doctrina penal ha reducido a dos los elementos del delito continuado:

– *El elemento objetivo*: La faceta objetiva del delito continuado exige, en primer lugar, que las acciones del autor se dirijan a lesionar el mismo interés penalmente protegido. Esta unidad de bien jurídico genera cierta confusión frente a los casos de realización típica sucesiva. Mientras algunos aceptan que se trata de la misma cuestión, otros consideran que este aspecto objetivo del delito continuado admite supuestos que superan la sola realización típica sucesiva. Por nuestra parte, nos inclinamos por la segunda propuesta de interpretación, pues 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. Esta ampliación del ámbito de aplicación del delito continuado, tiene, sin embargo, una limitación expresa: En caso de bienes jurídicos altamente personales (vida, integridad corporal y libertad), se requiere además la identidad del sujeto.

La faceta objetiva del delito continuado requiere, en segundo lugar, que las acciones del autor constituyan realizaciones de varias violaciones de la misma ley penal, de igual o semejante naturaleza. 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, así como también en caso de tentativa y consumación. 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. La similitud de realizaciones típicas exige, pues, que se trate de la misma forma de ataque al interés jurídico protegido. Sumamente dudoso es que en este elemento objetivo del delito continuado se puedan incluir también las infracciones administrativas, lo que 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. 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. 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. Este aspecto marcaría otro elemento de distinción frente a la realización típica sucesiva.

– *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. 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. 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, sobre la base de un concurso real de delitos. 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. 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. Finalmente, existen también interpretaciones que renuncian a un dolo global o continuado y se centran en una unidad de conducción de vida punible o en elementos externos de la vinculación global. Por nuestra parte, debemos tener en cuenta que nuestra regulación penal requiere expresamente que el autor realice actos «de la misma resolución criminal», lo que parece conducir a la necesidad de un dolo global. 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 49º del Código penal 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.

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. 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. No obstante, la propia jurisprudencia alemana ha dejado de lado la figura del delito colectivo y se ha decidido a favor de un trato diferenciado de los distin-

tos actos individuales. 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.

La crítica formulada en el marco del Derecho penal alemán no podría, sin embargo, hacerse extensiva a nuestra regulación penal anterior, pues el artículo 49º del Código penal no sólo ofrecía una base legal para el reconocimiento de la figura delictiva del delito colectivo, sino que contenía incluso reglas de determinación de la pena más severas que las establecidas para el concurso real de delitos. 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 49º del Código penal en su primer párrafo *in fine*, se presenta como una derivación del delito continuado, que debe llevar a la conclusión de que también en el delito colectivo deben estar presentes los elementos objetivo y subjetivo 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. Esta regulación plantea la cuestión de si no estamos, más 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.

4. Concurrencia posterior

En nuestra legislación penal, concretamente en el artículo 51º del Código penal, se ha establecido una regla de carácter fundamentalmente procesal que permite solucionar los supuestos del llamado concurso real retrospectivo. De acuerdo con el 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. De allí que, al descubrirse con posterioridad a tal juzgamiento y condena los delitos restantes, ellos darán lugar a un nuevo juzgamiento, sin que aquella anomalía procesal afecte la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente. Como puede verse, se trata de los casos de sujetos procesados o sentenciados por delitos anteriores al inicio del proceso penal o a la expedición de la sentencia, que posteriormente se descubren.

Los casos que se engloban en el llamado concurso real retrospectivo son los siguientes:

- *El caso en el que durante el proceso penal se descubre otro hecho punible cometido antes de la sentencia condenatoria*: La anterior regulación penal del concurso real retrospectivo se ponía en este supuesto, lo que no hace la regulación actual. No obstante, no vemos inconveniente para aplicar *mutatis mutandis* el mismo criterio de la regulación anterior. En este sentido, el proceso penal debe adecuarse, de ser posible, al nuevo delito, con independencia de la pena que prevea, pues, de acuerdo con el

nuevo sistema de determinación de la pena, las penas en concurso de delitos deben acumularse.

- *El caso en el que se descubre otro hecho punible después de la sentencia condenatoria*: La anterior regulación diferenciaba los supuestos. Si la pena del delito descubierto era inferior a la impuesta, se procedía al sobreseimiento definitivo y se dictaba orden de archivo; 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 antes mencionado 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.

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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

JAKOBS, Günther *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. Cancio y Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Cuarta parte

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Lección 20:
LA PENA

I. INTRODUCCIÓN: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

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 un retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados. 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. En consecuencia, el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues, de lo contrario, no podrá restablecer la vigencia de la norma infringida. Está claro que la forma y la medida aflictiva de la consecuencia jurídico-penal dependerán de consideraciones históricas y culturales de cada sociedad.

Si bien la función del Derecho penal se materializa solamente mediante 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 como las medidas de seguridad, la reparación civil o las consecuencias accesorias que pueden imponerse en sede penal. Debe quedar claro, sin embargo, que estas consecuencias jurídicas no son propias del Derecho penal, aun cuando hayan sido incorporadas legislativamente al sistema penal por muy diversas buenas razones. No cabe cabe duda 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 Derecho civil o administrativo, pero debe quedar claro 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 de 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 este sentido, solamente la pena tiene, en sentido estricto, un carácter penal. Las otras consecuencias jurídicas del delito, incluida la clásica medida de seguridad, pueden también imponerse por el juez dentro de un proceso penal, pero debe quedar claro que los criterios de decisión para

imponer estas medidas son suministrados por los referentes normativos de otras ramas del Derecho, a saber, el Derecho administrativo o el Derecho civil. Si bien cabe reconocer que estas consecuencias jurídicas pueden desplegar también efectos preventivos o restabilizadores en tanto se impongan en el marco de un proceso penal, debe quedar claro que 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 vamos a ocuparnos de la consecuencia jurídica del delito propiamente penal, es decir, la pena. Esta consecuencia del delito tiene como presupuesto la imputación penal de un hecho antijurídico a un sujeto culpable. Debe quedar claro que la imposición de la pena no tiene lugar, al estilo de las leyes causales, mediante una aplicación automática que determina la procedencia y cuantía de la reacción, sino que también aquí entran en consideración cuestiones de carácter valorativo. Estas cuestiones valorativas se agrupan en dos grandes temas (la punibilidad y la determinación de la pena), de los que nos ocuparemos a continuación.

II. LA PUNIBILIDAD

1. Necesidad, ubicación y fundamento

Por regla general, un injusto culpable es punible. 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.

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. Esta situación explica, de alguna forma, por qué la ubicación sistemática y los contornos de la punibilidad se encuentran tan poco definidos. 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 puede meter todo aquéllo que no se puede incardinar en las categorías del delito. Está claro que, sea por la razón que fuere, esta situación de indeterminación no se puede mantener, 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, sin ser necesario, por tanto, mantener una categoría dogmática adicional. 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 con-

forman la categoría de la punibilidad, sin correr el riesgo de una excesiva ampliación o flexibilización de los elementos de la teoría de delito. Por esta razón, consideramos que 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. 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), ubicándose 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 *Jus puniendi.*

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. 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. Una orientación material tienen, por el contrario, los planteamientos que buscan fundamentar la categoría de la punibilidad en criterios político-jurídicos extrapenales o en la necesidad de pena. 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. 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, sino también el hecho de que este criterio resulta asimismo manejable en las categorías del delito.

En nuestra opinión, la búsqueda del fundamento de la categoría de la punibilidad no va por uno sólo de los planteamientos anteriormente 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 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 deri-

vados 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 está ya legitimado para castigar a una persona, pues se ha determinado la existencia de un injusto penal culpable, hay otras razones, ajenas a los criterios de imputación penal, que recomiendan no hacer efectiva la pena. El fundamento de la punibilidad se encuentra, definitivamente, en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante. Para saber cuáles son esos criterios, habría que entrar en la problemática de cada figura delictiva de la parte especial.

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 *Jus 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, no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación. 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. Es importante destacar que, en la medida que son aspectos ajenos al delito que afectan la necesidad de pena, no interesa si se presentan de manera concomitante al hecho delictivo o

con posterioridad. 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. Por lo general, se trata de resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo o la culpa del autor. Sin embargo, en la doctrina penal se han diferenciado las condiciones objetivas de punibilidad propias y las impropias. Mientras las primeras son completamente ajenas al injusto penal (por ejemplo, el requerimiento de pago en el delito de libramientos indebidos), las segundas pertenecen por su naturaleza al injusto penal, pero, por razones político-criminales, se sustraen del injusto para aligerar sus presupuestos de imputación objetiva y subjetiva (por ejemplo, la posibilidad de perjuicio del uso del documento en el delito de falsificación de documento). Está claro que, en sentido estricto, solamente las primeras pueden considerarse condiciones objetivas de punibilidad. Los aspectos referidos al injusto que se enmascaran como condiciones objetivas de punibilidad no deben ser interpretados como aspectos de la punibilidad, sino que deberá exigírseles los requisitos de imputación objetiva y subjetiva propios del injusto culpable. De lo contrario, la seguridad que ofrece la coherencia del sistema de la teoría del delito se tiraría por la borda.

B. Las causas de exclusión de la punibilidad

Las causas de exclusión de la punibilidad son aquellas circunstancias referidas al hecho o al autor, cuya concurrencia o aparición excluye la punibilidad del hecho delictivo. En la doctrina penal se han distinguido las causas personales de exclusión de la punibilidad de las causas materiales de exclusión de la punibilidad. Como se verá en el apartado siguiente, esta distinción no sólo tiene un interés conceptual, sino que presenta consecuencias prácticas diversas.

a. Causas personales de exclusión de la punibilidad

Las causas personales de exclusión de la punibilidad eximen de la pena a las personas que poseen un determinado estatus o cualidad especial, sin beneficiar, por tanto, a los otros intervinientes en el hecho que no reúnan dicha cualidad especial. Por ejemplo, al congresista que injuria a otro en un debate en el Congreso no podrá imponérsele la pena prevista para 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 posibles interferencias de otros poderes del Estado.

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. 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 68º del Código penal o la prescripción constituirán también causas de exclusión de la punibilidad de carácter personal.

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 partícipes. 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 134º del Código penal 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 136º del Código penal.

