

Nelson Salazar Sánchez
(Director)

Comentarios al Código Penal peruano

Parte General

Tomo I
§§ I - 19

**66 DESTACADOS JURISTAS
EXTRANJEROS Y NACIONALES
COMENTAN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**GACETA
JURIDICA**

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL PERUANO

Parte General

Tomo I

© Gaceta Jurídica S.A.

© Teresa Aguado Correa / Fernanda Isabel Ayasta Nassif / Marco Barreto Guzmán / José Luis Castillo Alva / Mirentxu Corcoy Bidasolo / Antonio Cuerda Riezu / Eduardo Demetrio Crespo / Alicia Gil Gil / María Isabel González Tapia / Hernán Hormazábal Malarée / Juan Antonio Lascaraín Sánchez / Teresa Manso Porto / Luis Peña Terreros / Miguel Pérez Arroyo / Madelaine Reyes Gastelú / Roxanna Reyes Tello / David Rosales Artica / Nelson Salazar Sánchez / Miguel Ángel Sánchez Mercado / Theda Schlageter / José Urquiza Olachea / Percy Velásquez Delgado / Ernesto Villa Morán / José Miguel Zugaldía Espinar

Director:

Nelson Salazar Sánchez

Primera edición: octubre 2019

2150 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2019-03927

ISBN Obra completa: 978-612-311-657-6

ISBN Tomo I: 978-612-311-658-3

Registro de proyecto editorial

31501221900309

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Karinna Aguilar Zegarra

Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Octubre 2019

Publicado: noviembre 2019

Comentaristas

Aguado Correa, Teresa (España)

Profesora de Derecho penal, Universidad de Sevilla
(§ VIII)

Ayasta Nassif, Fernanda Isabel (Perú)

Jueza en materia penal
(§ VI)

Barreto Guzmán, Marco Antonio (Perú)

Abogado en Derecho penal
(§ 19)

Castillo Alva, José Luis (Perú)

Abogado en Derecho Penal
(§§ I, VII, 11)

Corcoy Bidasolo, Mirentxu (España)

Catedrática de Derecho penal, Universidad de Barcelona
(§ IX)

Cuerda Riezu, Antonio (España)

Catedrático de Derecho penal, Universidad Juan Carlos
(§ 6)

Demetrio Crespo, Eduardo (España)

Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha
(§ 16)

Gil Gil, Alicia (España)

Profesora de Derecho penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia
(§ 12)

González Tapia, María Isabel (España)

Profesora titular de Derecho penal, Universidad de Córdoba
(§ 9)

Hormazábal Malarée, Hernán (Chile)

Profesor de Derecho penal, Universidad de Gerona (España)
(§ IV)

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (España)

Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid
(§§ 6 y 7)

Manso Porto, Teresa (España)

Mag. iur. comp.

Referente en el Instituto Max Planck (Freiburg-Alemania)

(§ 14)

Peña Terreros, Luis (Perú)

Abogado en Derecho penal

(§ 3)

Pérez Arroyo, Miguel (Perú)

Abogado en Derecho penal

(§ 15)

Reyes Gastelú, Madelaine (Perú)

Abogada en Derecho penal

(§§ V, X)

Reyes Tello, Roxanna (Perú)

Notaria pública (Lima)

(§§ V, 10)

Rosales Artica, David (Perú)

Profesor de Derecho penal, Universidad Nacional Maxor de San Marcos

(§§ 1, 2)

Salazar Sánchez, Nelson (Perú)

Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional, Freiburg (Alemania)

(§§ II, 4, 5, 13)

Sánchez Mercado, Miguel Ángel (Perú)

Procurador público

(§ III)

Schlageter, Theda (Alemania)

Docente de Derecho penal, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

(§ 17)

Urquiza Olaechea, José (Perú)

Prof. de Derecho penal, Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(§ VIII)

Velásquez Delgado, Percy (Perú)

Profesor de Derecho penal y procesal penal, Universidad Andina del Cusco

(§ 8)

Villa Morán, Ernesto (Perú)

Abogado en Derecho penal

(§ 18)

Zugaldía Espinar, José Miguel (España)

Catedrático de Derecho penal, Universidad de Granada

(§ 14)

Presentación

La obra *Comentarios al Código Penal peruano* analiza los preceptos normativos del Código Penal de 1991. En tal sentido, todos los comentarios de los autores que participan en la presente edición se basan, fundamentalmente, en la interpretación de la ley penal vigente. Junto a ello, cada autor –de acuerdo a su criterio– ha recurrido al análisis de cuerpos normativos de índole constitucional, legal, infralegal e internacional, a efectos de –mediante una interpretación sistemática y teleológica de los mismos– desentrañar el correcto sentido o fin (*telos*) del correspondiente precepto legal objeto de comentario.

La elaboración de esta obra es expresión de mi experiencia académica en Alemania que me ha permitido dilucidar el rol fundamental que desempeñan las obras sistemáticas colectivas en la correcta interpretación de los diversos institutos jurídico-penales que están contenidos en el Derecho positivo. En Alemania y España, la importancia de este tipo de obras se refleja en las innumerables citas que realizan el BGH (Deutscher Bundesgerichtshof), el TS (Tribunal Supremo) y la dogmática jurídico-penal. En Alemania, son ejemplos paradigmáticos de este tipo de producciones académicas las obras: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (8 tomos), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (13 tomos), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (6 tomos), *Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (1 tomo), etc. Por su parte, en España se encuentran diversas obras colectivas que analizan sistemáticamente el Código Penal español, entre las cuales destaca la obra *Comentarios al Código Penal español* (13 tomos).

Pues bien, esta producción académica se enmarca dentro de dicha línea. En tal sentido, la edición de los *Comentarios al Código Penal peruano* ha sido estructurada en ocho tomos, de los cuales tres corresponden a la Parte General y cinco a la Parte Especial. La publicación de toda la obra está programada en un plazo de tres años, cuya entrega se realizará en forma periódica, en 2019, 2020 y 2021, respectivamente. La edición del presente año (tomos I, II y III) corresponde a la Parte General, mientras que la Parte Especial (tomos IV, V, VI, VII y VIII) se editará durante el curso de los años 2020 y 2021; a saber, en el año 2020 se publicarán los tomos IV, V, VI, y en el año 2021 los tomos VII y VIII.

El presente libro está dirigido a jueces, fiscales, abogados, profesores y estudiantes de Derecho, pues su contenido está compuesto por conceptos que son una síntesis de categorías científico-abstractas y puntos de vista práctico-concretos. Ello significa que los comentarios que vierten los autores presentan no solo rigurosidad científica que será de gran importancia para profesores, investigadores y estudiantes en la elaboración de trabajos académicos (v. gr., libros monográficos, artículos, ensayos, tesis doctorales, tesis de maestría, etc.), sino también una gran utilidad práctica para jueces, fiscales y abogados en la solución de casos concretos. En virtud de ello, la elaboración de los comentarios ha sido encomendada no solo a profesores e investigadores de la dogmática jurídico-penal nacional y extranjera, sino también a destacados abogados penalistas, fiscales o jueces que se desempeñan en la praxis jurídica.

El diseño editorial de la presente obra ha sido realizado siguiendo el modelo de las diversas producciones colectivas sistemáticas existentes en Alemania en torno al Código Penal alemán (*deutsches Strafgesetzbuch*), en especial, las obras *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* y *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Ello se ve reflejado, entre otros, en tres tópicos: en primer lugar, destacan las abreviaturas que se encuentran en cada Tomo; en segundo lugar, están los sumarios, los cuales se encuentran al comienzo de cada comentario; por último, están los números marginales. Estos tres ítems permitirán al lector no solo ubicar con mayor rapidez y facilidad dentro del libro –y, sobre todo, al interior de cada comentario– los puntos que son de su interés, sino también una mejor comprensión del contenido e identificación de las fuentes bibliográficas y del significado de las abreviaturas que cada uno de los autores utilizan en sus respectivos comentarios.

El presente tomo (I) contiene los comentarios al Título Preliminar y a los Títulos I y II del Libro I de la Parte General. Dentro del Título Preliminar se encuentran los siguientes institutos: la finalidad del Código Penal (§ I), la vigencia del principio de legalidad (§ II), la prohibición de analogía *in malam partem* (§ III), la naturaleza e implicancias del principio de lesividad (§ IV), el principio de jurisdiccionalidad de la imposición de las penas y medidas de seguridad (§ V), el principio de garantía de ejecución de las penas (§ VI), el principio de responsabilidad subjetiva (§ VII), el principio de proporcionalidad (§ VIII), los fines de la pena y las medidas de seguridad (§ IX) y la aplicación supletoria de las reglas y principios del Código Penal a otros ámbitos punitivos (§ X). Por su parte, dentro del Título I –referido a la vigencia de la ley penal– del Libro I de la Parte General, se encuentran los capítulos I, II y III, que versan sobre la aplicación espacial (§§ 1-5), temporal (§§ 6-9) y personal (§ 10) de la ley penal, respectivamente. Finalmente, en torno al

Título II –referido al hecho punible– el Tomo I contiene los comentarios a los capítulos I y II, que corresponden a las bases de la punibilidad del delito (§§ 11-15) y a la tentativa (§§ 16-19), respectivamente.

Quiero expresar mis sinceros agradecimientos a los profesores, investigadores y abogados peruanos y extranjeros que comentan en el tomo I. Dentro de los autores peruanos se encuentran David Rosales Artica, José Urquiza Olaechea, José Luis Castillo Alva, Miguel Pérez Arroyo, Miguel Sánchez Mercado, Nelson Salazar Sánchez, Roxanna Reyes Tello, Ernesto Villa Morán, Marco Barreto Guzmán, Percy Velásquez Delgado, Madelaine Reyes Gastelú, Luis Peña Terreros, Fernanda Isabel Ayasta Nassif. Dentro del grupo de autores extranjeros expreso mi gratitud a Alicia Gil Gil (España), Antonio Cuerda Riezu (España), Hernán Hormazábal Malarée (Chile), Eduardo Demetrio Crespo (España), Juan Antonio Lascaraín (España), María Isabel González Tapia (España), Mirentxu Corcoy Bidasolo (España), Teresa Manso Porto (España), Teresa Aguado Correa (España), Theda Schlageter (Alemania) y José Miguel Zugaldía Espinar (España).

Freiburg, 15 de septiembre de 2019

Nelson Salazar Sánchez
(Director)

Abreviaturas / Abkürzungen

- A	:	Auto
- AA	:	Acción de amparo
- Abküzung(en)	:	abreviatura/abreviaturas
- Abs.	:	Absatz
- ADN	:	ácido desoxirribonucleico
- ADP	:	Asociación de Derecho Penal
- ADPCP	:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- Ap./Ap./aptdo.	:	apartado
- Apud.	:	citado por (obra citada por)
- Art./art.	:	artículo
- Arts./arts.	:	artículos
- AT	:	Allgemeiner Teil
- Aufl.	:	Auflage
- AA. VV.	:	autores varios
- BGH	:	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
- B.O.E.	:	Boletín Oficial del Estado Español
- BverfGE	:	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
- CC	:	Código Civil
- Cap.	:	capítulo
- CDJ	:	Cuadernos de Derecho Judicial
- CE	:	Constitución de España
- CEAS	:	Comisión Episcopal de Acción Social
- CEE	:	Convenio Europeo de Extradición
- CEJAJ	:	Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia
- Cfr./cf.	:	confróntese
- CGPJ	:	Consejo General del Poder Judicial
- CIJ	:	Centro de Investigaciones Judiciales
- CIPA	:	Centro de Investigación y Promoción Agraria
- cit.	:	citado/citada
- CNA	:	Código de los Niños y Adolescentes
- Col.	:	colección
- Comp.	:	compilador
- COMP	:	compilación
- Const.	:	Constitución
- Coord./Coords.	:	Coordinador/es

- CP/C.p./Cód. Pen.	: Código Penal
- CPC	: Cuadernos de Política Criminal
- CPE	: Código Penal Español
- CPP	: Código Procesal Penal
- CPP	: Código Penal Peruano
- D. Leg.	: Decreto Legislativo
- Dic.	: diciembre
- dir./drg./Drt.	: director
- Dr.	: Doctor
- D.S	: Decreto Supremo
- Ed./ ed.	: edición
- edit./Edit.	: editorial
- eds..	: ediciones/editores
- EGOWiG	: Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
- ej./ p.e./ p. Ej.	: ejemplo/por ejemplo
- esp.	: especial
- Etc.	: etcétera
- Exmo.	: excelentísimo
- Exp./ EXP	: expediente
- f.	: folgende (siguiente)
- ff.	: folgende (siguientes)
- Fasc.	: Fascículo
- fd.	: fundamento
- Fjº./FJ/ FFJJ	: foja/fojas
- GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
- GG	: Grundgesetz
- GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- GS	: Gerichtssaal
- HC	: Hábeas corpus
- Hrsg.	: Herausgeber
- Ibid.	: ibídem (en el mismo lugar)
- IKV	: Institut für Kunststoffverarbeitung an der RWTH Aachen Internationale Kartographische Vereinigung Internationale Kriminalistische Vereinigung Interne Kapitalverzinsung
- Inc.	: inciso
- infra	: debajo/abajo/inferior
- INPE	: Instituto Nacional Penitenciario
- INPECCP	: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
- i.S.d	: im Sinne des (en sentido de)
- JA	: Juristische Ausbildung
- JGG	: Jugendgerichtsgesetz
- JuS	: Juristische Schulung
- JZ	: Juristische Zeitung