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, sin serlo. En el primer caso, la posición tradicional desde BINDING ha sido la irrelevancia del error. 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. 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. Hay que señalar, sin embargo, que el argumento antes mencionado, en todo caso, valdría

sólo para quienes parten de una función motivadora de la pena. Por el contrario, para quienes entienden que la pena tiene una función reestabilizadora, 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, sino que se tratará de un delito consumado que simplemente no puede 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 participación

Otro punto de discusión se presenta en relación con las reglas de participación en el delito. Dos son las cuestiones problemáticas de la participación que se suscitan en la

punibilidad. En primer lugar está la cuestión de si cabe hablar de una participación cuando se 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 post-ejecutiva que abra 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 partícipes 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 partícipes, la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad sólo beneficia a los sujetos en quienes concurra la circunstancia. Esta afirmación ha empezado, sin embargo, a relativizarse con la aparición de las llamadas excusas absolutorias objetivas o materiales que afectarían a todos los partícipes en el hecho. La doctrina ha intentado sustentar esta consecuencia mediante cierta proximidad de estas excusas absolutorias con las causas de justificación, pero debe reconocerse que esta forma de fundamentación produce una mayor confusión en las categorías sistemáticas del delito. 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 partícipes 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 partícipes 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 partícipes 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 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 del 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. 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 punibilidad. Este parecer se apoya en el hecho de que resultaría injusto que el autor de un delito se vea beneficiado por la 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 criterio 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 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 deben diferenciarse de los llamados presupuestos de procedibilidad. Como presupuestos de procedibilidad se suelen considerar los informes técnicos de instituciones como el indecopi en delitos relacionados con su actividad de protección y supervisión del mercado. La doctrina especializada ha ensayado diversos criterios para poder hacer esta diferenciación. Un criterio que aún 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. De acuerdo con 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» y el «cómo» de la actividad procesal. A este criterio se le ha objetado, entre otras cosas, no proporcionar un criterio

material. 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.

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 pena o no depende de la circunstancia en cuestión sin un proceso, entonces se tratará de un presupuesto de punibilidad. 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. Por el otro, se le cuestiona 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.

Los extremos a los que llegan los planteamientos anteriormente expuestos parecen abogar por soluciones intermedias. En esta línea parece moverse precisamente el planteamiento originalmente propuesto por GALLAS y desarrollado luego, con sus propios matices, por SCHMIDHÄUSER. 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 que aquellas circunstancias que son ajenas al complejo del hecho solamente serán presupuestos de procedibilidad. En efecto, solamente los aspectos que están inmediatamente vinculados al hecho son alcanza-

dos por las exigencias del principio de legalidad y, por lo tanto, tienen un carácter de Derecho material. 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. En cualquier caso, tampoco este criterio de distinción ofrece márgenes de separación claros con soluciones unívocas. Por ello, no puede sorprender 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.

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, la separación conceptual solamente sería relevante a efectos de las consecuencias prácticas, pero no en cuanto a la función integral del sistema penal. 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 manera más concreta: 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 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. 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. 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.

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. Por un lado, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código penal francés de 1791, que establecía penas fijas absolutamente 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. 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. Nuestro Código penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena.

El proceso de determinación de la pena asumido por nuestro Código penal constituye un proceso complejo 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 modifi-

can 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 caso 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. Veamos con mayor detalle en qué consisten cada uno de estos pasos del proceso de determinación de la pena.

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. En el artículo 28º del Código penal 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. Estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en el tipo penal respecto de su imposición. En primer lugar, puede presentarse como una pena única, es decir, como la única pena de determinada naturaleza que puede imponerse al delito. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa. 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 39º). Hay que precisar que la pena accesoria requiere ser expresamente impuesta por el juez en la sentencia condenatoria.

Las clases de penas previstas en el artículo 28º del Código penal 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 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 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 28º del Código penal. Así, pues, este artículo del Código 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. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código penal, este texto punitivo ha unificado la pena privativa de libertad, sin diferenciar las diversas modalidades de la pena privativa de libertad, como lo hizo, por ejemplo, el Código penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régi-

men privado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97º del Código de Ejecución Penal). En el actual Código penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua.

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo desde los defensores de la criminología crítica, en las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad más grave. Si bien no se ha excluido del catálogo de penas, la pena privativa de libertad tendría que reservarse para los hechos más intolerables. 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 (penas restrictivas de derechos, por ejemplo).

b. Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. Son 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 pena de expatriación se encuentra actualmente cuestionada, pues se considera contraria a la normativa internacional referida a derechos humanos que niega la posibilidad de expulsar del país a los nacionales. En todo caso, no se les contempla como una pena autónoma, sino, más bien, como una pena complementaria a la pena privativa de libertad. En este sentido, las penas restrictivas de libertad se aplican después de cumplida la pena pri-

vativa de libertad impuesta. Esta clase de pena se prevé para delitos especialmente graves (narcotráfico, por ejemplo) o para delitos contra el Estado y la defensa nacional.

c. Las penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, la libertad personal, 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. 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 a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras publicas (prestación de servicios a la comunidad), sea permaneciendo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres). 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, limitativa de derechos o multa). Pero aun cuando no estén contempladas expresamente por el 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.

En cuanto a la pena de inhabilitación, cabe señalar que el nuevo Código penal ha suprimido el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el Código penal anterior, convirtiéndola

ahora en temporal. 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. El uso de esta pena limitativa de derechos 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 36º, inciso 4 del Código penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria.

d. La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad como, por ejemplo, el delito de calumnia. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días»multa. Por un lado, se establece 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 sobre la base de su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Por el otro, 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. De esta manera, la pena de multa tiene en consideración no sólo la gravedad del hecho delictivo, sino también la capacidad económica del delincuente. La pena de multa puede imponerse de manera exclusiva o conjunta, así como también convertirse en otra pena en fun-

ción de las razones de su incumplimiento. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa. Es más, las empresas recurren 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. 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 desvirtualización 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 quitan 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 multa a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa. 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 aplicable a cada tipo penal de la parte especial. Esta labor no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *Jus 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 2º, inciso 24, literal d de la Constitución Política. Según 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). 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.

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 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. ej. parricidio) o el marco penal mínimo (p. ej. el delito de contabilidad paralela), originándose así una indeterminación legal que requiere ser corregida. 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 abstracto mediante una interpretación sistemática. 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.

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 del legislador penal. Es necesario que éste tenga en cuenta el principio de proporcionalidad al fijar el marco penal abstracto. 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 stricto sensu. Veamos a continuación en qué consisten cada uno de ellos.

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. Debe quedar claro que la aceptación del prin-

cipio de proporcionalidad en la intervención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena. Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado. Las concepciones de la pena que se centraban únicamente en su efecto disuasorio han sido actualmente dejadas de lado, pues el poner la mirada exclusivamente en tal finalidad puede llevar, como es lógico, a una situación de terror penal. La gravedad de la pena no puede atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades punitivas de la sociedad. 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 grupo social.

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 hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho. 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. 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. 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 garan-

tías 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. Desde posturas preventivas, consideramos que esta interpretación de las garantías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la más correcta.

Las posibilidades de justificación del principio de proporcionalidad de las penas no se 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 transmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía. 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. 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». La necesidad de la pena puede verse desde dos planos. En primer lugar, desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social. La doctrina penal denomina a esta exigencia como principio de mínima intervención, según el cual el Derecho penal es la *ultima 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 afectaciones más intolerables (fragmentariedad). 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.

El juicio de necesidad de la pena 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». 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. 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. 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 la modalidad de ataque. 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. 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. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales.

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho se formule de manera general 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. 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. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil, la incautación o el retiro de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En la determinación del límite máximo de la pena, se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la victima en caso de no existir una sanción estatal. 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. 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. 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 este apartado nos ocuparemos de los supuestos generales previstos por el legislador que modifican el marco penal abstracto. Se trata de aspectos que afectan la proporcionalidad del marco penal abstracto en relación con las características especiales del delito, siendo necesaria, por tanto, una modificación del marco penal abstracto.

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal de la parte especial o determinado con base en los marcos generales de la respectiva clase de pena, puede sufrir algunas modificaciones por la presencia de alguna circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad que traiga consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del marco penal abstracto. Se trata de las llamadas agravantes o atenuantes genéricas. Antes de entrar a analizar con mayor detalle estas dos clases

de circunstancias de modificación del marco penal, resulta conveniente hacer una referencia general a ciertos aspectos comunes.

En primer lugar, debe señalarse que la agravante o atenuante genérica sólo afectará el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues, de lo contrario, se estaría realizado una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del *non bis in idem*. En estos casos, no será aplicable la circunstancia modificativa de la responsabilidad genérica. Por otro lado, debe mencionarse que, en virtud del artículo 26 del Código penal, existen determinadas circunstancias que afectan la responsabilidad penal que no pueden comunicarse a los otros partícipes del mismo hecho punible. Para poder determinar en qué casos la circunstancia modificativa de la responsabilidad resulta incomunicable a los otros partícipes resulta necesario distinguir entre las circunstancias referidas al hecho y las referidas al autor. Las circunstancias referidas al hecho no pertenecen, por definición, a los partícipes, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por lo tanto, todos los partícipes que conocen de tales aspectos verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal de ser el caso. Circunstancias referidas al hecho son aquéllas que, por ejemplo, sustentan el incremento de pena en los medios empleados, en la gravedad del resultado o en la pluralidad de perjudicados. En estos casos, el marco penal se amplía o reduce para todos los partícipes en el hecho que conocen dicha circunstancia (si no habrá un error de tipo referido a la circunstancia agravante). Las circunstancias referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor. Por esta

razón, pertenecen al autor sobre el que recaen, no siendo posible su atribución directa a otros partícipes en el hecho.

Un segundo 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 16º del Código penal, mientras que la atenuante de la imputabilidad restringida le otorga la facultad al juez de decidir su procedencia o no. Como puede verse, en el primer caso el juez debe seguir un criterio general de modificación de la responsabilidad impuesto por el legislador, mientras que en el segundo caso el juez puede valorar el supuesto específico y ver si en el caso concreto la circunstancia específicamente prevista afecta realmente el merecimiento de pena del delito cometido. Un aspecto discutido en la doctrina y jurisprudencia alemanas es la referida al criterio que debe considerarse para aplicar la circunstancia modificativa de la responsabilidad potestativa. Mientras que un sector se inclina por una consideración total del hecho, otro sector entiende que esta cuestión debe decidirse con base en la circunstancia específica que motiva la modificación de la responsabilidad. 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. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica es más terminológica que material.

a. Las agravantes genéricas

Las agravantes genéricas no son muchas en nuestro Código penal y no se encuentran sistematizadas adecuadamente. Posiblemente la agravante genérica que más destaque, sobre todo por su aplicación constante en los últimos tiempos por los tribunales penales nacionales, sea la prevista en el artículo 46º»A del Código penal que aumenta en un tercio el límite máximo abstracto de pena al sujeto activo funcionario público que se aprovecha del cargo para cometer el delito. Se trata de la llamada agravante de prevalimiento del cargo. Sin embargo, a esta agravante genérica se le han agregado en una reciente modificación del Código penal nuevas agravantes genéricas como las referidas a la reincidencia (artículo 46º»B) y a la habitualidad (artículo 46º»C), 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. Otro supuesto genérico de incremento de la pena que se encuentra contemplado ya en nuestro Código penal en la segunda parte del artículo 49º es el supuesto del delito colectivo o masa que permite ampliar el marco penal máximo en un tercio.

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. La situación se torna un tanto más complicada por el distinto 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 21º del Código penal o la confesión sincera del artículo 136º 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 16º, o la disminución de la pena en la complicidad secundaria). Una primera interpretación de este diferente tenor 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 que podría tener esta interpretación, creemos 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.

c. Concurrencia de circunstancias

La concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la pena no debe confundirse con un supuesto de concurso de leyes, en donde solamente un tipo penal resulta finalmente aplicable. 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, en el Código penal peruano no existen reglas al respecto, por lo que resulta necesario desarrollar ciertas reglas de proporcionalidad para salvar este vacío legal.

En nuestra opinión, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal debe seguir 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. Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, 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, 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. Concurso de delitos

El marco penal abstracto resulta afectado también en el caso del concurso de delitos. En la medida que concurren dos o más delitos, concurren también dos o más marcos penales. La solución general asumida hasta hace poco por nuestro Código penal, no permitía la acumulación de las penas, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave. En efecto, los artículos 48º, 49º y 50º del Código penal establecían conjuntamente que en los casos de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave. Solamente en el delito colectivo o masa la regla general de la absorción sufría una modificación, pues el artículo 49º del Código penal dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista, lo que significa asumir un criterio de exasperación. La última modificación

realizada a los artículos 48º y 50º del Código penal cambia la regla en el concurso de delitos, pues asume el criterio de la exasperación en el caso del concurso ideal (incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite de 35 años) y la acumulación de penas para el concurso real (sumatoria de las penas fijadas para cada delito hasta un máximo del doble de la pena más grave sin superar los 35 años), dejando 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.

La variedad de criterios asumidos por nuestra actual regulación no impide el uso del 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. 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. La absorción o acumulación de los tipos penales no impide, sin embargo, que los delitos absorbidos o acumulados sean considerados en la individualización de la pena.

3. La individualización judicial de la pena

A partir del marco penal abstracto, modificado por las eventuales circunstancias modificativas genéricas, el juez penal debe individualizar la pena por el delito o los delitos. Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legal-

mente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentran concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código penal que el juez penal debe observar de manera especial.

A. *La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena*

La individualización judicial de la pena debe seguir las mismas líneas directrices de la determinación legal de la pena. Sin embargo, debe señalarse que, por evidentes razones de operatividad, el principio de legalidad no puede desplegar su mandato de determinación en la pena judicialmente impuesta. Ante esta situación, el principio de proporcionalidad asume el papel principal como criterio informador de la labor del juez penal al momento de determinar la pena exacta a imponer al autor de un delito. 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. Sin embargo, debe quedar claro que los criterios de referencia en cada una de estas tres dimensiones no se corresponden con los utilizados en la determinación legal de la pena, sino que se expresan de forma distinta. En lo que sigue, vamos a mostrar precisamente las particularidades de cada uno de estos juicios de proporcionalidad en el ámbito de la individualización de la pena.

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 esta etapa del sistema penal. A diferencia de la proporcionalidad en la previsión legal de las penas, el Tribunal Constitucional no ha trabajado de manera específica la proporcionalidad en la imposición judicial de las penas, por lo que habrá que precisarla sin la ayuda de sus desarrollos jurisprudenciales. Para poder determinar la función que la pena desempeña en el plano de su imposición judicial, debemos tener en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad o 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 adquiere un carácter esencial para el cumplimiento de esta función. En consecuencia, la labor judicial no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de culpabilidad, 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».

De lo expuesto puede colegirse que la culpabilidad constituye el fundamento de la imposición de la pena, de manera tal que el juez no podrá actuar amparado simplemente en necesidades de prevención o reestabilización. No compartimos, por tanto, un concepto de culpabilidad sustentado en elementos puramente preventivos o restabilizadores, pues se renunciaría finalmente al carácter sancionatorio del Derecho penal. Las necesidades del sistema deben pasar necesariamente por el filtro de la culpabilidad del autor.

Con lo anterior no se niega, y esto es importante resaltarlo, que la culpabilidad resulte permeable a las necesidades del sistema social (de prevención o de reestabilización).

Pero debe quedar claro que no sólo importa el ámbito 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, serían tan relevante como 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 de manera legítima en 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.

Como corolario de las ideas expuestas en los párrafos precedentes, una pena resultará desproporcionada 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 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: La alternatividad penal

El juez penal, al imponer la sanción penal, debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir a los mecanismos de reacción menos lesivos, evitando sobre todo la desocialización del condenado. 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 restricti-

vas. En este punto, adquiere especial relevancia la llamada alternatividad penal, la cual consiste en utilizar un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Nos referimos concretamente a medidas como la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57º CP), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62º CP), la sustitución y conversión de penas (artículos 32º y 52º CP) y la exención de pena (artículo 68º CP). Estos mecanismos alternativos se encuentran reconocidos en nuestro Código penal, de manera que si un juez penal no recurre a ellos, pudiendo hacerlo, imponiéndole, más bien, al sujeto culpable una sanción penal, 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 en estos casos la necesidad de prevención general o reestabilización no requiere una pena efectiva.

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. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el límite máximo de 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 Nº 0965-2004-HC del 11 de octubre de 2005, n.m.

9). Por consiguiente, 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 la pena si es que no se corresponde con la gravedad del delito concreto.

Para determinar la gravedad del delito en vista a establecer la pena concreta, la doctrina recurre a la culpabilidad. En efecto, la función de la culpabilidad no queda solamente en el hecho de ser fundamento de la pena. Desde ACHENBACH se ha distinguido con claridad la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medición de la pena. En consecuencia, la culpabilidad sirve también para medir la pena aplicable al procesado. La culpabilidad como criterio de medición está conformada por el conjunto de aspectos que tienen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto. Esta culpabilidad no puede reducirse, en este contexto, a una categoría del delito, sino que debe abarcar la globalidad del delito. En el Derecho penal alemán se acoge expresamente la culpabilidad como el fundamento de la medición de la pena (§ 46 StGB), sustentado la doctrina la incorporación de esta disposición en el hecho de que el Derecho penal es un Derecho penal de la culpabilidad que se actualiza en la realización de una conducta determinada (culpabilidad de acto). 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 se constituye en el criterio de la individualización de la pena? La culpabilidad como criterio de medición no debe identificarse con la categoría dogmática que fundamenta la pena, sino que está referida a la responsabilidad del autor frente a la sociedad por la gravedad del hecho cometido. Se trata, por tanto, de considerar todos los aspectos del delito (injusto culpable) que inciden en su gravedad y que permiten al juez determinar la pena concreta que, dentro del marco penal abstracto, le corresponde al hecho delictivo concreto. Es evidente que, pese a la importancia permanente de diversos aspectos sociales, la gravedad de un hecho tiene ciertos condicionamientos culturales, por lo que el juicio de gravedad no tiene que ser siempre necesariamente el mismo. El criterio de culpabilidad para la individualización de la pena está constituido por la gravedad del injusto culpable realizado por el autor.

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. Como puede verse, se trata de una interpretación de la culpabilidad unida en cierta forma a una comprensión retribucionista, poco permeable a consideraciones preventivas. Las críticas a esta teoría se resumen en dos puntos: por un lado, se cuestiona la premisa de que la culpabilidad pueda llegar a un punto firmemente fijado dentro del marco penal abstracto y, en segundo lugar, se reprocha que no se pueda incluir consideraciones preventivas. Frente a la teoría de la pena puntual, se presenta la teoría de la prohibi-

ción de sobrepasar la culpabilidad. Según 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.

Las críticas a ambos planteamientos extremos de las teorías sobre el criterio de la culpabilidad para la determinación 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 culpabilidad 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. 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. De acuerdo con esta teoría, el juez determina la pena sobre la base de criterios de prevención dentro de un marco de culpabilidad constituido por un mínimo ya adecuado y por un máximo todavía adecuado a ella. Se trata de una prevención en el marco de la culpabilidad. En la doctrina penal, esta teoría ha sido la que ha recibido mayor reconocimiento, pero también ha sido objeto de críticas en el sentido de no poder determinar unívocamente el marco de la culpabilidad. Nuestra legislación positiva no ha asumido expresamente ninguna de estas teorías, pero el tenor del artículo VIII del Título Pre-

liminar del Código penal resulta plenamente compatible con la teoría del marco de la culpabilidad, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba.

Por nuestra parte, no compartimos la idea de que la culpabilidad es solamente un marco dentro del cual se va determinado la pena concreta con base en finalidades de prevención general y especial. La culpabilidad que se toma en consideración para establecer la pena concreta constituye un criterio general de responsabilidad frente a la sociedad, la cual no se limita a la gravedad del hecho, sino que tiene en consideración las condiciones del autor. En este sentido, la responsabilidad penal del autor no se queda en la gravedad del hecho en sentido estricto, sino que abarca también aspectos referidos a la personalidad y condiciones sociales del autor. La sociedad debe asumir parte de culpa en las condiciones desventajosas de desarrollo del condenado y, por tanto, apuntar a su resocialización. En consecuencia, la función de reestabilización de la pena debe tener presente al momento de establecer la pena concreta que tiene frente a sí no a un simple factor de perturbación social, sino a una persona que, de alguna manera, es producto de las propias condiciones generadas por la sociedad.

B. Los criterios específicos de la individualización de la pena

Los artículos 45º y 46º del Código penal peruano ofrecen al juez penal un conjunto de criterios específicos que debe considerar en su labor de individualización de la pena. Se trata, en consecuencia, de aspectos específicos derivados de la culpabilidad como criterio de medición. No resulta fácil extraer del tenor de la ley la lógica de su estructuración, por lo que procederemos a sistematizarlas, siguiendo a la doctri-

na penal, en función de si se vinculan al injusto culpable o a las necesidades de prevención (o reestabilización). Pero antes de entrar en el análisis de estos criterios específicos, quisiéramos remarcar dos cuestiones generales de necesaria respuesta: la dirección de la valoración y la prohibición de doble 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 dichas circunstancias específicas un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración. 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». La principal objeción de este planteamiento consiste en que lleva a soluciones diferentes según la experiencia distinta de cada juez. 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. Este modelo normativo del caso regular resulta, en nuestra opinión, el más adecuado.

La prohibición de doble valoración 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. El propio artículo 46º del Código penal establece que los criterios específicos contenidos en este artículo solamente 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*. Sólo excepcionalmente el juez podrá valorar una circunstancia ya valorada en la ley, si es que se trata de fijar su gravedad frente a otras circunstancias igualmente recogidas en el tipo penal. Por ejemplo: en el delito de licitaciones colusorias en su modalidad de coacciones en licitaciones (artículo 241º, 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.

a. Los criterios referidos al injusto culpable

En el artículo 46º del Código penal se establecen diversos criterios específicos referidos al injusto culpable para la determinación de la pena concreta. En cuanto a la acción, se destaca especialmente la naturaleza de la acción (inciso 1), es decir, la potencialidad lesiva de la acción, así como la lesividad también de los medios empleados (inciso 2). Respecto al resultado se menciona expresamente como criterio de medición la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor (inciso 4). Debe precisarse que este criterio específico del injusto culpable no implica una extensión a cualquier resultado desvalorado derivado causalmente de la con-

ducta del autor. Solamente podrán considerarse aquellos resultados abarcados por el fin de protección de la norma. La parte subjetiva del hecho es tenida también en consideración al contemplar como criterio específico el móvil o fines del autor (inciso 6), en donde se tiene que valorar en la determinación de la pena concreta si el autor actuó por necesidad, honor o lucro.