- LECRIM	:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LGS	:	Ley General de Sociedades
- LK	:	Leipziger Kommentar
- LO	:	Ley Orgánica
- loc.cit./Loc. Cit.	:	en el lugar citado
- LRPM	:	Ley de Responsabilidad Penal de Menores
- MARG/ margs.	:	margen/márgenes
- MK	:	Münchener Kommentar
- Metil-MDMA	:	Metil-Metilendioximetanfetamina
- N°/núm./nro.	:	número
- NK	:	Nomos Kommentar
- NFP	:	Nuevo Foro Penal
- NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
- Nm./n.m./ Núm. marg.	:	número marginal
- n.p.p.	:	nota a pie de página
- NStZ	:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
- Anm.	:	Anmerkung
- Ob. Cit./Ob. cit	:	obra citada
- OC	:	Opinión consultiva
- Oct	:	octubre
- OIT	:	Organización Internacional del Trabajo
- ONU	:	Organización de las Naciones Unidas
- Op. cit./Op. Cit./cit.	:	en la obra citada
- OWiG	:	Ordnungswidrigkeit
- párr.	:	párrafo
- Pássim	:	aquí y allí, en una y otra parte, en lugares diversos
- PG	:	Parte General
- p./Pág./pg./Pg	:	página
- Pgs./Pags./pgs./pp.	:	páginas
- PHC	:	Proceso de hábeas corpus
- PI	:	Proceso de inconstitucionalidad
- P	:	Poder Judicial
- PPU	:	Promociones y Publicaciones Universitarias
- PROMUDEH	:	Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano
- PUCP	:	Pontificia Universidad Católica del Perú
- RAO	:	Reichsabgabenordnung
- RDPC	:	Revista de Derecho Penal y Criminología
- RDP	:	Revue de droit pénal et de Criminologie
- RG	:	Reichsgericht
- RGLJ	:	Revista de Legislación y Jurisprudencia

- RiDPP	:	Revista Italiana di Diritto Penale e Processuale
- RJ	:	Repertorio de Jurisprudencia
- Rn.	:	Randnummer
- R.N.	:	Recurso de nulidad
- RPCP	:	Revista Peruana de Ciencias Penales
- RPJ	:	Revista del Poder Judicial
- s.	:	siglo
- S.	:	Seite
- S.A.	:	Sociedad Anónima
- SK	:	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
- s./ss./sgtes.	:	siguiente / siguientes
- SS	:	Sentencias
- Sr.	:	señor
- STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
- StGB	:	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
- SSTC	:	Sentencias del Tribunal Constitucional
- STS	:	Sentencia del Tribunal Supremo
- Supra	:	arriba / más arriba
- t./T.	:	Tomo
- TC	:	Tribunal Constitucional
- TLB	:	Tirant lo Blanch
- TPJI	:	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
- Trad.	:	traducción
- UNED	:	Universidad Nacional de Educación a Distancia
- UNESCO	:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
- UNIFÉ	:	Universidad Femenina del Sagrado Corazón
- UPSMP	:	Unidad de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres
- USA	:	Estados Unidos de América
- Ut. Supra.	:	como arriba / como se dijo más arriba
- vers.	:	versículo
- v. gr.	:	verbigracia
- vid.	:	véase
- vol./ V.	:	volumen
- vols.	:	volúmenes
- Vor.	:	Vormerkung
- Weber-FS	:	Festschrift für Weber
- ZIS	:	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
- ZfRV	:	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
- ZStW	:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

TÍTULO PRELIMINAR

PRINCIPIOS GENERALES

§ I

Finalidad del Código Penal

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA
Abogado en Derecho penal
(Perú)

		Sumario			
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades	1	17	la sociedad. La defensa social	47	31
II. Sentido del artículo I del Título Preliminar	11	19	III. Consecuencias del artículo I del Título Preliminar del Código Penal	54	33
1. La legislación penal tiene (y debe tender hacia) una función preventiva	16	20	1. Se desearía la retribución como único y exclusivo fin de la pena	55	33
2. La prevención orientada a la protección de la persona. El humanismo penal	28	24	2. Las leyes penales no pueden tener un carácter puro y exclusivamente simbólico	60	34
3. La prevención orientada a la protección de			IV. Bibliografía	64	35

§ I.- Finalidad del Código Penal

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

I. Generalidades

El artículo I del Título Preliminar del Código Penal señala: “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

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

El legislador no ha tratado de agotar y abarcar el frondoso elenco de principios jurídicos y políticos que, dentro de un determinado contexto cultural, se asigna al Derecho penal, pues dicha tarea escapa de sus fuerzas y sus concretas

labores de regulación. En realidad, lo que pretende es sintetizar y regular el núcleo indisponible de las normas y principios rectores que desde la perspectiva, especial visión del fenómeno punitivo y rol del Derecho penal en la sociedad, es indispensable e irrenunciable en un Estado de Derecho. Tampoco ha tratado de dar un blindaje teórico y abstracto a su labor legislativa, dado que esta obedece más bien a las necesidades concretas de regulación y porque la ley penal no busca determinar condiciones ideales (perfectas) de actuación, sino solucionar y prevenir los conflictos sociales más graves: los delitos.

- 4 2. El Título Preliminar pretende regular una serie de pautas rectoras, principios políticos, constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial en el campo del Derecho público, en concreto, el penal. Su relevancia y origen no son exclusivamente jurídico-penales. Son más bien principios que tienen una procedencia constitucional y, en algunos casos, verdaderos axiomas políticos (v. gr., principio de legalidad) que buscan garantizar la libertad de los ciudadanos, consagrar los lineamientos básicos de imputación que deben tomarse en cuenta en todos los niveles del sistema penal (v. gr., principio de responsabilidad por el hecho propio) o determinar las bases sobre las que se construye el sistema de las consecuencias jurídicas del delito (v. gr., principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso).
- 5 No se trata de una simple exposición de motivos, de una sana declaración de intenciones o de una muestra de romanticismo penal. Por el contrario, estamos ante verdaderas leyes (penales) ordinarias de cumplimiento obligatorio y cuyo peso moral, político y ético, en la medida en que fija las bases del programa penal, es superior a cualquier norma de la Parte General, de la Parte Especial o de la legislación (penal) ajena al Código Penal. Su conexión directa con los valores y principios constitucionales y los pilares de un Estado de Derecho hace de las normas del Título Preliminar verdaderas “normas materiales de rango constitucional”.
- 6 Los preceptos del Título Preliminar constituyen normas programáticas y de desarrollo a nivel legislativo, judicial y de ejecución penal, que atraviesan cada una de las instituciones, categorías y normas del Derecho penal sustantivo y procesal. Inspiran e iluminan todo el sistema penal y no solo una parte de él. Yerra quien piensa que su área de aplicación se restringe al campo del Derecho penal sustantivo. Su cobertura es tan amplia que alcanza a todos los subsistemas del sistema penal.
- 7 3. Los principios y las normas del Título Preliminar del Código Penal no se limitan a la descripción de una manifestación de intenciones jurídicas o

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

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

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

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

II. Sentido del artículo I del Título Preliminar

1. El artículo I del Título Preliminar del Código Penal se encarga de precisar el sentido y la finalidad de la codificación penal peruana y de delimitar los

puntos orientadores y criterios normativo-valorativos sobre los que se levanta y construye el sistema penal. Las ideas de prevención, protección a la persona y a la sociedad marcan el hilo conductor que determina los criterios que permiten edificar el Derecho penal peruano, ajustándolo a los patrones y exigencias de un Estado de Derecho.

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

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

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

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

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

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

(1) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, p. 273.

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

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

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

La prevención supone buscar la disminución de la cifra negra y aspira a la persecución del delito de manera integral, sin discriminar según la condición social, raza, sexo o religión de la persona. El Derecho penal no debe ser selectivo –aunque materialmente lo es– persiguiendo y castigando a las personas que pertenecen a los estratos sociales y económicos más bajos de la población y que son más vulnerables al sistema penal. La ley penal se debe aplicar respetando escrupulosamente el principio de igualdad, y si se tiene que enfatizar en la persecución y castigo de un delito, será sobre la base de la gravedad del

(2) Cfr. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*, p. 3.

(3) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción. Op. Cit.*, p. 273.

hecho, las consecuencias sociales más perjudiciales que se generen o, según se trate, una criminalidad de sujetos y grupos poderosos⁽⁴⁾. Asimismo, no debe fomentar la impunidad⁽⁵⁾ y, en todo momento, buscará eliminar las lagunas de punibilidad, siempre que existan un merecimiento y necesidad de pena.

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

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

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

24 Asimismo, la prevención incide no tanto sobre los delincuentes —entendido en sentido peyorativo y estigmatizante—, sino más bien en ciudadanos que infringen las normas en una situación y en un contexto determinados. Quienes delinquen no son subhombres, personas disminuidas pertenecientes a una escala zoológica distinta al *homo sapiens*. Se trata más bien de ciudadanos, de personas de carne y hueso con los mismos derechos, carencias y limitaciones

(4) Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 69; SCHÜNEMANN, B. “Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, p. 49 ss.

(5) Cfr. AMBOS, K., *Impunidad y Derecho penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, *passim*.

(6) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 3.

(7) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 123.

(8) Cfr. CEREZO MIR, J., “El tratamiento penal de los delincuentes habituales”. En: *110 años de la Procuraduría General de la República de México*, p. 67 ss.

que nosotros. No son distintos, sino iguales a todos. La dignidad como persona no la pierden por haber cometido el delito, por más horrendo que sea. La dignidad humana es anterior al hecho y subsiste a él.

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

La prevención eficaz del delito como fin de la pena descansa sobre dos grandes bases: en primer lugar, exige que la tarea legislativa —y también la actividad judicial— se erija sobre parámetros científicos, sobre una mínima base empírica que tome en cuenta los aportes de la Criminología, Sociología, Psicología y otras ramas afines que ayudan a determinar cuál es la influencia y los efectos que han de esperarse como consecuencia del establecimiento o imposición de una sanción jurídico-penal. La creación de una pena o su aplicación judicial no debe estar librada al azar, a la libre voluntad y a consideraciones personales. Debe reposar en criterios científicos sólidos, fiables, que garanticen la *necesidad e idoneidad* de los medios respecto a los fines que se pretenden alcanzar. No hay una prevención de buenas intenciones, de estimaciones personales o puramente teórica. Se requiere un sustento *táctico-empírico*.

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

(9) Cfr. MAURACH, R. / GOSSEL, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 104.

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

- 28 El artículo I del Título Preliminar, en una formulación legislativa vinculada a los valores y principios constitucionales de nuestra Carta Política, prescribe que el Código Penal —y en general toda nuestra legislación positiva— tiene por objeto la prevención del delito como medio protector de la persona. Se concretan así, en sede del Derecho penal y la legislación positiva, los principios y el derrotero axiológico marcados por la Constitución cuando reconoce la primacía de la persona humana como fin de la sociedad y del Estado. No se trata de una declaración carente de sentido, ociosa o superflua, sino de una que logre la necesaria armonización y compatibilidad de la legislación penal con los valores del ordenamiento jurídico y las pautas rectoras de la Constitución.
- 29 La orientación de la prevención y de los criterios utilitarios hacia criterios valorativos y principistas permite establecer la vocación humanista —al menos en su base— de nuestra legislación penal que reconduce todo el sistema penal hacia el respeto y la valoración positiva de la persona humana, situación que excluye, o al menos prohíbe, cualquier instrumentalización o manipulación de la persona humana por el Derecho penal. De ello se deduce que la única prevención válida y que se mueve dentro de los parámetros constitucionales es la que respeta a la dignidad del ser humano. Cualquier prevención que se aleje del paradigma constitucional, fijado con claridad y de manera contundente en el Título Preliminar, se revela como espurio e ilegítimo.
- 30 La prevención orientada a la persona implica el reconocimiento del principio de humanidad en la creación de delitos y penas, con las consecuencias que de su establecimiento derivan: prohibición de la pena de muerte y de la cadena perpetua, prohibición de penas inhumanas y del trato humano degradante y prohibición de tortura como medio para obtener la verdad y la confesión del imputado⁽¹⁰⁾. Desde el punto de vista penitenciario, la ejecución de la pena privativa de libertad debe buscar la no desocialización del reo, no el empeoramiento de su condición personal si es que no está en condiciones de lograr su readaptación a la sociedad. Si la pena no está en condiciones de lograr un mejor ser humano, no debe recrudecer los déficits de socialización que tiene el sujeto o colocar factores que determinen el delito.
- 31 La opción humanista de la legislación penal debe entenderse como una inclinación hacia el garantismo y la protección de los Derechos Humanos que

(10) *In extenso*, CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal*, *passim*.