Los criterios específicos referidos al injusto culpable se remiten también a aspectos circunstanciales o globales del hecho. En cuanto a los aspectos circunstanciales del hecho se recogen expresamente el tiempo, lugar, modo y ocasión del delito (inciso 5), 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. Por su parte, la valoración global del hecho para determinar la pena concreta se recoge con el criterio de la importancia de los deberes infringidos, que le permite al juez adaptar la pena concreta al mayor desvalor del hecho. 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 institucional merece una pena mayor que el que se produce por la infracción del deber general del ciudadano.

Todos los criterios específicos del injusto culpable mencionados deben ser ponderados por el juez a efectos de fijar la pena concreta por el delito cometido. Hay que señalar que los criterios brevemente reseñados, tal como se desprende del tenor de la ley, se deben considerar especialmente por el juez, lo que pone de manifiesto no sólo su carácter prioritario, sino también su no exclusividad. En efecto, el juez podrá tener en consideración otros aspectos derivados del injusto culpable que, si bien no están recogidos en el artículo 46º del

Código penal, inciden igualmente en la determinación de la pena concreta.

b. Los criterios referidos a las necesidades de prevención o reestabilización

Los criterios de individualización de la pena referidos a las necesidades de prevención o estabilización están contemplados tanto en el artículo 45º, como en el artículo 46º del Código penal. En primer lugar, existen criterios específicos que destacan aspectos posteriores al hecho que cuestionan la necesidad de mantener la pena concreta conforme al criterio de la gravedad del injusto culpable. En particular, se puede destacar el criterio de la reparación espontánea del daño del inciso 9 del artículo 46º del Código penal que, en nuestra opinión, debe vincularse con el artículo 45º inciso 3 del mismo texto legal que le exige al juez tener en cuenta los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. Con la reparación del daño, el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, afectando así la cuantificación de la pena concreta. Igualmente tiene relevancia, desde el punto de vista de la prevención, la confesión sincera del autor antes de ser descubierto, en la medida que con su proceder muestra su arrepentimiento posterior y, por tanto, la falta de necesidad de una pena más grave con fines de prevención o reestabilización.

Las necesidades de prevención o reestabilización resultan sensibles también a las condiciones personales y sociales precedentes del autor. En efecto, la determinación de la pena debe tener en consideración las condiciones y circunstancias personales del agente: su edad, educación, situación económica y medio social, así como su cultura y costumbres. E in-

cluso aspectos vinculados a su experiencia personal, como es el caso de las carencias sociales que hubiese sufrido, deben tenerse consideración a efectos de determinar el nivel de pena que permitiría restablecer la norma infringida. En este orden de ideas, no sorprende que el artículo 46º del Código penal 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 78º, varios supuestos en los que no procede procesar penalmente a una persona o ejecutar la sanción penal impuesta. 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 (como, por ejemplo, la prescripción), materialmente se expresan como causas de exclusión de la punibilidad. No obstante, nuestro Código penal le da un tenor procesal al regularlas como causa 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.

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.

B. *La prescripción del delito*

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la acción penal que se sustenta en la falta de necesidad de pena por el paso del tiempo (criterio material) y en que el paso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal). De acuerdo con el artículo 80º del Código penal, la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por ley para el delito, si es privativa de libertad. Sin embargo, este plazo de prescripción tiene un límite de 20 años, por lo que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad máxima superior a ese limite mantendrán como plazo de prescripción los 20 años. En caso que la pena privativa de libertad prevista para el delito sea de cadena perpetua, el plazo de prescripción será de 30 años. Si el delito contempla otras clases de pena, la acción prescribirá a

los dos años. Si se presenta un concurso real de delitos, cada delito seguirá separadamente su propio plazo de prescripción, mientas que si se trata de un concurso ideal la prescripción de los delitos se determinará con el plazo de prescripción del delito previsto con la pena mayor.

El cómputo del plazo de prescripción se inicia luego de la consumación, en el caso de los delitos instantáneos. Si se trata de un delito permanente, el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del día que cesó la permanencia. Si el delito quedó en el grado de tentativa, el cómputo de la prescripción comienza el día que cesó la actividad delictuosa. En caso de delito continuado, desde el día que terminó la actividad delictuosa. Este plazo de prescripción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, así como por la comisión de un nuevo delito doloso. En estos casos, el plazo de prescripción vuelve a contarse desde el día siguiente de la última diligencia o de la comisión del nuevo delito doloso. Por otra parte, el plazo de prescripción puede suspenderse si el proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. Por ejemplo: la extradición del autor del delito o el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. El Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116 de la Corte Suprema ha incluido también como un supuesto de suspensión de la prescripción la interposición del recurso de queja excepcional en los procesos sumarios, suspendiéndose la prescripción durante el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y 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. Finalmente, debe considerarse también lo dispuesto en el

artículo 339º.1 del Nuevo Código Procesal penal, en donde se dispone que la formalización de la investigación preparatoria producirá el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción penal.

En la parte final del artículo 83º del Código penal se regula un plazo extraordinario de prescripción, el cual no se interrumpe en ningún caso. Este plazo extraordinario se vence cuando «el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción». 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. En la medida que el plazo extraordinario de prescripción establece su inmunidad solamente frente a las causas de interrupción del plazo de prescripción, hay que entender que este plazo sí se suspende al igual que el plazo de prescripción ordinario. Esta regulación parece razonable en la lógica del Código penal, pues las causas de suspensión no dependen del retardo de los órganos de juzgamiento del delito, sino de otras autoridades. Sin embargo, la ampliación de las causas de suspensión de la prescripción que hace el Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116 de la Corte Suprema y finalmente el Nuevo Código Procesal Penal, desnaturalizan completamente el sentido de la suspensión de la prescripción y, por tanto, de la prescripción extraordinaria.

C. La amnistía

El artículo 102º, inciso 6 de la Constitución Política establece que una de las atribuciones del Congreso de la Repúbli-

ca 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, 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 103º 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 1º de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44º 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 (STC Nº 00679-2005-AA).

D. El derecho de gracia

El artículo 118º, 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 118º, 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 120º de la Constitución)» (STC Nº 04053-2007-HC).

> «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 139º, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44º 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 según el 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» (STC Nº 04053-2007-HC).

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. Este instituto procesal se encuentra reconocido en el artículo 139º, inciso 13 de la Constitución Política del Perú, en donde se establece «la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada». En consecuencia, la cosa juzgada constituye una garantía constitucional de

la administración de justicia, según la cual el objeto de un proceso que ha concluido con una resolución firme no puede ser nuevamente juzgado en el mismo proceso o mediante uno nuevo. 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. De esta forma, el ciudadano resulta protegido frente a la arbitrariedad o ligereza estatal en el ejercicio del *Jus 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».

El artículo 90º del Código penal dispone que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. En consecuencia, el fallo definitivo en sede penal constituye una cosa juzgada absoluta que no puede ser revisada en el mismo proceso o en otro proceso penal. No obstante, la cosa juzgada extingue la acción penal no solamente en caso se trate de un fallo expedido en sede penal, sino que decisiones firmes procedentes de otros ámbitos pueden también desplegar los efectos de extinción de la persecución penal. En efecto, el artículo 79º del Código penal 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. De la misma manera, el principio del *non bis in idem*, cuyo reconocimiento en nuestra legislación ha venido de la mano de los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, impide que se procese a la misma persona por un mismo hecho en razón de un mismo fundamento. Al respecto el Tribu-

nal Constitucional ha señalado que «el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido» (STC Nº 3194-2004-HC).

F. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada

En el caso de delitos que se persiguen por acción privada, como los delitos contra el honor, la acción penal se extingue si es que el sujeto activo del delito se desiste del ejercicio de la acción penal o transa con el agraviado mediante un acuerdo conciliatorio.

2. Las causas 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 que debe cumplirse. Estas causas se mencionan expresamente en el artículo 85º del Código penal, 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, la acción penal no se extingue, sino la ejecución de la pena. Por esta razón, el artículo 85º contempla la muerte del condenado como una causa de extinción de la pena.

B. La prescripción de la pena

La pena impuesta al autor prescribe si no se cumple en el tiempo que fija la ley para la prescripción de la acción penal, es decir, el máximo de pena prevista para el delito del que se trate. El plazo se contará desde el día en el que la sentencia condenatoria quedó firme. 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. 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. 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. El cumplimiento de la pena no se alcanza con la obtención de la libertad condicional, 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.

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 118º, 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.

E. La exención de pena

La exención de pena se encuentra regulado en el artículo 68º del Código penal, 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. Se trata de un supuesto de perdón como el indulto, con la particularidad que dicha facultad no le corresponde al Ejecutivo, sino a los jueces penales de acuerdo con los parámetros definidos en el artículo 68º del Código penal.

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 inci-

dencia 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis et al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Gracia Martín (coord.), Tiran lo blanch, Valencia, 1996.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, *Derecho procesal penal*, T. I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003.

Lección 21:
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. INTRODUCCIÓN

El origen de las medidas de seguridad se remonta al positivismo italiano que estudió el fenómeno criminal no desde la perspectiva del delito, sino del delincuente. De acuerdo con la perspectiva de este planteamiento, la intervención del Derecho penal no tenía que sustentarse en la lesividad del hecho delictivo, sino en la peligrosidad del autor, de manera 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. Con independencia de los 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. 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 pre-

vención especial establece que la pena tendrá que asumir, en estos casos, la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además 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 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 del injusto culpable. 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 América en los años sesenta. 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, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le consigue resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaba imponer al delincuente en el proceso de resocialización un determinado esquema de valores (el socialmente imperante), lo cual vulneraba el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas, incluidos los delincuentes. 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 según lo dispone el artículo 139º, inciso 22 de la Constitución Política del Perú. Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio.

La introducción de la idea de la resolución en la ejecución de la pena no es, sin embargo, la única incidencia del positivismo italiano en el sistema contemporáneo. La idea de la peligrosidad criminal logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal: las llamadas medidas de seguridad. 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 el tratamiento. De esta manera, el sistema de consecuencias jurídicas del delito asumió una doble vía, en tanto se permitía la imposición de penas como de medidas de seguridad. En esta lección nos vamos a ocupar de los aspectos centrales de las llamadas medidas de seguridad.