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

La persona sometida a un proceso penal o a una investigación preliminar no es un objeto o instrumento más de indagación⁽¹¹⁾. Es el sujeto procesal más importante en la medida en que es portador de un núcleo indisponible de derechos que el Estado y sus funcionarios deben respetar.

Que el Derecho penal persiga un fin protector de la persona no significa que los únicos bienes jurídicos que proteja sean los bienes jurídicos individuales y/o personales y deje sin tutela los bienes jurídicos supraindividuales⁽¹²⁾. A veces, la única manera de asegurar el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y seguridad personal, y, en general, una reserva intangible de derechos, es adelantando las barreras de protección, tutelando ámbitos funcionales o bienes jurídicos que garantizan mejores condiciones sociales, políticas o económicas de existencia, y que por su configuración trascienden y van más allá de las personas⁽¹³⁾. Desde el momento en que la persona desarrolla su existencia en una sociedad organizada, desempeña determinados roles y satisface sus necesidades, el Estado extiende la tutela a estas condiciones, pues permiten el libre desarrollo de la personalidad y la realización personal.

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

El ordenamiento jurídico —y en particular el Derecho penal— se hace por y para la persona. Los intereses sociales y las demandas colectivas de criminalización

(11) Cfr. ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, p. 156.

(12) Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, *passim*.

(13) GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. *Op. Cit.*, pp. 57 y 62.

y de mayor rigor punitivo deben armonizarse y encontrar un justo y adecuado equilibrio con el afianzamiento de la persona humana como centro de referencia y orientación final. Una política criminal racional y humana debe valorar cuáles pueden ser los efectos e incidencias de una determinada clase de pena o de su específica cantidad en la vida y en el desarrollo de una persona, controlando sus consecuencias nocivas y efectos devastadores.

36 El Derecho penal no solo limita la libertad de los ciudadanos a fin de garantizar la defensa social o la seguridad en los contactos sociales, sino que crea y fomenta también espacios de libertad entre los ciudadanos⁽¹⁴⁾. A la vez que previene, castiga y limita comportamientos, genera y asegura ámbitos de actuación que no pueden ser rebasados por la autoridad estatal.

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

38 A partir del respeto a la dignidad de la persona humana, el delito no debe ser entendido como una patología, enfermedad, lacra o epidemia social, o como un cuerpo extraño a erradicar de la sociedad, en cuanto solo produce daños y altera la paz social⁽¹⁵⁾. Tampoco debe ser contemplado como consecuencia de una libertad mal empleada o como producto exclusivo de una decisión y voluntad incondicionalmente libres, en donde el único responsable es el sujeto que delinque. Una visión de esta índole no solo contradice y se opone a los criterios

(14) Cfr. MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, p. 21; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, 5/1, p. 137: "Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal"; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 3: "El Derecho penal debe al mismo tiempo, rechazando la violencia o la arbitrariedad, procurar al individuo un espacio en el que pueda decidir libremente y realizar sus resoluciones conforme a su propio criterio. Por eso, el Derecho penal no solo restringe la libertad, sino que también la crea"; DIEZ RIPOLLÉS, J., *El Derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*, p. 84, quien, refiriéndose al principio de fragmentariedad, señala: "Se trata, sin más ni menos, que de concebir al Derecho penal no como limitador de la libertad personal, sino como su garante, uno de los medios sociales para hacerla posible"; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, p. 70, cuando sostiene: "[L]a imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de las libertades y crea libertad".

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

científicos y criminológicos imperantes en la actualidad, sino que supone una visión ingenua del hombre y de su dignidad. Lo correcto es entender el delito como un problema social y comunitario que surge *en* la comunidad y debe resolverse *por* la comunidad⁽¹⁶⁾. No se trata de algo ajeno a la sociedad, sino que forma parte de ella de modo permanente, independientemente de la forma histórica en que se organice la convivencia. El delito, más que una patología o una enfermedad, es necesario para confirmar y establecer el respeto y la confianza en el Derecho y las normas que componen la estructura de una sociedad democrática. El delito es una manifestación inequívoca de la imperfección de la persona y de las causas sociales que la promueven, recordándonos que vivimos en una sociedad de hombres y no de ángeles. No se trata de una enfermedad o epidemia —toda vez que constituye un fenómeno inseparable e inherente a toda organización social— que no puede extirparse y que la sociedad debe asumir y tratar de resolver o, por lo menos, controlar. *Ubi societas, un crimen*. El crimen no es solo un acontecimiento individual que se deba exclusivamente a la voluntad libre del hombre o responda a una causa. En la realidad, el delito es consecuencia de la interacción de una serie de factores tanto personales como sociales, cuya primacía no puede efectuarse sin el análisis del caso concreto⁽¹⁷⁾, como, por ejemplo, los desajustes en la socialización, los déficit educativos, las limitaciones psíquicas, la desigual distribución de la riqueza, la diferencia de oportunidades, la recesión, una defectuosa política económica, las bajas remuneraciones, el desempleo, la falta de asistencia social, etc. El delito no solo es producto de una libertad mal ejercida o una decisión libre en el sentido de no coacción, sino que en él concurre una innegable corresponsabilidad de la sociedad y el Estado⁽¹⁸⁾ junto a la del individuo.

Una política criminal humanista y, por tanto, respetuosa de la dignidad ³⁹ de la persona, que considera al delito como un *problema social y humano*, ha de comprender que este como problema social no puede erradicarse⁽¹⁹⁾, sino que solo se puede aspirar a controlarlo. En tal sentido, como apunta GARCÍA-PABLOS: “Proponer, pues, la total erradicación del crimen de la faz de la tierra, es una ilegítima y peligrosa quimera cuyos elevados costes no debe asumir

(16) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, p. 99.

(17) *Ibídem*, p. 104.

(18) Cfr. MAIHOFER, W., “Principios de una democracia en libertad”: En: *Manual de Derecho Constitucional*, 6/175, p. 316.

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

una sociedad sana y libre, ni siquiera en nombre de una mal entendida utopía⁽²⁰⁾. Una política criminal humana, inteligente y realista debe buscar no la eliminación o extirpación del delito, sino que, aprendiendo a convivir con él y a soportar sus efectos, debe orientar su lucha a remover las causas que lo promueven, además de someterlo al control social formal y al aparato de justicia penal⁽²¹⁾. Ello supone en buena cuenta entender de una vez por todas que el delito, más que un problema jurídico, y por tanto formal, es un problema social y humano que debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables, y cuyo control no solo significa la disminución de la tasa de criminalidad, sino sobre todo el sometimiento de los delitos a la administración de justicia penal para su esclarecimiento desapasionado e imparcial.

40 La concepción acerca del *delincuente* también se ve afectada por la influencia del principio que proclama el respeto a la dignidad de la persona humana. En efecto, quien delinque no debe ser visto como un ser humano “anormal”, distinto de los demás, inferior o como si no fuera un ser humano. Dicha imagen resulta degradante y conduce a respuestas desproporcionadas e injustas, pues convierte al autor de un delito en chivo expiatorio de las iras y frustraciones colectivas⁽²²⁾. El principio de humanidad impide contemplar al ciudadano que infringe las normas penales como un ser extraño al cuerpo social, o como si fuera un enemigo de la sociedad a la que perturba y hace daño⁽²³⁾. Quien comete un delito no se convierte en anormal, más aún si hay muchos “anormales” que no delinquen y muchas personas normales que sí lo hacen. Por ello, resulta criticable la equiparación del delincuente con la de un ser humano con déficit psíquicos o con una desviación moral.

41 Asimismo, es contraria a la dignidad del ser humano la división que se hace de los hombres, catalogándolos como buenos y malos, hecho que coincide con la imagen de los ciudadanos que delinquen y los que no lo hacen. Resulta opuesto al principio de igualdad el clasificar a los hombres según una dudosa escala moral o en base a la diferencia que media entre los que delinquen y los que respetan la norma, generando una lamentable brecha estigmatizante. El

(20) Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*. Op. Cit., p. 100.

(21) En sentido semejante, JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*. Op. Cit., p. 2 ss., cuando sostiene que la seguridad general que sea promovida por el Derecho penal: “No es una situación en la que no se cometa ningún delito, pero sí una en la que la criminalidad se mantiene dentro de ciertos límites y se halla controlada por el Estado, en el sentido de que los delitos cometidos son aclarados en alto porcentaje y se persiguen sin discriminación de la persona”.

(22) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*. Op. Cit., p. 105.

(23) Cfr. RUIZ VADILLO, E., *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, p. 99.

respeto al principio de la dignidad de la persona humana no permite el establecimiento de un abismo insalvable entre los seres humanos en cuanto al tratamiento jurídico y su condición valorativa. Quien delinque no debe ser visto como alguien distinto ni ser tratado como si lo fuera. La dignidad de la persona humana decreta la vigencia incondicional del principio de igualdad. El delito y el crimen, por más grave que sean, no hacen perder bajo ninguna circunstancia la condición de ser humano, más aún si la dignidad en su sentido genuino se adquiere con la concepción y se extiende incluso más allá de la muerte⁽²⁴⁾.

El que infringe las normas penales por ese solo hecho no se convierte en un ser indigno y pierde su valor. El delito no contradice ni aniquila la dignidad de la persona humana, sino que es expresión de las limitaciones éticas del hombre y de la desigualdad social, signos irrefutables e inconfundibles de la *humanidad*. Si bien el delito como un acto perturbador de la paz de la comunidad da lugar a un juicio social y ético de demérito o de reproche, no por ello se debe entender que, en lo personal, se tiene mayor dignidad, puesto que todos los hombres somos iguales, y todos, sin excepción, alguna vez hemos delinquido. El demérito y el delito no hacen a la persona menos valiosa ni extinguen su dignidad. Creemos que si el postulado de la dignidad de la persona humana hace comprender y tolerar las imperfecciones e insuficiencias del ser humano, con mayor razón obliga, por un lado, a ser compasivo con el infractor de la ley, pues se trata de un ser humano como nosotros y, por el otro, impone el ser solidario, pues el delito no es un problema individual, sino social. 42

Por último, la pena ve teñida su naturaleza y finalidad, como consecuencia de una especial concepción de la dignidad de la persona humana y, en concreto, del principio de humanidad. Así, por ejemplo, se considera que la pena es un *mal necesario* para la sociedad y el individuo que lo sufre por cuanto supone la imposición de una sanción negativa que limita o aniquila de manera drástica los derechos y bienes jurídicos más importantes de los ciudadanos. La naturaleza de mal de la pena se mantiene a pesar de que con ella se busque proteger a la sociedad o se aspire a favorecer el bien común. La pena es un mal no solo para el que lo sufre, sino para quien lo irroga. No solo quien delinque sufre la privación o restricción de bienes jurídicos, también el Estado asume grandes cargas, como el establecer tribunales, construir prisiones, alimentar reclusos, pagar al personal penitenciario, etc.⁽²⁵⁾. En la determinación de la pena como 43

(24) Por todos, BENDA, E., "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En: *Manual de Derecho Constitucional*, 4/9, p. 121.

(25) Algunos autores hacen de esta cuestión una característica independiente; véase FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*, p. 414, quien precisa como nota de la pena el ser costosa.

mal, el punto de vista decisivo es el del Derecho, para quien la pena es siempre la limitación de algo valioso, independientemente del punto de vista del delincuente, quien hasta podría verla como un beneficio⁽²⁶⁾. La pena es un mal para la sociedad porque ella ve cómo se le priva de una serie de derechos o bienes a uno de sus miembros. Ella no puede estar feliz por este hecho. Solo así tiene sentido la consideración de la pena como una *amarga necesidad social*.

44 La pena no puede servir para alcanzar una meta que vaya más allá del respeto por la dignidad de la persona humana. Por tanto, este principio proscribe la instrumentalización o la cosificación de la persona y su dignidad por parte del Derecho penal, por más que sirviera para alcanzar determinados fines sociales, como la conservación de otros valores del orden jurídico, v. gr. la seguridad nacional⁽²⁷⁾. La experiencia histórica ha demostrado que el hombre no puede ser reducido a la condición de objeto de un ente colectivo⁽²⁸⁾. En este sentido, la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del *statu quo* democrático y, en consecuencia, es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana (HABERLE)⁽²⁹⁾. La pena es incompatible con fines preventivos puros, y más aún si supone la aplicación del terror penal a través de un afianzamiento del temor y el miedo al castigo. Solo combinando los criterios preventivos con las exigencias de justicia se logra justificar la pena, tanto ante la sociedad como ante el individuo mismo.

45 La dignidad de la persona humana no es compatible con la instrumentalización y empleo de la pena dirigida a imponer una nueva escala de valores o una determinada ideología por medio del tratamiento terapéutico y bajo el pretexto de la resocialización. La pena no debe pretender cambiar la escala de valores de los ciudadanos porque no es el instrumento legítimo ni idóneo, para tal fin, tampoco debe buscar modificar la conciencia de los condenados, pues ello no solo implicaría una inconstitucional intromisión en la esfera íntima de los ciudadanos, sino también un flagrante atentado contra el pluralismo jurídico y social, indispensable en una sociedad democrática.