II. FUNDAMENTO

El artículo VIII del Título Preliminar exige, en cuanto a la imposición de las medidas de seguridad, la existencia de intereses públicos predominantes. Como puede verse, estas consecuencias jurídicas del delito no se fundamentan en la culpabilidad del autor por el delito cometido como sucede con las penas, sino en intereses públicos predominantes, un aspecto que le corresponde resguardar al Estado. Si la personalidad anómala del autor de un delito pone de manifiesto un peligro permanente de comisión de nuevos delitos, la defensa del interés público obliga al Estado a corregir o paliar este defecto constitutivo del autor. No obstante, el interés público no siempre autoriza la imposición de medidas de seguridad a los sujetos peligrosos. La regulación del artículo VIII establece que el recurso a una medida de seguridad, tanto en su formulación legal, como en su imposición por un juez, debe obedecer a un interés social lo suficientemente relevante como para limitar a una persona (inimputable, imputable relativo o imputable alcohólico o drogadicto) ciertos

derechos fundamentales como la libertad. Hay que precisar, sin embargo, que esta argumentación no debe encuadrarse dentro de una visión utilitarista que legitima afectar a una persona para beneficiar a la mayoría, sino que dentro del propio interés público predominante debe estar la propia mejora del sujeto inimputable o con problemas de adaptación social. La medida de seguridad se impone a una persona en incapacidad de mejorar por sí sola, siendo la peligrosidad de futuros delitos lo que ofrece la autorización para tal intervención del Estado.

El hecho de que las medidas de seguridad no se apoyen en la culpabilidad por el hecho no significa que no cuenten con ningún criterio para controlar su medida. La imposición de las medidas de seguridad debe ajustarse a un criterio de proporcionalidad como cualquier medida restrictiva de derechos de los ciudadanos. En este orden de ideas, tanto la doctrina como la propia legislación penal vigente (el artículo 73º del Código penal, para ser más exactos), limitan la imposición de las medidas de seguridad en atención a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la del que probablemente cometiera si no fuese tratado. La proporcionalidad se configura aquí fundamentalmente como un límite formal a la intervención estatal defensora del interés común.

III. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina penal dominante le asigna a las medidas de seguridad el carácter de sanciones penales. 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 impues-

tas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas auténticas «sanciones penales». En esta línea, el precedente vinculante de la Corte Suprema R.N. Nº 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 (posdelictuales) el carácter de sanción penal por el solo hecho de constituir restricciones de derechos impuestas en un proceso penal. 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 puede 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 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. El argumento de que solamente dotando a las medidas de seguridad de un carácter penal podría asegurarse el debido respeto de las diver-

sas garantías del ciudadano, 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.

IV. LOS PRESUPUESTOS

Tal como lo establece el artículo 72º del Código penal, 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 exigir solamente la realización de un hecho típico y antijurídico, esto es, un injusto penal para la imposición de una medida de seguridad. Esta exigencia trae como consecuencia además que estén fuera del ámbito penal la posibilidad de imponer medidas de seguridad predelictivas, 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 sin dolo o culpa, faltándole, por tanto, a su conducta el carácter de típica (por falta de tipicidad subjetiva). 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 72º del Código penal. 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 elevada probabilidad de que el agente vuelva a cometer nuevos delitos. 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.

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 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 la realización del delito y las

condiciones personales del agente, de manera tal que dicho agente podrá recibir 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 prognosis.

V. CLASES

Las medidas de seguridad están reguladas en el artículo 71º de nuestro Código penal. Estas medidas posdelictuales son de dos clases: la internación y el tratamiento ambultario. El primero 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. 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 inimputable o sujeto peligroso. Como puede verse, se trata de medidas que se sustentan en la peligrosidad criminal de la persona natural que tiene su origen en defectos psicosomáticos.

De acuerdo con el precedente vinculante R.N. Nº 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. El tiempo de duración del internamiento dispuesto por el juez no es de necesario cumplimiento, pues el artículo 75º del Código penal 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 77º del Código penal se pone en este caso y se adhiere a lo que se conoce como el sistema vicarial, 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general,* T. I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005.

Lección 22:
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. INTRODUCCIÓN

Las consecuencias accesorias se regulan en nuestro Código penal en los artículos 102º 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. Lo único que queda claro es que estas reacciones jurídicas no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco aspectos de la reparación civil por el daño producido. En lo que sigue nos ocuparemos 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. 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 102º del Código penal y el decomiso de las ganancias ilícitas de una persona jurídica regulado en el artículo 104º del Código penal. En la medida que ambas formas de decomiso se regulan de manera diferenciada, hay que suponer que tendrán un fundamento distinto.

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

a. Fundamento

La redacción original del artículo 102º del Código penal establecía que el juez podía decidir el decomiso o pérdida de los efectos (*productum scaeleris*) y de los instrumentos del delito (*instrumentum scaeleris*). Dentro de los primeros se consideraba los objetos que resultaban del delito como la droga, el dinero falsificado o los bienes con marca falsificada, 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. 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.

La situación ha cambiado radicalmente con la nueva redacción del artículo 102º del Código penal, en la medida que el decomiso está referido ahora a los objetos de la infracción penal, los instrumentos con que se hubiere ejecutado y a los efectos del delito. Hay dos aspectos que merecen destacar-

se en la 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, el dinero o los bienes sometidos al tráfico comercial 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 el caso del objeto del delito, hay que entender esto como 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, 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 pueden 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. 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.

Los efectos del delito a los que hace referencia la nueva redacción del artículo 102º del Código penal dejan de referirse a los aspectos inmediatos del delito para centrarse en la rentabilidad del delito. Por efectos del delito se entiende ahora a los bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal. Como puede verse, estos objetos no tienen una peligrosidad objetiva como el objeto o los instrumentos del delito, por lo que el fundamento de su decomiso no puede ser el mismo. 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, por lo que no se podrá conseguir un aumento patrimonial mediante la comisión de delitos. Es importante destacar que el artículo 102º del Código penal establece un límite negativo al decomiso de bienes o ganancias procedentes del delito, en la medida que señala que no procede el decomiso en el proceso penal si estos bienes 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 Nº 29212).

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. En segundo lugar, la expresión «infracción penal» no debe reducirse a los delitos en sentido estricto, sino que debe abarcar las faltas. En tercer lugar, el decomiso procede tanto en los delitos dolosos como culposos, pues tanto los unos como los otros resultan abarcados por el término «infracción penal». Finalmente, también la tentativa del delito constituye una infracción penal, por lo que el decomiso de los instrumentos del delito también será procedente.

El artículo 103º del Código penal 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 103º se ha quedado con la redacción anterior del artículo 102º del Código penal, pues hace referencia solamente a los instrumentos y efectos del delito. Por eso, resulta necesario ordenar adecuadamente esta regulación especial del decomiso. El decomiso facultativo o parcial procede solamente respecto de los objetos e instrumentos del delito, pues en el caso de los efectos, que en la nueva regulación del artículo 102º del Código penal se refieren fundamentalmente a los beneficios del delito, el decomiso siempre es procedente. El caso en el que el juez puede prescindir de decomisar los objetos o instru-

mentos del delito, o hacerlo sólo parcialmente, se presenta cuando se trata de bienes de lícito comercio y su valor no es proporcional con la gravedad de la infracción. Esta regla impregna el decomiso del principio de proporcionalidad. 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 anterior del artículo 102º del Código penal se establecía que el decomiso no procedía contra los bienes que pertenecían a terceros no intervinientes en la infracción penal. 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 terceros que fueron utilizados sin su conocimiento para la comisión del delito. Así, por ejemplo, no podrán decomisarse la pistola del policía que le es sustraída antes de cometer el crimen. En el caso del decomiso de bienes o ganancias procedentes del delito 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

El destino final de los objetos decomisados son su inutilización o destrucción, como lo dispone, por ejemplo, el artículo 224º del Código penal para el caso de delitos contra la propiedad industrial o el artículo 24º de la Ley de Delitos

Aduaneros. 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 el artículo 23º de la Ley de Delitos Aduaneros.

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 expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le ha denominado incautación y está prevista en la segunda parte del artículo 102º del Código penal y en diversos delitos económicos de la parte especial del Código penal, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad industrial, o en delitos regulados en leyes especiales, como es el caso 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 104º del Código penal. Si bien las personas jurídicas pueden ser las que normalmente se benefician sustancialmente con la comisión de delitos (económicos), siempre se ha criticado a esta regulación haber limitado el decomiso de ganancias ilícitas solamente a las personas ju-

rídicas y no haber incluido a las personas naturales. 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 102º del Código penal parece haber levantado esta objeción, en la medida que permite el decomiso de ganancias en general. Desde consideraciones sistemáticas, el artículo 102º del Código penal se aplicará para el decomiso de ganancias ilícitas de personas naturales, mientras que el artículo 104º hará lo propio respecto de las ganancias ilícitas de las personas jurídicas. Lo que no queda claro en esta ordenación del decomiso de ganancias ilícitas es la razón para tener dos regímenes legales distintos en función de si se trata 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. El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial. 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, sien-

do 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, 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. En efecto, el artículo 104º del Código penal 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 1954º del Código Civil. 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. 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 104º 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. Para poder decretar esta medida, el artículo 104º 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 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 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. 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 ilícito.

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. 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 aclarar que no se trata de penas o medidas de seguridad, sino de implementar un tercer género de consecuencias jurídicas del delito. 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.

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. Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros 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. 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. 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. Esta misma orientación legislativa se presenta 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 17º del Decreto Legislativo Nº 813) y la Ley de Delitos Aduaneros (artículo 11º de la Ley Nº 28008). Esta incorporación de medidas aplicable directamente a las personas

jurídicas en el Código penal y en las leyes especiales ha llevado a que la doctrina nacional haya comenzado a preguntarse sobre su naturaleza jurídica. Es evidente que la respuesta a este interrogante no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para la imposición de estas medidas dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen.

a. Las consecuencias accesorias como penas

Un sector de la doctrina, al igual que el parecer de ZUGALDÍA en el Derecho español, considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código penal peruano son, en realidad, penas. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas. 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. Finalmente, 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.

Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sea necesario interpretaciones

muy discutibles, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma como se encuentran regulas 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 28º del Código penal, sino que se agrupan en un título aparte con la reparación civil derivada del delito. Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. A partir de esta constatación, un sector importante de la doctrina las considera un tipo especial de medidas preventivas.

b. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación 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 psicofísica de una persona natural, no a la peligrosidad organizativa de una persona jurídica. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad. Se trata de una peligrosi-

dad 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 o como un objeto peligroso. 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.

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 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.

El otro punto de vista tiene como punto de partida la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de penas Sobre la base de 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, 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.

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. 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. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a las personas jurídicas.

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 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, 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.

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 105º del Código penal 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 delito 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 requerirán las condiciones para afirmar un efecto preventivo general o especial sobre la persona jurídica o 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.

a. Presupuestos materiales

Los presupuestos materiales para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica son los siguientes:

a.1) Hecho principal

Así como la reparación civil se determina en el proceso penal conjuntamente con la pena, para imponer las consecuencias accesorias 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. A diferencia de la regulación española, 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. 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.

Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar está el caso de que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esta situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado, está la teoría del interés que exige que la 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. 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. 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. 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. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la punibilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que para imponer una consecuencia accesoria 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. Por lo tanto, no es un requisito necesario para imponer una consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual.

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, 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 indivi-

dual 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 105º del Código penal 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. En efecto, cuando el artículo 105º del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere 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 el contrario, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de hecho e irregulares. 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.

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. A este requisito se le conoce también como la peli-

grosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de tal forma tal que permita, favorezca o encubra la futura realización de hechos delictivos (por ejemplo, la existencia de una planta contaminante o la creación de las llamadas sociedades de fachada).

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 que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. 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. 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 determina si existe un desequilibrio manifiesto, es decir, excesivo o irrazonable entre la medida impuesta y la finalidad de la norma.

b. Presupuestos procesales

Los presupuestos de orden procesal son los siguientes:

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. En la legislación penal actualmente vigente no hay una norma que establezca este requisito de manera expresa. No obstante, existen desarrollos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la exigencia de que las personas jurídicas, a las que se les pueden imponer consecuencias accesorias, sean emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de «parte pasiva». Este vacío es corregido por el artículo 90º del Código Procesal Penal de 2004, el cual exige efectivamente el emplazamiento e incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal a instancia del fiscal.

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 parte pasiva. Por nuestra parte, 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 pe-

nas, 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 éste es 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 91º la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva en un proceso penal. Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y su conclusión. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa. 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 9º del Código procesal penal.

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. 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 92º 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.

El artículo 93º del Código procesal penal 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. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas etapas del proceso, debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, 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. 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. 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 administrativa. 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. 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, 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 ha impuesto la clausura del local, 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.

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. 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 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. Por esta razón, esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos. 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 último párrafo del artículo 105º del Código penal 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, que condiciona también su duración. 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. 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, pues mientras unos sostienen que su imposición es obligatoria, otros consideran que estas medidas deben tener un carácter potestativo o facultativo. 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.

E. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

El artículo 105º del Código penal 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 314º del Código penal 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 313º. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas no constituyen, en sentido estricto, medidas cautelares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia. 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.

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313º del Código Procesal Penal. 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 105º del Código penal. 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 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.

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. En cuanto a la publicidad, el artículo 88º 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 183º de la LTV señala que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubieren girado cheques sin fondos. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

MEINI MÉNDEZ, Iván, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP, Lima, 1999.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

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 por 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».

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.

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 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, 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

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 (así, el precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. Nº 948-2005-Junín). Cada una de estas consecuencias jurídicas 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. Esta distinción de fundamentos se aprecia claramente en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Nº 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 un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido– cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente».

1. Sistema de determinación

El artículo 92º del Código penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. En consecuencia, no cabría determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor por el delito cometido. La opción tomada por nuestro legislador es clara: si no hay pena, no se puede determinar la reparación civil. Pese a esta regla, se presentan ciertos supuestos en los que no se sigue esta regla general. En primer lugar, se presenta el caso de la reserva del fallo condenatorio, en la medida en que si bien hay una declaración de culpabilidad, no se determina una pena. Sin embargo, el artículo 64º, inciso 4 del Código penal dispone

que el juez pueda imponer, como regla de conducta, la reparación del daño, lo cual podría incluir la reparación civil. En segundo lugar, hay que mencionar la nueva regulación del concurso real retrospectivo del artículo 51º del Código penal, 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 a fijar la reparación civil por el nuevo delito. Se trata, por tanto, de excepciones a la regla del artículo 92º que dispone que la reparación civil se determine conjuntamente con la pena.

A diferencia de nuestro sistema de determinación conjunta, en otros países, como por ejemplo España, el juez penal se encuentra facultado de manera general para determinar 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. En este sentido, para evitar el reprochable «peregrinaje de jurisdicciones» debería preverse la posibilidad de que el juez en caso de no encontrar penalmente responsable al autor, le fije una reparación civil a la víctima si es que en el proceso se dan los elementos para legitimar una indemnización. El nuevo Código procesal penal parece que apunta a cambiar el sistema actual de determinación de la reparación civil, al establecer en el artículo 12º, inciso 3 que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito.

Pero este cambio dependerá del sentido que se le dé al término «órgano jurisdiccional».

La determinación conjunta de la pena y la reparación civil no debe llevar a la interpretación errónea de que los criterios de determinación de ambas consecuencias jurídicas se identifican. La responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de determinación jurídico-civil, tal como lo pone de manifiesto la cláusula de remisión del artículo 101º del Código penal. En consecuencia, el daño que fundamenta la responsabilidad penal no tiene que ser un elemento típico del delito (concretamente, un resultado típico). 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. Frente a este panorama, puede concluirse que la responsabilidad 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, con independencia de si ese daño constituya un elemento fundamentador del injusto penal. Por ello, se dice 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 del 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 produc-

ción del daño, como sería el caso de los receptadores o encubridores, 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. En nuestra doctrina jurisprudencial, el Acuerdo Plenario 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. El artículo 100º del Código penal dispone que la acción civil no se extinguirá mientras subsista la acción penal.

2. Alcance

En cuanto a su contenido, existe acuerdo en que la responsabilidad civil por el delito debe ser integral. En esta línea, el artículo 93º del Código penal 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. El artículo 94º del Código penal 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. 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 exactitud del registro. En consecuencia, la restitución solamente procederá si el tercero adquiriente no tiene buena fe. 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. 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. En este caso, como en todos los demás en los que no es posible la restitución del bien, el artículo 93º del Código penal dispone que el que resulte civilmente responsable deberá pagar su valor.

B. La indemnización por daños y perjuicios

El segundo concepto que engloba la reparación civil es la llamada indemnización de 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. En este sentido, el objeto de la reparación no es solamente el daño patrimonial, sino también el de carácter extrapatrimonial.

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 por el acto ilícito ha dejado de percibir. En el Acuerdo Plenario Nº 6-2006/CJ-116 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 ciertas normas para precisar el contenido del daño económico, como es el caso de la Ley de Protección de la Propiedad Industrial, en cuyo artículo 246º 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».

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. 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 una reparación civil justa. Una rápida revisada a la jurisprudencia penal muestra la absoluta arbitrariedad para la cuantificación del daño derivado del delito. 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. Nº 948-2005-Junín del 7 de junio de 2005. 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).

3. 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 civil frente a los otros responsables (artículo 1983º del Código Civil). Esta solidaridad le llega también al tercero civilmente responsable, 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. Para que este tercero pueda responder civilmente del pago de la reparación civil impuesta en el proceso penal, debe haber sido constituido en el proceso penal 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 si la sentencia penal le alcanza. 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.

Los beneficiarios de la responsabilidad civil son los afectados por el delito. La cuestión que se plantea en este punto es si en el proceso penal se puede constituir en parte civil cualquier afectado por el delito. De acuerdo con el precedente vinculante establecido en la sentencia R.N. Nº 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. Sobre la base de esta idea, el daño ocasionado, por ejemplo, al paciente que iba a ser atendido por el médico que no llegó a tiempo a la operación por haber sido atropellado imprudentemente por un conduc-

tor 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 norma debe entenderse como la transmisión mortis causa del derecho a ser indemnizado. De hecho, la nueva regulación del nuevo Código Procesal Penal 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 haya individualizado 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 82º del Código procesal civil. El artículo 94º, inciso 4 del nuevo Código procesal penal 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.

4. 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 conde-

nado no tiene bienes realizables para pagar la reparación civil, el artículo 98º del Código penal 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 por parte del obligado al pago de la reparación civil. En estos casos, dispone la nulidad de los actos jurídicos practicados con posterioridad al hecho punible, en la medida que disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación. Esta disposición, sin embargo, no alcanza a los actos jurídicos celebrados de buena fe, aunque debe precisarse, por una interpretación sistemática con las normas civiles, que la buena fe no impide la nulidad del acto jurídico si se ha realizado a título gratuito. Llama la atención que este dispositivo penal no contemple, como lo hace la regulación civil, la ineficacia del acto jurídico, sino su nulidad. En cualquier caso, la intención del legislador es la misma: evitar el fraude a los acreedores. Como cuestión final al respecto, hay que señalar que en nuestro Código penal se 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 (artículo 417º-A del Código penal).

5. 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 92º del Código penal, 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. 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. Si bien nuestra actual regulación procesal y la que entrará en vigencia en breve señalan que le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción civil, 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 para 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.

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 nuevo Código Procesal 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 éste último puede efectivizar una pretensión civil en el proceso penal, siempre que se constituya como tal en dicho proceso.

Otro aspecto discutido en el plano doctrinal y jurisprudencial es la posibilidad de revisar la reparación civil impuesta mediante una sentencia penal en la vía civil. 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. 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. 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2005.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 7

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS

Lección 1:
LAS CIENCIAS PENALES

I. Introducción 11

II. La criminología 12

1. Las causas del delito 12

2. La definición del delito 15

3. La importancia de la criminología para las ciencias jurídico-penales 16

III. Las ciencias jurídico-penales 17

1. El Derecho penal sustantivo 18

A. La dogmática jurídico-penal 18

a. Interpretación 20
b. Elaboración de categorías y conceptos generales 21
c. Sistematización 21
B. La política criminal 22
2. El Derecho procesal penal 24
A. La ciencia del Derecho procesal penal 24
B. Las ciencias y disciplinas auxiliares 24
a. El Derecho judicial 25
b. La criminalística 25
c. La medicina legal y la psiquiatría forense 26
3. El Derecho penitenciario 26
IV. La ciencia del Derecho penal (sustantivo) 27
1. Denominación 27
2. Concepto 28

Lección 2:
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO FORMAL

I. Introducción 31
II. La ley penal 32
III. La norma jurídico-penal 35
1. La norma de conducta 36
2. La norma de sanción 38
IV. Las leyes sancionatorias no penales 39

Lección 3:
EL DERECHO PENAL OBJETIVO EN SENTIDO MATERIAL

I. Introducción 41

II. La teoría de la pena 42

1. Las teorías absolutas de la pena 42

2. Las teorías relativas de la pena 46

A. Las teorías de la prevención 46

a. La prevención general 46

a.1) La prevención general negativa 47

a.2) La prevención general positiva 50

b. La prevención especial 51

c. La teoría de la unión 53

B. La función de reestabilización de la pena 55

3. Concepción propia sobre la función de la pena 57

A. Punto de partida 57

B. El concepto de persona 58

C. La persona como portadora de roles penalmente relevantes 60

D. Los límites a la función de la pena 62

III. Las medidas de seguridad 63

A. Función 63

B. El sistema de doble vía 66

IV. La reparación como tercera vía 67

Lección 4:
EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. Introducción 71