(26) La pena no pierde su calidad de tal aun cuando una persona comete un delito para lograr obtener un beneficio de la cárcel, como comida o un lugar donde dormir. Como apunta SOLER, S., *Derecho penal argentino*, p. 363: "[L]a pena sigue siendo un mal porque el Derecho valora más la libertad que el propio bienestar".

(27) Cfr. LANDA ARROYO, C., "Dignidad de la persona humana". En: *Ius Et Veritas*, p. 17.

(28) Cfr. BENDA, E., "Dignidad humana y derechos de la personalidad". *Op. Cit.*, p. 124; ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*, 4/15, p. 40.

(29) Apud. LANDA ARROYO, C., "Dignidad de la persona humana". *Op. Cit.*, p. 14.

Una pena es humana cuando no agrava el conflicto y el drama creados 46 por el delito al convertir al autor en una nueva víctima, aunque esta vez ya no de un tercero, sino del propio Estado y de la sociedad. Una pena es humana cuando no *desocializa*, no impide una reconciliación del infractor con el Derecho y la sociedad, ni impone males crueles en abierta desproporción con la gravedad del hecho.

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

La prevención solo tiene sentido en la medida en que sirva para prote- 47 ger los bienes jurídicos de una sociedad determinada. No se previene por prevenir o por el simple hecho de evitar algo. Se previene para proteger intereses valiosos y de indiscutible estimación social. Ello se relaciona con la finalidad última del Derecho penal: el proteger a la sociedad y los bienes jurídicos.

La finalidad del Derecho penal no es realizar el bien común, lograr que 48 las relaciones sociales sean justas y equitativas, o que se respete un determinado orden ético —de las mayorías o de las minorías—, una ideología política o algún modelo de gobierno. Su fin es más modesto y limitado, solo trata de proteger bienes jurídicos o fomentar la confianza en las normas con el fin de contribuir a la paz social. Los objetivos sociales y estatales de bien común, estabilidad, seguridad jurídica y de desarrollo económico no pueden ser alcanzados por el Derecho penal, sino a través de otros medios, estrategias y mecanismos sociales, distintos a los recursos aflictivos del Derecho penal. La pena, por ser un mal, no puede ayudar —al menos de modo principal— al desarrollo social y a una configuración más justa de las relaciones humanas. El Derecho penal, y en particular la pena, no debe ser visto como una forma de promoción y de desarrollo social.

La llamada lucha contra el delito —que supone la idea de un enemigo o, 49 por lo menos, de un antagonista— implica el reconocimiento de que esa lucha tiene sentido en la medida en que se busca defender o hacer prevalecer algo, que en materia del Derecho penal no es otra que la protección de la sociedad.

La idea de protección a la sociedad exige una necesaria aclaración y pre- 50 cisión. En primer lugar, la protección de la comunidad, de sus valores básicos y sus condiciones elementales de existencia se manifiesta básicamente desde el Derecho penal, pero no se limita ni se restringe a él, sino que compromete otros controles jurídicos de naturaleza formal y otros mecanismos del control social de la conducta. El proteger a la sociedad del delito no es una tarea que

solo debe asumir el Derecho penal y, en general, el orden jurídico. Es una exigencia que involucra al Estado y a toda la sociedad a través de una serie de políticas y orientaciones de naturaleza política, económica, educativa, cultural, etc. Si bien el Derecho penal es el medio más duro y aflictivo en la lucha contra el delito, no es el único mecanismo para proteger a la sociedad y, a veces, tampoco el más idóneo y adecuado. Para contrarrestar y evitar la conducta desviada (entre ellas el delito), el Estado tiene una serie de recursos y medidas distintas, incluso más eficaces que el Derecho penal.

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

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

53 La correcta y necesaria armonización de los intereses sociales e individuales como vía de protección de la sociedad por parte del Derecho penal excluye de

cualquier tutela en este ámbito a los bienes jurídicos que obstaculizan el libre desarrollo de la personalidad o que se oponen (impiden) a un mejor desenvolvimiento de la dignidad de la persona humana.

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

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

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

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

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

Una tesis como la descrita recuerda que la prevención es un fin legitimante e irrenunciable de todo el sistema penal en cualquiera de sus vertientes: general o especial, lo que el legislador y el juez deben valorar en todo momento.

No es compatible con las bases del sistema mantener una posición a favor de un retribucionismo puro que busca realizar a toda costa los ideales de justicia, sin atender las necesidades sociales y las exigencias de protección eficaz de bienes jurídicos.

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

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

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

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

61 La función simbólica de las normas penales se caracteriza por la búsqueda de efectos tranquilizadores de modo momentáneo o coyuntural en la población, generando una sensación muchas veces irreal de seguridad, provocada por una actitud política mediática que pretende lograr réditos electorales, mediatos o inmediatos, o un reflejo en las encuestas al mostrar una acción atenta y decidida⁽³⁰⁾. Las leyes penales son utilizadas como mero vehículo político de cálculo electoral y de beneficios inmediatos: de autocomplacencia y satisfacción

(30) Cfr SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo, passim*.

por parte de los políticos de turno y de confianza y tranquilidad en los ciudadanos electores⁽³¹⁾.

Si bien nadie puede discutir seriamente que el Derecho penal desempeña, ⁶² formal y materialmente, una función simbólica en la medida en que posee un mensaje y una comunicación en la sociedad⁽³²⁾, las objeciones surgen cuando se exagera, pervierte e instrumentaliza el papel que cumple en la sociedad al buscar únicamente un impacto social, la aprobación estadística de la opinión pública y un efecto narcotizante que hace olvidar su real y verdadera problemática. Es común que las normas penales cumplan exclusivamente un papel simbólico en determinadas formas de delincuencia, v. gr., en el tráfico de drogas, terrorismo, criminalidad organizada; o en periodos de convulsión social y cambios sociales, v. gr., inflación, agitación política, etc., sin que haya una eficacia adecuada y el necesario respeto a los principios y valores constitucionales. Hay una contradicción entre los fines que el legislador debe perseguir y los que efectivamente persigue.

El Derecho penal puramente simbólico cumple un papel patológico, perverso⁽³³⁾ y sedante en la sociedad, pues se preocupa más por tranquilizar las conciencias que por resolver los problemas y retos que la criminalidad demanda. Se trata de normas que, lejos de proteger bienes jurídicos, utiliza el miedo al delito, manipula la sensación de inseguridad e impone, como correlato, penas que en su monto, características y naturaleza son absolutamente desproporcionales y exageradas. ⁶³

IV. Bibliografía

AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. 2ª edición. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; BENDA, Ernesto, "Dignidad humana y derechos de la personalidad". En: *Manual de Derecho constitucional*. Dirigido por Conrado HESSE. Traducción de Antonio LÓPEZ PINA. Marcial Pons / Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CEREZO MIR, José, "El tratamiento penal de los delincuentes habituales". En: *110 años de la Procuraduría General de la República de México*; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DÍEZ RIPOLLÉS, José ⁶⁴

(31) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*. Op. Cit., p. 97.

(32) SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., *passim*.

(33) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*. Op. Cit., p. 98.

Luis, *El Derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*. Bosch, Barcelona, 1981; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*. 2ª edición. Tomo II. Temis, Bogotá, 1994; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. 2ª edición. Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2000; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GÖPPINGER, Hans, *Criminología*. Traducción de María Luisa SCHWARCK e Ignacio LUZURRAGA. Reus, Madrid, 1975; GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENOTE. Comares, Granada, 2003; LANDA ARROYO, César, "Dignidad de la persona humana". En: *Ius Et Veritas*. Año X. N° 21. PUCP, Lima, 2000; LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel, *Criminología*. Aguilar, Madrid, 1981; MAIHOFFER, Werber, "Principios de una democracia en libertad": En: *Manual de Derecho constitucional*. Dirigido por Conrado HESSE. Traducción de Antonio LÓPEZ PINA. Marcial Pons / Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto pénale*. 3ª edición. Cedam, Padova, 1992; MAURACH, Reinhart / GOSSEL, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON. Astrea, Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*. 6ª edición. Reppertor, Barcelona, 2002; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Tirant Blanch, Valencia, 2000; ROXIN, Claus, "Problemas actuales de política criminal". En: *100 años de la Procuraduría General de la República*; RUIZ VADILLO, Enrique, *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*. Colex, Madrid, 1997; SCHÜNE-MANN, Bernd, "Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Traducción de Lourdes BAZA. Tecnos, Madrid, 2002; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. 3ª edición. 8ª reimpresión. Tomo II. TEA, Buenos Aires, 1978; ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.

§ II Principio de legalidad

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ

*Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)*

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	38	consecuencia principal		
II. Fundamento	6	40	del delito (en la pena) .	39	54
1. Fundamento político ..	8	41	b) El principio <i>nulla poena sine lege</i> en las medidas de seguridad .	40	55
2. Fundamento jurídico-penal (prevención general)	11	43	c) El principio <i>nulla poena sine lege</i> en la reparación civil y en las consecuencias accesorias.....	42	56
3. Fundamento axiológico (seguridad jurídica).....	13	44	IV. Ámbito de aplicación del principio de legalidad.....	43	56
III. El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano	16	45	1. El principio de legalidad en el Derecho procesal penal.....	43	56
1. El principio de legalidad en la Constitución	18	46	2. El principio de legalidad en el Derecho penitenciario.....	46	58
2. El principio de legalidad en el Código Penal.....	29	51	V. Manifestaciones (consecuencias) del principio de legalidad.....	48	59
2.1. El principio de legalidad penal en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal	30	51	1. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i> ...	49	59
2.1.1. Principio <i>nullum crimen sine lege</i>	33	51	2. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>	59	64
a) El principio <i>nullum crimen sine lege</i> en el delito .	33	51	3. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>	66	67
b) El principio <i>nullum crimen sine lege</i> en las faltas	37	53	4. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>	81	74
2.1.2. El principio <i>nulla poena sine lege</i>	38	54	VI. Bibliografía.....	87	76
a) El principio <i>nulla poena sine lege</i> en la					

§ II.- Principio de legalidad

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

I. Introducción

¹ En un Estado Constitucional –donde impera el sistema romano germánico– el principio de legalidad constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general y del Derecho penal en particular, pues su fin y función son la *creación* (*Schaffung*)⁽¹⁾ y *garantización* (*Gewährleistung*)⁽²⁾ de la *libertad jurídica* (*rechtliche Freiheit*). Por eso, el principio de legalidad exige al Estado proteger a la sociedad no solo con el Derecho penal, sino también del Derecho penal⁽³⁾. A partir de dicha exigencia, el Estado tiene una doble obligación: por un lado, llevar adelante una política criminal con estrategias e instrumentos eficaces para prevenir el delito⁽⁴⁾ y, por otro, someter su actividad punitiva a estándares de racionalidad objetiva que se encuentran en la Constitución y la ley⁽⁵⁾. Con ello, el principio de legalidad penal no solo es el instrumento jurídico más importante que tiene el ciudadano para proteger su libertad frente a la arbitrariedad del Estado, sino también constituye el mecanismo más democrático que tiene el Estado para proteger la libertad mediante la creación de delitos y penas.

² Por tales consideraciones, el principio de legalidad es el enunciado más inexorable de los que articulan el Derecho penal de un Estado Democrático-Constitucional que consagra la libertad y la dignidad humana como valores superiores del sistema jurídico-político. He ahí que no les falta razón a quienes sostienen que el principio de legalidad, desde su incorporación al Derecho penal por FEUERBACH⁽⁶⁾ hasta la actualidad, constituye la plataforma más sólida de todas las instituciones jurídicas que crean y protegen la libertad, pues su vigencia es sinónimo de libertad y autorrealización, ya que posibilita a los ciudadanos desarrollar todas sus potencialidades humanas. Por el contrario,

(1) Sobre dicha problemática cfr., HEGEL, G., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 29, p. 80; PAWLIK, M., *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, pp. 5 ss., EL MISMO. *InDret* 4 (2015), p. 3; SALAZAR SÁNCHEZ, N., “El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho”, p. 450.

(2) Sobre la función garantizadora del principio de legalidad *vide* SCHMITZ, R., “§ 1”. En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nm. 8.

(3) Al respecto, *vide* ROXIN, C., *AT I*, 4ª. edición, § 5, Rn. 1.

(4) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, § 1/I, p. 2; ROXIN, C., *AT I*, 4ª. edición, § 5, Rn. 1.

(5) RENGIER, R. *AT*, 4ª edición, § 4, Nm. 1; ROXIN, C. *AT I*, 4ª. edición, § 5, Rn. 1.

(6) Cfr. VON FEUERBACH, P., *Lehrbuch*, § 24. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* tuvo un largo proceso de gestación que comenzó en la Filosofía de la Ilustración, pues autores como ROUSSEAU y MONTESQUIEU, con la finalidad de debilitar las bases del viejo Régimen, gestaron los primeros postulados sobre el “contrato social”, el principio de “división de poderes”, de las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, etc. Una explicación detallada en la literatura alemana sobre la evolución del principio de legalidad se encuentra en DANNECKER, G., *Das intertemporale Strafrecht*, p. 27 ss.; KREY, V., *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 3 ss.; SCHREIBER, H., *Gesetz und Richter*, p. 17 ss.

la violación, cualquier fisura o relajamiento del principio de legalidad no solo implica el directo e inmediato aniquilamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, sino también la inexistencia del propio Estado.