II. El fundamento del *Jus puniendi* 72

III. El Estado como titular del *Jus puniendi* 73

IV. Los límites al *Jus puniendi* del Estado 74

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos 76

A. El bien jurídico: Concepto y función 76

B. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto 85

C. La diferencia con las infracciones administrativas 90

2. La ultima ratio o mínima intervención del Derecho penal ... 92

A. El principio de subsidiariedad 93

B. El principio de fragmentariedad 94

3. El principio de legalidad 95

A. Fundamento constitucional 95

B. Función 97

C. Manifestaciones del principio de legalidad 98

a. La reserva de ley (*lex scripta*) 99

b. La taxatividad de la ley (*lex certa*) 102

b.1) La función del mandato de certeza o determinación 103

b.2) La flexibilización del mandato de certeza o determinación 106

b.2.1) Las leyes penales en blanco 106

b.2.2) La accesoriedad administrativa de acto 112

b.2.3) Las cláusulas generales: Especialmente el fraude a la ley penal 113

c. La prohibición de retroactividad (*lex praevia*) 117

d. La prohibición de analogía (*lex stricta*) 119

4. El principio de culpabilidad 123

A. La función de la culpabilidad 125

B. Las manifestaciones del principio de culpabilidad 128

a. La imputación subjetiva 129

b. El sujeto responsable 130

5. El principio de proporcionalidad de las penas 130

A. El principio de proporcionalidad y la función del Derecho penal 133

B. Las manifestaciones del principio de proporcionalidad ... 135

a. La proporcionalidad abstracta 135

b. La proporcionalidad concreta 138

C. Los parámetros de la proporcionalidad 139

a. La gravedad del hecho delictivo 139

b. La gravedad de la pena 140

D. Un caso especial: El principio del *non bis in idem* 141

6. El principio de resocialización 145

V. El Derecho penal del enemigo 145

SEGUNDA PARTE
LEY PENAL

Lección 5:
LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. Introducción 153

II. La ley penal aplicable 154

1. La temporalidad de ley penal en la función del Derecho penal 155

2. El momento del hecho 158

III. La ley penal más favorable 160

1. El conflicto de leyes penales en el tiempo: La continuidad del injusto 160

2. La aplicación de la ley penal más favorable 165

3. La determinación de la ley penal más favorable 168

4. Los efectos de la aplicación de la ley más favorable 171

IV. La vigencia temporal de leyes penales especiales 172

1. Las leyes penales temporales 172

A. Concepto 172

B. La aplicación temporal de las leyes penales temporales 173

C. El alcance de la regulación especial de las leyes penales temporales 174

2. Las leyes penales en blanco 178

A. La ley penal en blanco más favorable 178

B. La ley penal en blanco como ley penal temporal 181

Lección 6:
LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

I. Introducción 185

II. La vigencia espacial de la ley penal 186

1. El principio de territorialidad 188

A. El territorio 189

B. El lugar de realización del delito 190

a. Criterios de determinación del lugar del delito: el principio de ubicuidad 190

b. El alcance de la ubicuidad 193

2. La aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional 197

A. El principio de personalidad 198

a. La susceptibilidad de extradición 199

b. La doble incriminación 201

c. El ingreso del agente al territorio nacional 202

B. El principio real o de protección 202

C. El principio de universalidad o de justicia mundial 203

D. El principio de administración de justicia por representación 204

Lección 7:
LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

I. El principio de igualdad ante la ley y los privilegios penales 207

II. Los privilegios penales establecidos en el Derecho público interno 209
1. La inviolabilidad 210
2. La inmunidad 212
3. El antejuicio político 212
III. Los privilegios penales establecidos en el Derecho internacional 214
1. La inviolabilidad 214
2. La inmunidad 215

Lección 8:
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. Introducción 217
II. Los métodos de interpretación 218
1. Los métodos de interpretación en el Derecho penal 218
2. La ordenación de los métodos de interpretación 219
III. La perspectiva de la interpretación de la ley penal 221
1. La perspectiva fáctica de análisis 221
A. Consideraciones generales 221
B. Supuestos especiales 224
a. Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal 224
b. La doctrina del levantamiento del velo 226
2. La accesoriedad del Derecho penal 229
A. Consideraciones generales 229

B. Supuestos especiales 231
a. Las leyes penales en blanco 231
b. Accesoriedad administrativa de acto 233
C. Los límites de la interpretación de la ley penal 236
a. La conformidad con la Constitución 236
b. El tenor literal y la prohibición de analogía 238
c. La interpretación restrictiva 239

TERCERA PARTE
LA TEORÍA DEL DELITO

Lección 9:
LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

I. Introducción 243
II. La evolución de la dogmática jurídico-penal 245
1. La imputación moral: Los hegelianos 246
2. El sistema clásico del delito: El método positivista 248
3. El sistema neoclásico: El neokantismo 249
4. El finalismo: Las estructuras lógico-objetivas 252
III. Las tendencias modernas del Derecho penal 254
1. La orientación político-criminal del sistema dogmático 255
2. La normativización de las categorías dogmáticas sobre la base de la función de la pena: El funcionalismo de Jakobs 258
3. El retorno al Derecho penal liberal 262

A. El liberalismo racionalista 262
B. La escuela de Frankfurt 266
IV. Toma de posición: una teoría del delito fundada en la persona 269
1. El fundamento de la teoría del delito 269
2. La persona y su dignidad 272
A. La dignidad humana absoluta como límite 273
B. La dignidad humana relativa como criterio de ordenación de la imputación penal 274

Lección 10:
LA ACCIÓN

I. Introducción 277
II. La acción como concepto previo al Derecho penal 278
1. El concepto causal de acción 278
2. El finalismo 280
3. Concepto social de acción 282
III. La acción como concepto jurídico-penal 283
1. Los hegelianos 283
2. La realización típica 284
A. El concepto negativo de acción 285
B. El concepto personal de acción 286
3. El retorno a concepciones globales de la acción 287
IV. Toma de posición 287
1. El concepto jurídico-penal de acción 287
2. Criterios generales de ordenación de la imputación penal ... 289

A. El estatus de ciudadano 289
B. El rol general de ciudadano y los roles especiales 291
a. El rol general: Las competencias por organización 291
a.1) Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico 292
a.2) Los deberes de salvamento 293
b. Los roles especiales: Las competencias institucionales ... 295
b.1) La familia 296
b.2) Los deberes estatales 297
b.3) La confianza especial 298
b.4) La solidaridad 299
3. La evitabilidad 300
V. La regulación de la acción en el Código penal 302

Lección 11
TIPICIDAD I:
CUESTIONES GENERALES

I. Introducción 305
II. La evolución de la tipicidad como categoría del delito 306
1. La tipicidad como categoría objetiva y descriptiva 306
2. Del descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto a la formación de un tipo subjetivo 307
3. Del descubrimiento de los elementos normativos del tipo a la normativización de la tipicidad 308
III. Las clases de tipos penales 311
IV. Los aspectos de la tipicidad: el tipo objetivo y el tipo subjetivo 317

Lección 12
TIPICIDAD II: EL TIPO OBJETIVO

I. Introducción 319

II. De la constatación de causalidades a la imputación objetiva de resultados 320

III. La imputación objetiva 324

1. La configuración de la teoría de la imputación objetiva 324

A. La función de prevención general de la norma penal 325

B. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva 326

C. La infracción de un rol como defraudación de la norma 328

D. Toma de posición 329

2. La imputación objetiva en los delitos de dominio 330

A. La imputación del comportamiento 331

a. La creación de un riesgo penalmente prohibido 331

b. La competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido 336

b.1) El principio de confianza 337

b.2) La prohibición de regreso 339

b.3) El ámbito de competencia de la víctima 346

c. Figuras típicas que se configuran con la imputación del comportamiento 350

c.1) Los delitos de mera conducta 350

c.2) Los delitos de peligro abstracto 351

c.2.1) Delitos de peligro abstracto-concreto 353

c.2.2) Delitos de preparación 353

c.2.3) Delitos de acumulación 354

c.3) La tentativa en los delitos de resultado 355

c.4) Delitos de emprendimiento 356

B. La imputación del resultado 356

a. El vínculo objetivo entre el comportamiento prohibido y el resultado 357

a.1) La teoría de la evitabilidad 361

a.2) La teoría del incremento del riesgo 363

a.3) La teoría del fin de protección de la norma 365

a.4) Toma de posición 366

b. Las explicaciones alternativas del resultado 366

b.1) La concurrencia de riesgos 367

b.1.1) Riesgos concurrentes de una sola conducta: La *aberratio ictus* 367

b.1.2) Riesgos concurrentes de varias conductas 368

b.2) Los riesgos derivados 370

b.2.1) Creación de una situación de indefensión 371

b.2.2) Riesgos derivados para terceros 371

b.2.3) Riesgos derivados de cursos salvadores 373

b.2.4) Transformación por otros del riesgo inicial 376

b.2.5) Daños tardíos 377

c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado 378

c.1) Los delitos de peligro concreto 378

c.2) Los delitos de lesión 380
c.3) Los delitos cualificados por el resultado 381
3. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber 384
A. La imputación del comportamiento 385
B. La realización del resultado 388

Lección 13
TIPICIDAD III: EL TIPO SUBJETIVO

I. Introducción 391
II. Las formas de tipo subjetivo 394
1. Origen y evolución de la imputación subjetiva 394
2. La distinción subjetiva del dolo y la culpa 397
A. La teoría de la voluntad 398
B. La teoría del conocimiento 400
3. La normativización del tipo subjetivo 401
A. La evitabilidad individual 401
B. La teoría de la probabilidad 402
III. El dolo 404
1. La configuración penal del dolo 404
A. La falta de necesidad del elemento volitivo 405
B. La determinación del conocimiento en el dolo 406
C. El objeto del dolo 415
D. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el *dolus malus*) 416
2. Los elementos subjetivos especiales del tipo 421

3. El error de tipo 423
A. Concepto 423
B. Las formas de error de tipo 424
a. El error por defectos cognitivos 424
b. El error por defectos de valoración 425
b.1) Error en la valoración de sustratos materiales 425
b.2) Error en la valoración de circunstancias 426
C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad 427
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo 427
b. La vencibilidad del error de tipo 428
c. La superación del error por vías informales 429
IV. La culpa 431
1. Concepto 431
2. La determinación del conocimiento culposo 432
3. La excepcionalidad de la incriminación de la culpa 434
4. El error de tipo en los delitos culposos 435
V. Combinaciones de dolo-culpa: La preterintención y los delitos cualificados por el resultado 436
1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada 436
2. Los delitos cualificados por el resultado 438