Como se verá *infra*, el principio de legalidad pertenece a todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, vincula a jueces, fiscales, parlamentarios y todos aquellos funcionarios que tienen competencia de dar o aplicar la ley⁽⁷⁾. A diferencia de lo que ocurre en el sistema anglosajón (donde la tradición jurídica y la jurisprudencia son las que establecen las pautas de lo permitido y lo prohibido⁽⁸⁾), en el sistema jurídico eurocontinental la ley es la principal fuente de Derecho en cualquier disciplina o rama del ordenamiento jurídico⁽⁹⁾. Dicho en otros términos, en nuestro sistema jurídico, la ley es la única fuente vinculante de jueces, fiscales, políticos y ciudadanos. La jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios generales, etc., no vinculan a las personas ni a las instituciones y, por tanto, no pueden ser fuentes creadoras de Derecho⁽¹⁰⁾. A diferencia de estas últimas —que tienen un rol complementario en la interpretación de los institutos jurídicos—, la ley es fuente primaria, principal y, por lo tanto, vinculante en todos los niveles del ordenamiento jurídico.

Pero es en el Derecho penal donde el principio de legalidad cobra superlativa importancia. La razón de ello estriba en que la puesta en marcha de la política criminal punitiva tiene como contrapartida la restricción de derechos fundamentales. Si bien es indudable que la calificación de determinadas conductas como prohibidas mediante la creación racional de tipos penales (o a través de la agravación de penas) crea y protege la libertad jurídica de la

(7) Al respecto, cfr. ORTIZ DE URBINA, I. En: KUDLICH / MONTIEL / SCHUHR (Hrsg.). *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, p. 87 ss.; SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 5. En la jurisprudencia nacional, esta tesis ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional. Al respecto cfr.: Exp. N° 010-2002-AI/TC; Exp. 0012-2006-PI/TC; Exp. N° 086/46/2005-PHC/TC; Exp. N° 22/89/2005-PHC/TC; Exp. N° 088/86/2006-PHC/TC; Exp. N° 50/07/2005-PHC/TC; Exp. N° 72/19/2006-PHC/TC; Exp. N° 15/68/2007-PHC/TC; Exp. N° 58/15/2005-PHC/TC; Exp. N° 27/58/2004-HC/TC; Exp. N° 23/05/2004-HC/TC; Exp. N° 87/80/2005-PHC/TC; Exp. N° 082/64/2006-HC/TC; Exp. N° 037/01/2007-PHC/TC; Exp. N° 083/77/2005-PHC/TC; Exp. N° 18/05/2005-HC/TC; Exp. N° 082/64/2006-HC/TC.

(8) HERNÁNDEZ DÍAZ, C., “La costumbre como fuente del Derecho”, p. 146.

(9) *Ibidem*, p. 146 ss.

(10) Debemos precisar que nosotros no negamos que la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y la doctrina son fuentes del Derecho penal. Lo que afirmamos es que estas fuentes aludidas no obligan al legislador a crear delitos y penas, al juez a condenar o absolver a una persona, y al ciudadano a adecuar su conducta. En el Derecho penal la jurisprudencia, los principios generales, el Derecho consuetudinario y la doctrina sirven como complemento del desarrollo integrador del Derecho, o sea, como mecanismos que ayudan a precisar conceptos, siempre y cuando no perjudiquen a los ciudadanos.

sociedad⁽¹¹⁾, también es innegable que tal proceso de criminalización restringe la libertad de los ciudadanos sobre quienes actúa la fuerza coercitiva del sistema punitivo por haber realizado una conducta denominada delito. Por ello, debido al gran impacto que tienen los procesos de criminalización en la sociedad, en los Estados democráticos representativos de occidente, tanto la creación de delitos y penas como el sometimiento a un proceso penal y la imposición de las penas se encuentran sujetos a la voluntad soberana del pueblo⁽¹²⁾, la cual encuentra su expresión más genuina en la voz de sus representantes, es decir, en la ley. Allí se fundamenta la exigencia de no crear delitos y penas por medio de cualquier mecanismo –v. gr., a través de la jurisprudencia, del Derecho consuetudinario o cualquier norma jurídica, etc.–, sino únicamente por medio de la ley emanada del Parlamento.

- 5 Para alcanzar su cometido, el principio de legalidad penal (*vid infra* § V) ha establecido cuatro máximas jurídico-penales: a) prohibición de crear delitos y sanciones mediante leyes indeterminadas; b) prohibición de crear delitos y sanciones mediante el Derecho consuetudinario; c) proscripción de crear delitos y sanciones a través de analogía; y d) prohibición de crear delitos y sanciones mediante leyes retroactivas.

II. Fundamento

- 6 No existe unanimidad de la dogmática jurídico-penal en torno al fundamento del principio de legalidad. A mi juicio, la falta de consenso se debe a que el fundamento del principio de legalidad está vinculado a complejas concepciones filosóficas, jurídicas y políticas sobre el Estado, el Derecho, la sociedad y la persona⁽¹³⁾, los cuales determinan la configuración del fundamento del principio de legalidad en una u otra dirección. En la dogmática penal, un sector sostiene que el fundamento del principio de legalidad es tanto de índole jurídico-política como de naturaleza jurídico-penal⁽¹⁴⁾; otro sector lo vincula al

(11) ROXIN, C., *AT I*, 4ª. edición, § 5, Rn. 1.

(12) Sobre esta problemática, BECARÍA refiere que todo delito y toda pena que no se derivan de la absoluta necesidad del pueblo es tiránica, *vide* BECCARIA, C., *De los delitos y Las penas*, p. 10. En el mismo sentido, ROXIN, C., *AT I*, § 5; Nm. 20, sostiene que “La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad de los ciudadanos que la legitimación para determinar sus presupuestos solo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo”.

(13) *Vide* SALAZAR SÁNCHEZ, N., “El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho”, p. 459.

(14) Así, ROXIN, C., *AT II*, 4ª edición, § 5, Rn. 11, para quien el fundamento jurídico-político puede descomponerse en dos bases como son el liberalismo político y la democracia y la división de poderes; asimismo, el fundamento jurídico penal se bifurca en la prevención general y en el principio de culpabilidad.

concepto de Estado de Derecho⁽¹⁵⁾. Finalmente, una parte de la filosofía jurídica fundamenta el principio de legalidad en la seguridad jurídica⁽¹⁶⁾. En mi opinión⁽¹⁷⁾, el principio de legalidad se fundamenta en tres instituciones: una política, una axiológica y una jurídico-penal.

A continuación, explicaré, en forma muy breve, cada una de estas instituciones que, desde mi punto de vista, fundamentan el principio de legalidad penal. En primer lugar, analizaré el fundamento político en su expresión de la democracia y la división de poderes; en segundo término, desarrollaré el fundamento jurídico-penal, cuya expresión más emblemática es la prevención general; por último, me ocuparé del fundamento axiológico que se expresa en la seguridad jurídica.

1. Fundamento político

Como ya se dijo, el fundamento político del principio de legalidad tiene un doble componente⁽¹⁸⁾: a) la división de funciones del poder político⁽¹⁹⁾; y b) la democracia representativa. El surgimiento de ambas instituciones se remonta al momento de la creación de la Constitución. Como, acertadamente, sostiene SCHMITT⁽²⁰⁾, la voluntad política constituyente del pueblo (*verfassungsgebender Wille des Volkes*) o Poder Constituyente (*verfassungsgebende Gewalt*) se expresa en la creación de una Constitución Política (*politische Verfassung*) o de lo político (*das Politische*)⁽²¹⁾. Dicha Constitución no es otra cosa que la “identidad conjunta de un pueblo sobre la unidad política de su forma existencial de vida”⁽²²⁾, la cual puede instituirse en forma de democracia, tiranía, dictadura, etc. En

(15) DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 52 ss.; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, § 15/III, p. 137; KUHLEN, L., *Otto-FS*, 2007, p. 91 ss.; MAURACH, R. / ZIPF, H., *AT I*, § 10, Nm. 1 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, § 4, Nm. 5; TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen*, p. 193.

(16) GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, p. 477; HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 544; RECASENS SICHES, L., *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 219 ss.; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, p. 603.

(17) *Vide, in extenso*, SALAZAR SÁNCHEZ, N., “El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho”, p. 461 y ss.; URQUIZO OLAECHEA, J., *El principio de legalidad*, p. 24 y ss.

(18) Al respecto, GRÜNWARD, G., *ZStW* 76 (1964), p. 14 ss.; RANSIEK, A., *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, p. 12 ss.; SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 8.

(19) En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: BVerfGE 75 329, 341, 342; 78 374, 382.

(20) SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, p. 84.

(21) *Ibidem*, p. 75 ff., 84 f.

(22) Además de esta definición, en la obra de SCHMITT pueden encontrarse diversas definiciones de Constitución, entre las cuales destacan la definición de Constitución como una “concreta y especial forma de unidad política”, como un “estado absoluto de unidad política y orden social”, como una “unidad ideal de un sistema de normas”, como un “principio del devenir dinámico de la unidad política”, etc. Cfr. *Ibidem*, p. 3 ff, 36 ff.

el caso de la sociedad peruana, su identidad política es la democracia representativa, que se basa en la división del poder político. Tal identidad política se encuentra consagrada en el artículo 43 de la Constitución Política de 1993, el cual define la identidad política existencial del pueblo peruano como una “República democrática, social, independiente y soberana que se organiza bajo el principio de división de poderes”.

9 Pues bien, en las sociedades con democracia representativa, que se rigen por el principio de división del poder político, la actividad legislativa –y, por ende, la creación de delitos y penas– es competencia exclusiva del Parlamento⁽²³⁾, porque así lo ha decidido la suprema soberanía del pueblo al crear su Constitución⁽²⁴⁾ y, por consiguiente, constituye el espejo o foro más amplio y fidedigno de la nación⁽²⁵⁾. Como único soberano, el pueblo es el único legitimado para decidir sobre la “clase” y “forma” de su existencia política y su regulación jurídica⁽²⁶⁾. En el caso de Perú, el artículo 102 de la Constitución Política de 1993 establece que el Parlamento es la única institución con competencia legisferante, pues dicha institución, como genuino depositario de la soberanía del pueblo peruano, es la encargada de canalizar la voluntad política de nuestra sociedad. Ello significa que, por regla general, ningún otro órgano del Estado (v. gr., el Poder Ejecutivo) puede ejercer dicha competencia, porque ello constituye usurpación de funciones, en tanto estaría desempeñando competencias que, por decisión soberana del pueblo expresada en la Constitución, le están proscritas⁽²⁷⁾.

10 Sin embargo, algunos autores defienden la validez de la creación de delitos y penas por el Poder Ejecutivo a través de decretos legislativos. Ello en virtud a que, según su parecer, el Parlamento –por decisión soberana del pueblo que se expresa en el artículo 104 de la Constitución peruana– puede delegar su competencia legislativa al órgano ejecutivo. Esta tesis no la comparto, entre otras, por dos razones. Por un lado, porque la validez de las normas que crean delitos y penas no se reduce al acto formal del Parlamento de emitir una norma autoritativa, por medio de la cual este delega su competencia legisferante al

(23) En el mismo sentido, DANNECKER, G., *LK*, 12ª edición, 55, RUDOLPHI / JÄGER, SK, Nm 2; SCHÜNE-MANN, B., *Nulla poena sine lege?*, p. 9 ss.

(24) SCHMITT, C., *Politische Theologie*, p. 53.

(25) Cfr. HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, p. 210.

(26) En tal sentido, SCHMITT, C., *Politische Theologie*, p. 53, sostiene que, en el marco del pensamiento democrático, el pueblo flota sobre toda la vida estatal como Dios sobre el mundo, como la causa y el fin de todas las cosas, de donde todo procede y al que todo regresa. Véase también, SCHMITT, C., *Verfassungslehre* (o. Anm. 33), S. 78 f.

(27) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, p. 630.

Poder Ejecutivo. A saber, la validez de las normas jurídico-penales, como se verá *infra* (§ III.1), está vinculada al respeto de los valores políticos y jurídicos supremos que consagra la Carta Política de 1993. Por otro lado, el principio constitucional de *jerarquía normativa*, consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política —el cual, entre otras cosas, obliga a superponer los preceptos constitucionales que expresan la identidad política y jurídica más esencial de una sociedad por encima de aquellos preceptos constitucionales de menor significado— exige dejar sin efecto la posibilidad del Parlamento de delegar al Poder Ejecutivo su competencia legislativa en el ámbito penal, porque tal delegación atenta contra la “identidad política existencial” del pueblo peruano.