Lección 14:
LA COMISIÓN POR OMISIÓN

I. Introducción 443

II. La discusión dogmática 444

III. La regulación legal de la comisión por omisión (artículo 13º del Código Penal) 447

1. La necesidad de una cláusula general de la comisión por omisión 448

2. El ámbito de aplicación de la comisión por omisión 449

3. Elementos de la comisión por omisión 450

A. La posición de garantía (artículo 13º, inciso 1) 450

B. La equivalencia normativa (artículo 13º, inciso 2) 454

a. La imputación objetiva 456

a.1) La creación de un riesgo penalmente prohibido ... 457

a.2) La realización del riesgo en el resultado 458

b. La imputación subjetiva 459

IV. La pena del omitente 460

Lección 15:
LA ANTIJURIDICIDAD

I. Introducción 465

II. La determinación de la antijuridicidad 466

III. Las causas de justificación 468

1. Fundamento 468

2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las causas de justificación 471

A. El aspecto objetivo de las causas de justificación 472

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación 473

3. Efectos de las causas de justificación 477

IV. De las causas de justificación en particular 479
1. La legítima defensa 479
A. Concepto 479
B. Requisitos 479
a. La agresión ilegítima 480
b. La falta de provocación suficiente 481
c. La racionalidad de la defensa 482
C. La legítima defensa imperfecta 483
2. El estado de necesidad justificante 483
A. Delimitación 483
B. Requisitos 486
a. Situación de peligro 486
b. La necesidad de la defensa 489
c. La preponderancia del interés protegido 489
d. La cláusula de adecuación 492
C. La provocación de la situación de necesidad 493
3. Los actos permitidos por el ordenamiento 494
A. Fundamento y sistemática 494
B. Supuestos de actos permitidos por la ley 495
a. Ejercicio regular de un derecho 495
b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio 496
c. El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes 497
4. Obediencia debida 500
A. Fundamento 500
B. Requisitos 502

a. Orden obligatoria 502
b. Autoridad competente 503
c. En el ejercicio de sus funciones 503

Lección 16:
CULPABILIDAD

I. Introducción 505
II. El fundamento de la culpabilidad 506
1. La evolución de la categoría de la culpabilidad 506
2. Toma de posición 510
A. El concepto de persona 510
B. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal 512
III. El contenido de la culpabilidad 514
1. La imputabilidad 515
2. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho 516
A. Ubicación sistemática 516
B. Determinación del conocimiento 516
C. Niveles de la imputación del conocimiento 518
a. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal 518
b. El conocimiento de que el hecho realizado es antijurídico 521
D. Objeto del conocimiento 522
E. La duda sobre el carácter prohibido del hecho 524
F. El conocimiento del carácter prohibido del hecho en los delitos culposos 525
3. La exigibilidad de otra conducta 526

IV. La ausencia de culpabilidad 526
1. La inimputabilidad 526
2. El error de prohibición 529
A. La vencibilidad del error 529
B. La ceguera ante el Derecho 532
C. Formas de error de prohibición 534
a. Error de prohibición directo 534
b. Error de prohibición indirecto 534
c. El error de validez 535
d. El error culturalmente condicionado 536
D. El error de prohibición en los delitos culposos 537
3. Situaciones de inexigibilidad 538
A. Exceso en la legítima defensa 539
B. Estado de necesidad exculpante 540
a. Concepto y fundamento 540
b. Requisitos 542
c. Efectos 545
C. Miedo insuperable 546
D. La objeción de conciencia 548
E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante 549
F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento ... 550

Lección 17:
LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO

I. Introducción 553
II. La autoría 555

1. Las teorías para determinar la autoría 556
A. El concepto restrictivo de autor 556
B. El concepto extensivo de autor 557
C. La teoría del dominio del hecho 558
D. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho 561
2. La autoría en los delitos de dominio 563
A. La autoría directa 564
B. La autoría mediata 566
a. Fundamento 566
b. Clases 567
b.1) Competencia primaria por el comportamiento 567
b.2) Competencia por la condición de instrumento 568
b.3) Competencia independiente de la conducta 570
b.4) Un caso especial: ¿Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder? 570
c. Límites 572
d. La tentativa en la autoría mediata 573
C. La coautoría 574
a. Fundamento 574
b. La tentativa en la coautoría 577
3. La autoría en los delitos de infracción de un deber 577
III. La participación 578
1. Fundamento 579
A. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad 579
B. La teoría de la causación 580
C. Teoría de la participación en el injusto 581

D. Toma de postura: El injusto único de intervención 582
2. Los principios de la participación 583
A. La accesoriedad de la participación 583
B. La comunicabilidad de las condiciones personales 586
3. Formas de participación 587
A. La inducción (o instigación) 587
B. La complicidad 591
IV. La autoría y la participación en los delitos especiales 594
1. El actuar en lugar de otro 594
A. La relación de representación 596
B. Actuar como órgano de representación o como socio representante 597
C. La realización del tipo penal 598
D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada 599
2. La participación en los delitos especiales 600

Lección 18:
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

I. Introducción 605
II. Ideación o propósito serio de cometer un delito 606
III. Los actos preparatorios 606
IV. Los actos de ejecución: tentativa 607
1. Fundamentación y delimitación de lo punible 607
2. Los elementos de la tentativa 611
A. La imputación objetiva: el comienzo de la ejecución sin consumación 611

B. La imputación subjetiva: la decisión de cometer el delito 613
3. La penalidad de la tentativa 614
4. El desistimiento 614
A. Fundamento 615
B. Las formas de manifestación del desistimiento 616
a. El desistimiento en la tentativa acabada 617
b. El desistimiento en la tentativa inacabada 618
c. El desistimiento en la tentativa fracasada 619
C. Requisitos del desistimiento 621
a. La eficacia 621
b. La voluntariedad 623
D. Efecto del desistimiento 624
V. La realización del hecho: la consumación 625
1. El concepto formal y material de la consumación 625
2. El arrepentimiento activo 626
A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño 626
B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño 628
C. Contribución al esclarecimiento del delito 628
VI. El agotamiento del delito 629

Lección 19:
EL CONCURSO DE DELITOS

I. Introducción 633
II. El concurso de leyes o concurso aparente de delitos 634
1. Fundamento dogmático 635

2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes 636
A. El principio de especialidad 637
B. Principio de subsidiariedad 639
C. Principio de consunción 640
D. ¿Principio de alternatividad? 643
3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes 645
A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante 645
B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados 646
III. El concurso de delitos 648
1. Concurso ideal de delitos 649
A. Concepto 649
B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos 651
a. Identidad completa 651
b. Identidad parcial 651
c. Identidad por vinculación (*Verklammerung*) 652
C. Consecuencias jurídicas 653
a. La exasperación del marco penal 653
b. El principio de combinación 654
2. Concurso real de delitos 655
3. Supuestos de unidad de delito 656
A. Unidad de delito sobre la base de la interpretación de los tipos penales 656
a. La realización típica iterativa 657
b. La realización típica sucesiva 658
c. Los delitos permanentes 659

d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos 659
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados .. 659
a. El delito continuado 660
a.1) Elementos del delito continuado 661
a.2) Consecuencia jurídica 664
b. El delito colectivo o delito masa 664
4. Concurrencia posterior 666

CUARTA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Lección 20:
LA PENA

I. Introducción: las consecuencias jurídicas del delito 671
II. La punibilidad 673
1. Necesidad, ubicación y fundamento 673
2. Los presupuestos de la punibilidad 677
A. Las condiciones objetivas de punibilidad 678
B. Las causas de exclusión de la punibilidad 679
a. Causas personales de exclusión de la punibilidad 679
b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad 680
3. Consecuencias dogmáticas 681
A. El error sobre la punibilidad 681
B. La participación 682
C. El momento y el lugar del delito 684

4. La distinción con los presupuestos de procedibilidad 685

III. La determinación de la pena 688

1. El marco penal abstracto 690

A. La clase de pena 690

a. La pena privativa de libertad 691

b. Las penas restrictivas de libertad 692

c. Las penas limitativas de derechos 693

d. La pena de multa 694

B. El marco penal mínimo y máximo 696

a. El principio de legalidad 696

b. El principio de proporcionalidad 697

b.1) El juicio de idoneidad 697

b.2) El juicio de necesidad 700

b.3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto 701

2. La concreción legal del marco penal 703

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad 703

a. Las agravantes genéricas 706

b. Las atenuantes genéricas 706

c. Concurrencia de circunstancias 707

B. Concurso de delitos 708

3. La individualización judicial de la pena 709

A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena 710

a. El juicio de idoneidad: El principio de culpabilidad 710

b. El juicio de necesidad: La alternatividad penal 712

c. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Los criterios de individualización de la pena 713

B. Los criterios específicos de la individualización de la pena 717

a. Los criterios referidos al injusto culpable 719

b. Los criterios referidos a las necesidades de prevención o reestabilización 721

IV. Causas de extinción de la acción penal y de la pena 722

1. Las causas de extinción de la acción penal 722

A. La muerte del imputado 723

B. La prescripción del delito 723

C. La amnistía 725

D. El derecho de gracia 727

E. La cosa juzgada 728

F. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada 730

2. Las causas de extinción de la pena 730

A. La muerte del condenado 730

B. La prescripción de la pena 731

C. El cumplimiento de la pena 731

D. La amnistía y el indulto 731

E. La exención de pena 732

F. El perdón del ofendido en los delitos de acción privada . 732

Lección 21:
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Introducción 735

II. Fundamento 737
III. Naturaleza jurídica 738
IV. Los presupuestos 740
V. Clases 742

Lección 22:
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. Introducción 745
II. Clases 745
1. El decomiso 745
A. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito 746
a. Fundamento 746
b. Procedencia 748
c. Destino final de los bienes decomisados 750
d. La incautación cautelar 751
B. El decomiso de ganancias de las personas jurídicas 751
2. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 755
A. Naturaleza jurídica 757
a. Las consecuencias accesorias como penas 758
b. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas 759
c. Toma de posición 761
B. Presupuestos 763
a. Presupuestos materiales 763
a.1) Hecho principal 763

a.2) Juicio de prognosis 766
a.3) Test de proporcionalidad 767
b. Presupuestos procesales 768
b.1) Incorporación al proceso penal 768
b.2) Parte procesal 769
C. Clases 770
a. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo 771
b. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años 773
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 ... 773
d. La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité 774
e. La intervención de la persona jurídica 775
D. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias 776
E. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias ... 777
3. Otras medidas previstas en leyes especiales 779

Lección 23:
LA REPARACIÓN CIVIL

I. Introducción 781
II. La reparación civil 782
1. Sistema de determinación 783

2. Alcance 786
A. La restitución del bien 786
B. La indemnización por daños y perjuicios 787
3. Los sujetos de la reparación civil: Los responsables civiles y los agraviados 790
4. El incumplimiento del pago de la reparación civil 791
5. Las vías judiciales 792