2. Fundamento jurídico-penal (prevención general)

La exigencia de que ley penal sea emitida por el Parlamento con las características descritas *supra* (§ I) se debe a que dicha norma jurídica cumple una función pedagógica e instructiva⁽²⁸⁾ en los diversos estratos de la sociedad; pues, por un lado, informa cuáles comportamientos se encuentran prohibidos y, por otro lado, ilustra cuáles comportamientos prohibidos poseen una mayor lesividad social y, consiguientemente, ostentan una mayor gravedad jurídico-penal. Ello permite a los ciudadanos, bien adecuar su comportamiento conforme a Derecho⁽²⁹⁾ a efectos de no incurrir en alguna forma de responsabilidad penal que fundamenta la imposición de una pena o de una medida de seguridad, bien organizar su ámbito de libertad en contra de las máximas jurídico-penales de comportamiento con la seguridad de que se les imputará un determinado injusto penal y que se les aplicará una determinada sanción⁽³⁰⁾.

Lo expuesto no es otra cosa que la función preventivo-general⁽³¹⁾ que subyace a la estructura y contenido de la ley penal, pues el primer componente de la ley penal —el tipo penal, también llamado supuesto de hecho— tiene como función político-criminal la motivación de los ciudadanos a administrar sus ámbitos de libertad dentro del ámbito permitido⁽³²⁾; por ello, describe lo más clara y precisamente posible los elementos y características que definen a una conducta como delictiva⁽³³⁾. Por su parte, la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) refuerza el cometido del tipo penal mediante

(28) SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, p. 11 ss.

(29) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 21.

(30) SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 8.

(31) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 21; SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, p. 11 ss.

(32) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 10, Nm. 2.

(33) Ídem.

el soporte coactivo en forma de amenaza de castigo en los supuestos de quebrantamiento de las normas de comportamiento⁽³⁴⁾ contenidas en el supuesto de hecho; esto es, el contenido abstracto de la consecuencia jurídica comunica a los ciudadanos que se les impondrá una pena (o medida de seguridad) si infringen el deber jurídico-penal que subyace en los tipos penales. A partir de estos mensajes normativos contenidos en la ley penal, los ciudadanos se abstienen de cometer delitos, sea porque tienen miedo a la imposición de una pena (prevención general negativa)⁽³⁵⁾, sea porque crean una conciencia jurídica de respeto a las normas (prevención general positiva)⁽³⁶⁾.

3. Fundamento axiológico (seguridad jurídica)

- 13 El principio de legalidad también encuentra su fundamento en la creación de seguridad jurídica⁽³⁷⁾, pues esta permite, si no eliminar, sí restringir, a lo más mínimo, la arbitrariedad de quienes aplican el Derecho (v. gr., jueces, fiscales funcionarios, etc.). En tal sentido, la norma penal, en cuanto proceso de comunicación, proporciona a la ciudadanía confianza objetiva de que sus ámbitos de libertad no serán restringidos injustificadamente. Más aún, la ley penal permite a los ciudadanos prever los costos y beneficios que devienen de la realización de procesos comunicativos que poseen naturaleza permitida o prohibida⁽³⁸⁾. Ello se debe a que, como ya se dejó establecido *supra* (§ II. 2), la ley permite tener un conocimiento fidedigno no solo del contenido de la prohibición y de los límites de la misma, sino también de la naturaleza y clase de la sanción. Así, por ejemplo, en virtud de la ley, los ciudadanos pueden conocer *ex ante* la naturaleza de la sanción (pena o medida de seguridad), el tipo de pena (pena privativa de libertad, pena restrictiva de derechos, etc), la duración de la sanción (días, meses, años), etc.

(34) FREUND, G., MK, 3ª edición, Vor § 13, Nm. 412, 476 s.

(35) En torno a naturaleza de la prevención general negativa cfr. NAUCKE, W, ZStW 87, p. 880 ss.; HRUSCHKA, J., JZ, 1987, p. 161 ss.

(36) Al respecto, HASSEMER, W., Lüderssen-FS, p. 238 ss.; JAKOBS, G., AT, § 1, Nm 4, 7, 7a.; EL MISMO, ZStW 101, p. 522 ss.

(37) Sobre dicha problemática cfr., HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 544; RECASENS SICHES, L., *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 219 ss.; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, p. 603; GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, p. 477.

(38) A decir de HENKEL, “el sujeto sabe cómo ha de comportarse en sus relaciones sociales y qué comportamientos van a realizar los demás; con otras palabras, el ciudadano sabe qué hechos y obligaciones existen para él, y qué consecuencias jurídicas de su comportamiento se tiene que asumir”, *vide* HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 547.

Como se verá más adelante, las cuatro expresiones del principio de legalidad están orientadas a crear seguridad jurídica⁽³⁹⁾. Allí radica, en puridad, el porqué se prohíbe la aplicación de la analogía *in malam partem*, la dación de tipos penales indeterminados, la aplicación retroactiva de la ley y la aplicación del Derecho consuetudinario. En la vigencia de la seguridad jurídica también se fundamenta la invalidez de las decisiones judiciales que se basan en el mero arbitrio, en una percepción emocional de los hechos o en una interpretación de la ley penal que va más allá de su sentido teleológico. Tal supuesto deja de ser Derecho y se convierte en un acto arbitrario⁽⁴⁰⁾ que, según sea el caso, en nuestro ordenamiento jurídico incluso puede configurar delito de prevaricato.

Así las cosas, la ley penal constituye no solo —lo que FRANZ V. LISZT⁽⁴¹⁾ denominó— la Carta Magna del delincuente (*die Magna Charta des Verbrechens*), sino también la Constitución negativa de un pueblo (*die negative Verfassung des Volkes*⁽⁴²⁾); pues, mediante la descripción clara y segura de las conductas prohibidas y de las correspondientes sanciones, no solo garantiza la libertad de los ciudadanos que ya han realizado un delito, sino de la sociedad en general respetuosa de las normas jurídico-penales, con lo cual permite y facilita la optimización de los procesos comunicativos en todos los ámbitos del sistema jurídico-social. Por ello, se dice, acertadamente, que la ley (penal) —por medio de su carácter abstracto, general, escrito, previo y claro— proporciona un tratamiento igualitario, elimina la arbitrariedad (pública y privada), ofrece estabilidad normativa y constituye el mejor punto de orientación del ciudadano en sus contactos sociales⁽⁴³⁾.

III. El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano

Desde su positivización en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, celebrada en Francia el 26 de agosto de 1789,

(39) Al respecto, HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 548.

(40) Según LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, p. 630. Para RECASENS SICHES, L., *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 214, la arbitrariedad existe cuando “el poder público, con un mero acto de fuerza salta por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior o la sustituya”.

(41) VON LISZT, F., *Gutachten von 1893 für IKV*, § 3, Nm. 12.

(42) En la misma dirección, ROXIN, C., *AT I*, 4ª. edición, § 5, Nm. 3, Nota a pie de página 3; SCHÜNE-MANN, B., *Nulla poena sine lege?*, 1, Nota de pie de página, 2.

(43) GRACIA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, p. 478.

el principio de legalidad ha sido consagrado en varios instrumentos jurídicos de carácter internacional tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Colombia en el año de 1948, etc. Asimismo, el principio de legalidad ha sido consagrado en las diversas legislaciones nacionales, tanto en el plano constitucional como en la legislación ordinaria. Ese es el contexto en el que el principio de legalidad penal se introduce en el ordenamiento jurídico peruano, tanto en la Constitución como en los diversos cuerpos normativos ordinarios que, directa o indirectamente, se refieren al delito y a sus consecuencias jurídicas.

- 17 Por estas consideraciones, el contenido del principio de legalidad penal tiene que dilucidarse —tal como se hace en este trabajo— no solo en función de lo que prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, sino de conformidad con lo estipulado por la Constitución.

1. El principio de legalidad en la Constitución

- 18 El principio de legalidad a nivel constitucional se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 24, literal d⁽⁴⁴⁾, el cual establece que:

- 19 “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

- 20 De la presente redacción cabe preguntarse ¿hasta qué punto la Constitución de 1993 recoge genuinamente los criterios que deben imperar en un Derecho penal racional, propio de un Estado Democrático Constitucional? De tal manera que se materialice también en el *ius puniendi* las exigencias del artículo 1 de la Constitución y de la identidad política existencial de índole democrática que posee el pueblo peruano.

(44) A nivel constitucional, los antecedentes más inmediatos del principio de legalidad penal se encuentran en la Constitución de 1979, la cual en su artículo 2 inciso d establecía que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Asimismo, la Constitución del Perú de 1933, en su artículo 57, establecía que: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”.

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

Junto a los principios de legalidad *sustantivo y adjetivo*, la Constitución consagra el *principio de taxatividad*, el cual se expresa mediante la frase “de manera expresa e inequívoca”. La Constitución, a través del principio de taxatividad, exige que las normas (leyes) creadoras de delitos y penas sean claras, de tal manera que los ciudadanos puedan comprender el mensaje de la norma y puedan motivarse de acuerdo a ella. En otras palabras, la Carta Política establece que: 1) si el Estado quiere criminalizar las conductas que son lesivas para él o para la sociedad, dicha criminalización no debe adolecer de ambigüedades y, por el contrario, debe estar impregnada de claridad, certeza y sencillez; 2) las sanciones diseñadas para las conductas que son calificadas como delitos deben estar consagradas en forma indubitable en el Código Penal, lo cual significa que el legislador está obligado a establecer con nitidez no solamente el *quantum*, sino también la *clase de pena*. Por ello, se violará el principio de legalidad, bien cuando las conductas que se catalogan como delitos son descritas con imprecisión, vaguedad o indeterminación; bien cuando –pese a que el presupuesto (conducta típica) se encuentra establecido en forma clara– el *quantum* o *clase* de pena son indeterminados. Todo esto –lo referido a la taxatividad– rige también para el Derecho procesal penal.

- 23 Asimismo, dentro de la perspectiva constitucional se consagra el “principio de reserva de la ley” mediante la expresión “ley”. Esta palabra, aparentemente insignificante, es de singular importancia, pues garantiza la vigencia de las máximas políticas y jurídicas consagradas por la soberanía del pueblo en la Constitución. En el significado de la palabra “ley” radican las respuestas satisfactorias a las siguientes preguntas: ¿cuál es el órgano del Estado que se encuentra legitimado constitucional y legalmente para crear delitos y penas? ¿Qué tipo de normas jurídicas son las que deben establecer las conductas delictivas y las sanciones correspondientes?
- 24 Respecto a la primera interrogante, es evidente que solo el Parlamento puede crear delitos y penas, porque, formal y materialmente, solo el Parlamento puede emitir leyes. Si bien los demás órganos del Estado también pueden emitir normas jurídicas con rango de ley, tales disposiciones no poseen la naturaleza política y jurídica que establece el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución; ello por la simple razón que las normas emitidas por los órganos constitucionales diferentes al Parlamento no son leyes. Por otro lado, como ya se dejó establecido *supra* (§ II.1), el artículo 102 de la Constitución de 1993, establece que el Parlamento es la institución encargada de dar las leyes y, por ende, las leyes penales. De ello se infiere que, en principio, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o cualquier otro órgano constitucional —pese a que constituyen pilares fundamentales del Estado— están impedidos de emitir normas jurídicas creadoras de delitos y penas. Los órganos constitucionales diferentes al Parlamento, en virtud de su iniciativa legislativa reconocida en la Constitución, a lo sumo, pueden proponer al Parlamento la creación o modificación de leyes penales, pero, en ningún caso, crearlas.
- 25 Por otro lado, de una interpretación teleológica del artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución, se concluye que, para crear delitos y penas, no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República siguiendo los mecanismos formales que establece la Constitución, sino que, además, es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva. Es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igual o menor rango y, por otro, deben ostentar la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional —conocida como principio de jerarquía normativa— se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, pues allí se establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía; y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por el artículo 51 excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas

que tienen rango de ley (v. gr., resoluciones legislativas, decretos leyes, decretos de urgencia, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, edictos municipales, etc.) creen delitos y penas.

No obstante, lo afirmado en nuestro ordenamiento jurídico, dicha exigencia constitucional es un mero discurso lírico, pues la mayor cantidad de modificaciones del Código Penal se han llevado a cabo por medio de decretos legislativos. Esta modalidad de creación de delitos y penas, a través del Poder Ejecutivo, atenta contra la vigencia del principio de legalidad y, por lo tanto, menoscaba los fundamentos del Estado Democrático Constitucional. Ello se debe a que, por un lado, en el plano material los decretos legislativos –debido a que no son elaborados conforme al procedimiento diseñado por la Constitución para la emisión de las leyes ordinarias (Arts. 107, 108 y 109)⁽⁴⁵⁾– no tienen la fuerza activa y pasiva que detenta la ley ordinaria y, por otro lado, en el plano teleológico, los decretos legislativos no son expresión de la soberanía del pueblo, porque quienes elaboran este tipo de normas jurídicas –el Presidente y el Consejo de Ministros– no son elegidos por el pueblo para desempeñar la labor legislativa, sino para administrar correctamente el Estado. En consecuencia, *de lege ferenda* –o incluso, *de lege lata*– debe quedar excluida la creación de delitos y penas por medio de decretos legislativos.

En contra de lo planteado, como ya se adelantó *supra* (§ II.1), un sector de la doctrina peruana –a partir de una interpretación gramatical del artículo 104 de la Constitución– sostiene que, en el ordenamiento jurídico-penal peruano, está permitida la creación de delitos y penas a través de decretos legislativos. A mi juicio, ello es inaceptable, pues una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución –compatible con el *respeto a la dignidad humana* (Art. 1), con el *significado del término “ley”*⁽⁴⁶⁾ (Art. 2, inc. 24, lit. d) y con la *identidad política existencial de la sociedad peruana* (Art. 43)– conduce, indefectiblemente, a defender la creación de delitos y penas solo a través de leyes ordinarias. Más aún, desde la perspectiva *de lege ferenda*, planteamos que la creación

(45) Al respecto, la Constitución Política del Perú en sus artículos 107, 108 y 109 estipula que las leyes ordinarias tienen que ser aprobadas por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, después de pasar por las fases de: a) iniciativa legislativa; b) estudio en comisiones; y, c) debate en el pleno.

(46) Sobre esta problemática, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la palabra Ley “no puede utilizarse como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general”, cfr. Opinión Consultiva N° OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

de delitos y penas –y, en general, todas las normas que restringen gravemente derechos fundamentales– deben realizarse por medio de leyes orgánicas⁽⁴⁷⁾. Por lo demás, resulta incomprensible y fuera de toda lógica que, por un lado, la Constitución en su artículo 1 señale que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, por otro lado, se atente contra dicho valor supremo mediante la creación de delitos y penas a través de simples decretos legislativos.

- 28 Es preocupante –o al menos llamativo– el hecho que el principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución, no alude de forma expresa a las medidas de seguridad, pues solamente se refiere al delito y a la pena. Ello cobija el peligro que se postule –por supuesto en forma errónea– que está permitida la restricción de la libertad mediante la aplicación de medidas de seguridad, que no están previstas en la ley en forma previa, expresa, inequívoca e indubitable. Tal hipotético juicio queda descartado, porque el texto constitucional establece que ningún ciudadano puede ser “procesado” ni “sancionado” por un comportamiento que no constituye “infracción punible” al momento de la entrada en vigencia de la ley. Es evidente, que dicha fórmula no solo abarca las infracciones punibles que fundamentan la imposición de una pena –conducta típica, antijurídica y culpable–, sino también las infracciones punibles que fundamentan la imposición de una medida de seguridad –conducta típica y antijurídica, pero no culpable–. Por consiguiente, el simple hecho que la Constitución no precise, en forma expresa, el alcance del principio de legalidad a las medidas de seguridad no significa que estas están excluidas de su ámbito de aplicación. A ello se debe agregar que la Constitución no es (ni debe ser) un reglamento o catálogo de prohibiciones y permisiones; la Constitución –en tanto encarna la “identidad política y jurídica de un pueblo sobre su forma existencial”– solo contiene principios y valores supremos que orientan la construcción y desarrollo de todo el sistema jurídico-político. Por ello, exigir que la Constitución describa en forma detallada lo que le compete a otros cuerpos normativos de menor jerarquía (por ejemplo, la alusión expresa a que no se puede aplicar medidas de seguridad no previstas en la ley) sería atentar contra su propia esencia, porque tal función corresponde al Órgano Legislativo.

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

2. El principio de legalidad en el Código Penal

Ya se dejó establecido *supra* que el principio de legalidad rige en el Dere- 29
cho penal sustantivo, en el Derecho procesal penal y en el Derecho peniten-
ciario. En este ítem no me ocuparé de la problemática del principio de legali-
dad en todo el sistema punitivo, sino únicamente de la vigencia del principio
de legalidad en el Derecho penal sustantivo. El análisis de las implicancias del
principio de legalidad en el sistema punitivo procesal y penitenciario se lleva-
rán a cabo *infra* en los §§ IV.1 y IV.2, respectivamente.

2.1. El principio de legalidad penal en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal

El artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991 30
establece que:

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la 31
ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de
seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

La presente fórmula legal abarca dos ámbitos del Derecho penal sustan- 32
tivo: por un lado, el injusto penal o supuesto de hecho y, por otro lado, la con-
secuencia jurídica. Por tal razón, en lo que sigue, primero me abocaré a diluci-
dar la problemática del principio de legalidad a nivel del injusto penal (*Nullum
crimen, sine lege*) y, luego, analizaré las implicancias del principio de legalidad
en el ámbito de la consecuencia jurídica (*Nulla poena, sine lege*).

2.1.1. Principio *nullum crimen sine lege*

a) El principio *nullum crimen sine lege* en el delito

El principio *nullum crimen sine lege* se aplica tanto a la Parte General⁽⁴⁸⁾ 33
como a la Parte Especial⁽⁴⁹⁾ del Código Penal. Dentro de la Parte General,
el principio de legalidad tiene vigencia, entre otros ámbitos, en las causas de
ausencia de acción, las reglas de la autoría y participación⁽⁵⁰⁾, las condiciones
objetivas de punibilidad, tipos penales en blanco⁽⁵¹⁾, las reglas de la tentativa,

(48) Así, ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 53; SCHMITZ, R. “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 13.

(49) DANNECKER, G., *Otto-FS*, 2007, p. 25; GRÜNWALD, G., *ZStW* 76 (1964), p. 3 ss.

(50) FREUND, G., *MK*, 3ª edición, Vor. § 13, Nm. 462; SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 13.

(51) JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 70 ss.; PUPPE, I., *NK*, § 16, Nm. 19 s, 60 ss.; SCHMITZ, *MK*, 3ª edición, § 1, Nm. 41.

los delitos dolosos y culposos⁽⁵²⁾, la comisión por omisión⁽⁵³⁾, los elementos de la antijuridicidad⁽⁵⁴⁾ (v. gr., las causas de justificación), los elementos de la culpabilidad⁽⁵⁵⁾ (por ejemplo, las causas de inculpabilidad) y, en general, en todos los tópicos que, directa o indirectamente, inciden en la calificación de un comportamiento como delito.

- 34 En tal sentido, a tenor de lo expuesto, el principio de legalidad prohíbe calificar como delitos a los resultados causales lesivos que no son expresión de un comportamiento humano⁽⁵⁶⁾, v. gr., los resultados lesivos producidos en estado de sonambulismo (Art. 20, inc. 2 CP). En el ámbito de la autoría y participación, el *nullum crimen sine lege* proscribe calificar como autores a quienes la ley solo los considera partícipes, por ejemplo, los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos⁽⁵⁷⁾ (Arts. 24 y 25 CP); del mismo modo, se prohíbe considerar partícipes a quienes la ley los califica como autores, por ejemplo, los *intraneus* en los delitos aludidos precedentemente (Art. 23 e.C.c. los correspondientes tipos penales regulados en la Parte Especial del CP). A nivel de las condiciones objetivas de punibilidad, el principio “no hay delito sin ley” impide considerar como hechos punibles aquellos supuestos que no cumplen con determinadas exigencias objetivas que contienen su desvalor jurídico-penal; así, por ejemplo, está proscribida la calificación como delito de hurto simple (Arts. 185 CP)⁽⁵⁸⁾, abigeato (Art. 189-A CP) y daños (Art. 205 CP) el apoderamiento o destrucción de un bien mueble ajeno cuyo valor económico es inferior o igual a una remuneración mínima vital (Art. 444 CP). En el ámbito de los tipos penales en blanco, la vigencia del principio de legalidad tiene especial relevancia en los delitos tributarios⁽⁵⁹⁾, delitos ambientales, etc. En el plano de la tentativa, el principio de legalidad impide la punibilidad de aquellos comportamientos que no son idóneos para consumar el delito (Art. 17 CP).

(52) COLOMBI CIACCHI, A., *Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit*, p. 33 ss.; OTTO, H., “Der Bestimmtheitsgrundsatz und die Überbrückung sog. Strafbarkeitslücken”, 2005, p. 71; SCHMITZ, C., *Samson-FS*, 2010, p. 181 ss.; WEIDEMANN, GÄ 1984, p. 426.

(53) JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 70 ss.; PUPPE, I., *NK*, § 16, Nm. 19 s, 60 ss.; SCHMITZ, MK, 3ª edición, § 1, Nm. 41.

(54) SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 13. Están en contra de esta tesis, entre otros, GÜNTHER, H., *Grünwald-FS*, 1999, p. 215 ss.; LENCKNER, T., *JuS* 1968, p. 252.

(55) SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 13.

(56) *Ibidem*, Nm. 58.

(57) FREUND, G., MK, 3ª edición, Vor. § 13, Nm. 462.

(58) En esta línea, Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-11, publicado el 30/05/2012.

(59) SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 40.

En los delitos dolosos, el principio *nullum crimen sine lege* prohíbe la criminalización de comportamientos que no configuran los presupuestos normativos de la imputación subjetiva, es decir, sin dolo (Art. VII, e.C.c. los Arts 11 y 12 CP). En los delitos imprudentes, la vigencia del principio de legalidad se expresa en la proscripción de calificar un hecho imprudente como delito culposo cuando dicho supuesto no está expresamente señalado como tal en la ley (Arts. 11 y 12 CP). Por su parte, los delitos de comisión por omisión —por exigencia del principio de legalidad⁽⁶⁰⁾— solo se configuran cuando existe un deber de garante que obliga a su portador a impedir un delito (Art. 13, inc. 1 CP) y cuando el comportamiento omisivo (infracción del deber de garante) tiene una equivalencia normativa con la creación y realización de riesgos jurídico-penales prohibidos de los delitos de comisión (Art. 13, inc. 2 CP). En el ámbito de la antijuridicidad, el principio de legalidad prohíbe, a quienes aplican la ley, quitar o agregar elementos constitutivos a las causas de justificación que no están previstos en ley: v. gr., eliminar la agresión ilegítima como elemento constitutivo de la legítima defensa (Art. 20, inc. 3 CP) o la situación de peligro en los estados de necesidad justificante (Art. 20, inc. 4 CP) y exculpante (Art. 20, inc. 5 CP). Por último, la vigencia del principio de legalidad en la culpabilidad prohíbe que se aplique una pena a quien, en el momento de la realización del injusto penal, no posee capacidad de asequibilidad normativa (Art. 20, inc. 1 CP).

En la Parte Especial del Código Penal, el alcance del principio de legalidad se expresa en cada uno de los tipos penales⁽⁶¹⁾. Tal expresión tiene lugar por medio de sus cuatro manifestaciones: la prohibición de analogía *in malam partem*, la prohibición de aplicar retroactivamente una ley penal desfavorable, la prohibición de crear tipos penales indeterminados y la prohibición de aplicar el Derecho consuetudinario.

b) El principio *nullum crimen sine lege* en las faltas

La vigencia del principio *nullum crimen sine lege* se hace extensivo a las faltas⁽⁶²⁾, pues si el principio de legalidad protege al ciudadano cuando infringe normas de comportamiento o deberes jurídico-penales fundamentales (comportamientos más graves), con mayor razón protege —y debe y protegerlo— cuando

(60) Sobre el contenido, fundamento, fines y garantías del principio de legalidad cfr. ROXIN, C. AT I, § 5, Nm. 2; SALAZAR SÁNCHEZ, N., “El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho”, p. 455 ss.

(61) DANNECKER, G., *LK*, 12ª edición, § 1, Nm. 81.

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

su conducta solo quebranta normas jurídico-penales de menor relevancia (conductas menos graves). De no aplicarse el principio de legalidad a las faltas se violaría el principio de justicia distributiva, porque el principio de legalidad solo protegería a quienes realizan conductas más graves (por ejemplo, homicidio, robo, secuestro, etc.) y se dejaría en total desamparo a quienes despliegan conductas menos graves (v. gr., la sustracción de S/ 100.00).

2.1.2. El principio *nulla poena sine lege*

- 38 El principio *nullum crimen sine lege* se completa con la fórmula *nulla poena sine lege*⁽⁶³⁾. Ello quiere decir que el principio de legalidad exige que no solo la conducta típica debe estar previamente establecida en la ley, sino también la clase y el *quantum* de la consecuencia jurídica⁽⁶⁴⁾ (v. gr., las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias). Si el fin del Derecho penal es la creación de libertad, entonces, tal cometido, como ya se estableció *supra*, debe ser buscado mediante la seguridad jurídica y la prevención general, las cuales, a su vez, requieren de la existencia tanto de normas de comportamiento (que se encuentran contenidas en los tipos penales) como de normas de sanción⁽⁶⁵⁾ (pena, medida de seguridad, etc.). Dicho de otra manera, el Derecho penal no puede crear seguridad jurídica ni cumplir su función preventivo-general —presupuestos de la creación y garantización de la libertad— solo mediante el establecimiento de normas de comportamiento y sin la prescripción de la clase y el *quantum* de la sanción que se va a imponer a quien infringe la norma de comportamiento. Por lo demás, en el plano dogmático, no puede existir norma de comportamiento sin norma de sanción, ni norma de sanción sin norma de comportamiento.

a) El principio *nulla poena sine lege* en la consecuencia principal del delito (en la pena)

- 39 El principio *nulla poena sine lege* exige que la pena debe estar vigente durante la comisión del hecho delictivo, lo cual significa que debe establecerse con anterioridad al delito cometido. En suma, la legalidad de la pena implica la prescripción *escrita, previa y clara* tanto de su *quantum* como de su *clase*⁽⁶⁶⁾, pues el incumplimiento de dichas exigencias abre la puerta a la arbitrariedad

(63) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 4.

(64) Ídem.

(65) Sobre esta problemática *vide* FREUND, G., *MK*, 3ª edición, Vor § 13, Nm. 476 s.; FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, p. 361, EL MISMO, *GA* 1972, p. 343.

(66) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 4, señala que el principio no hay pena sin ley implica que: “no solo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho”.

estatal, porque esta podría filtrarse por ambos ámbitos. Por ejemplo, si no se encuentra establecido el margen mínimo y máximo del *quantum*, el legislador y el juez podrían verse motivados a agravar la pena prevista para un determinado delito, en tanto no existiría impedimento jurídico para ello. En cambio, la existencia previa del *quantum* impide que se aplique al autor o partícipe de un delito una pena más alta que aquella que estuvo vigente al momento de la realización del injusto penal. De la misma manera, la prescripción de la clase de pena impide que se imponga a los autores o partícipes de un delito una pena distinta más grave (v. gr., pena privativa de libertad) a la más benigna (por ejemplo, pena de multa) que estuvo vigente durante la configuración del hecho punible. Ello se debe a que el principio *nulla poena sine lege praevia* impide aplicar retroactivamente penas más graves a delitos que se cometieron bajo la vigencia de una ley anterior que contemplaba como sanción una pena más benigna. Estas exigencias de no aplicar penas que no estuvieron establecidas con anterioridad al hecho cometido no emanan del principio *nullum crimen sine lege*, sino del postulado *nulla poena sine lege*.

b) El principio *nulla poena sine lege* en las medidas de seguridad

De una interpretación intrasistemática y teleológica de los artículos II del Título Preliminar y 6 del Código Penal, se infiere que las medidas de seguridad también están sujetas a las reglas del principio de legalidad⁽⁶⁷⁾. Las medidas de seguridad, si bien no son penas, también poseen una naturaleza aflictiva, porque al igual que la pena, restringen derechos fundamentales de los ciudadanos⁽⁶⁸⁾. Más aún, las medidas de seguridad pueden resultar más drásticas y crueles que la pena, pues —en tanto la pena se fundamenta en la culpabilidad y las necesidades preventivo-generales— las medidas de seguridad —a decir de algún sector de la doctrina— se fundamentan en la simple prognosis de la peligrosidad del sujeto⁽⁶⁹⁾. En base a dichas premisas, solo se pueden imponer penas graves cuando concurren las exigencias de merecimiento y necesidad⁽⁷⁰⁾; en cambio, se podrían imponer medidas de seguridad muy aflictivas (de larga duración) de forma muy fácil porque no requieren de la culpabilidad y necesidades preventivo-generales, sino únicamente de la peligrosidad del sujeto.

(67) Que las reglas del principio de legalidad (v. gr., La prohibición de la analogía *in malam partem* y la prohibición de la irretroactividad desfavorable, etc.), se extienden también a las medidas de seguridad es opinión de la doctrina mayoritaria. En la doctrina nacional muy pocos son los autores que se han pronunciado sobre el tema; uno de ellos es CASTILLO ALVA, quien en su libro *Principios de Derecho penal*, p. 104, afirma que: “las reglas del principio de legalidad también se aplican a las medidas de seguridad”. Cfr. también MIR PUIG, *Derecho penal PG*, p. 112.

(68) RUIZ ANTÓN, L., “El principio de irretroactividad de la ley penal”. En: *RPJ*, p. 161 s.

(69) TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de derecho*, p. 204 ss.

(70) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición § 7E, Nm. 71 s.

- 41 Pues bien, si la vigencia del principio de legalidad abarca también a las medidas de seguridad, entonces es inobjetable que está prohibida la imposición de medidas de seguridad que no están previstas en la ley en el momento de la realización del injusto penal (Arts. II y III del Título Preliminar del Código Penal).

c) El principio *nulla pena sine lege* en la reparación civil y en las consecuencias accesorias

- 42 Con criterio atinado, un sector de la doctrina sostiene que el principio *nulla poena sine lege* consagrado en la Constitución y en el Código Penal también se aplica a la reparación civil y a las consecuencias accesorias del delito, pues el significado teleológico de los términos: “condena” y “sanción” –utilizados en el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, respectivamente– abarca a la pena, a las medidas de seguridad, a la reparación civil y a las consecuencias accesorias. Ello porque las locuciones “condena” y “sanción” no se refieren solo a la pena y a las medidas de seguridad –pues, de ser así, se hubieran utilizado las palabras “pena” y “medida de seguridad”–, sino a todas aquellas consecuencias que, en tanto restringen la libertad y derechos fundamentales de los ciudadanos, son auténticas sanciones a las que aluden los preceptos normativos mencionados. Conforme a dicha premisa, el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Penal impiden que puedan aplicarse reparación civil o consecuencia accesoria alguna –en su clase, *quantum* y forma– que no están previstas en la ley (Arts. 92 - 101 CP, que regulan la reparación civil, y Arts. 102 - 104 CP, que regulan las consecuencias accesorias) en el momento de la realización del hecho punible. Conforme a ello, si, por ejemplo, posteriormente a la comisión del hecho punible, el legislador emite una nueva ley que agrava la clase, el *quantum* y/o la forma de la reparación civil y de las consecuencias accesorias, entonces solo se podrá aplicar la nueva reparación civil o consecuencia accesoria agravada a los autores y partícipes de un injusto penal cometido bajo la vigencia de la ley anterior.

IV. Ámbito de aplicación del principio de legalidad

1. El principio de legalidad en el Derecho procesal penal

- 43 Si se hace una interpretación literal y aislada del principio de legalidad regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano, podría concluirse –erróneamente– que la vigencia de dicha institución se reduce

al Derecho penal sustantivo⁽⁷¹⁾. A mi juicio, tal tesis no puede —no debe— ser compartida, porque esta no solo quebranta los fundamentos del Estado Democrático Constitucional, sino que va en contra del fin mismo del Derecho penal (crear y garantizar la libertad), al cual se encuentra vinculado el principio de legalidad. Con la exclusión del principio de legalidad del Derecho procesal penal se eliminan las garantías de libertad, en tanto, a través de ello, se legitima al Estado para que, a través de leyes procesales, fulmine los espacios de libertad, garantizados a través del Derecho penal sustantivo, pues tiene la misma gravedad eliminar la seguridad jurídica y restringir la libertad de los ciudadanos por medio del quebrantamiento del principio de legalidad material —v. gr., mediante la aplicación retroactiva de una norma penal que califica como hechos punibles comportamientos que anteriormente estaban permitidos o que incrementa la severidad de pena— que coactan la libertad a través del menoscabo del principio de legalidad procesal mediante la aplicación retroactiva de normas jurídicas que establecen medidas procesales más graves que las vigentes al momento de haberse cometido el delito o de haberse iniciado el proceso —por ejemplo, la posterior ampliación de los plazos de prescripción—. En ambos casos existe una restricción arbitraria de la libertad.

Sin embargo, una interpretación sistemático-teleológica (correcta) de los 44 artículos 2, inciso 24, literal d) y 139, inciso 3 de la Constitución y del artículo II del Título Preliminar del Código Penal conduce inexorablemente a concluir que el Principio de legalidad también rige en el Derecho procesal penal⁽⁷²⁾. Si bien el artículo II del Título Preliminar del Código Penal no hace referencia expresa a la vigencia del principio de legalidad en el Derecho procesal penal, la Constitución Política de 1993 (Art. 2, inc. 24, lit. d, y art. 139, inc. 3 sí consagra la aplicación del principio de legalidad a las instituciones del Derecho procesal penal. En efecto, sobre dicha problemática, el primer precepto constitucional establece que: “Nadie será procesado (...) por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”; por su parte, el inciso 3 del artículo 139 prescribe que: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley,

(71) En la doctrina alemana, esta tesis es defendida, entre otros, por DANNECKER, G., *LK*. Tomo I, 1992, Nm 69, 102, 104.

(72) Vgl. SCHREIBER, H., *ZStW* 80, (1968), p. 366 s.; ROXIN solo defiende la vigencia parcial del principio de legalidad en el Derecho procesal penal. Por ejemplo, para él la prohibición de retroactividad desfavorable solo rige en el ámbito de la prescripción y de las condiciones o requisitos de procedibilidad, cfr. ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 57 ss. En la misma línea se pronuncia SCHMITZ, R., “§ 1”. *Op. Cit.*, Nm. 41; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *AT*, Nm. 48.

ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto (...)”.

- 45 Como se puede ver, el contenido de estos preceptos constitucionales denota la vigencia del principio de legalidad –*tempus regis actum*– en todas las instituciones del Derecho procesal que restringen derechos fundamentales⁽⁷³⁾. Por ello, si el Parlamento quiere regular determinadas situaciones del sistema procesal penal que afectan la libertad de los ciudadanos, tal tarea debe ser realizada a través de la dación de leyes escritas, previas, precisas y claras. En consecuencia, las leyes que regulan la prisión preventiva, los requisitos de procedibilidad de la acción, los plazos de prescripción, la reserva del fallo condenatorio, las medidas coercitivas personales y reales, etc., deben poseer las características que la Constitución y la ley establecen. De la misma manera, quien tiene la competencia de aplicar las normas penales procesales (v. gr., juez y fiscal) no pueden aplicar una medida coercitiva o cualquier otro mecanismo procesal que no están previstos en forma expresa y previa en la ley. En consecuencia, la imposición de cualquier institución procesal por medio de la aplicación retroactiva de la ley perjudicial, de la analogía *in malam partem* o del Derecho consuetudinario es inconstitucional.

2. El principio de legalidad en el Derecho penitenciario

- 46 En el Derecho positivo no existe una regulación idónea sobre la vigencia del principio de legalidad en el Derecho penitenciario, pues la vigencia del principio de legalidad en este sector del ordenamiento jurídico-penal solo se encuentra contemplada en el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, el cual prescribe que “la retroactividad y la interpretación de dicho Código se resuelven en lo más favorable al reo”. Pese a esta exigua regulación del Código de ejecución penal, no se puede inferir que el principio de legalidad no rige en dicho sector del sistema punitivo. Por el contrario, a partir de una interpretación sistemático-teleológica conforme a los valores políticos y jurídicos más esenciales que consagra la Constitución, considero que la ejecución de las sanciones penales y todas las instituciones del Derecho penitenciario también están vinculadas al principio de legalidad. Ello no solo es lógico, sino necesario, porque la concreción de los fines preventivo-resocializadores de la pena y

(73) Así, por ejemplo, TULLY, M. / MERZ, M., “Zur Strafbarkeit der Hinterziehung ausländischer Umsatz- und Verbrauchsteuern nach der Änderung des § 370 Abs. 6 AO im JStG 2010”. En: *Wistra* 2011, p. 122 ss.

de las medidas de seguridad, etc., solo pueden alcanzarse en la medida que la ejecución de dichas sanciones no sea expresión de la arbitrariedad estatal, sino de la racionalidad social.

De lo expuesto se concluye lo siguiente: en primer lugar, en el Derecho ⁴⁷ penitenciario tampoco pueden restringirse los derechos fundamentales de los reclusos en función del simple arbitrio estatal —v. gr., en función de la anti-patía o animadversión de los funcionarios que dirigen los centros penitenciarios—. En segundo lugar, están sujetas al principio de legalidad, entre otras, las siguientes categorías penitenciarias: a) la ejecución de las penas; b) la ejecución de las medidas procesales; c) la imposición de faltas disciplinarias y sus respectivas consecuencias jurídicas; d) los beneficios penitenciarios; etc.

V. Manifestaciones (consecuencias) del principio de legalidad

La opinión doctrinaria es casi unánime en torno a las consecuencias que ⁴⁸ se derivan del principio de legalidad. Al respecto, en base a la forma como se encuentra consagrado el principio de legalidad penal en los textos constitucionales y legales, la doctrina nacional y extranjera sostiene, acertadamente, que dicho instituto jurídico se manifiesta en cuatro prohibiciones; a saber: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*; *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

De forma precisa, esta consecuencia del principio de legalidad se manifiesta ⁴⁹ mediante la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables (*Rückwirkungsverbot nachteiliger Strafgesetze*). Su denominación y fundamento se derivan de lo prescrito por la Constitución (Art. 2, inc. 24, lit. d; Art. 103, segundo párrafo; y Art. 139, inc. 3) y la legislación ordinaria (Arts. II y 6 del CP). Estos preceptos jurídicos consagran los denominados principios *tempus commissi delicti* y *tempus regis actum*, conforme a los cuales la ley penal aplicable a un hecho o acto es aquella que estuvo vigente en el momento de su realización. En tal sentido, es inconstitucional y, por lo tanto, inadmisibles la retroactividad de tipos penales, consecuencias jurídicas, mecanismos procesales o institutos penitenciarios que son creados en forma posterior a la comisión del hecho delictivo, al inicio del proceso y al inicio de la ejecución de las sanciones o medidas penitenciarias, respectivamente. En consecuencia, las nuevas normas penales (de carácter material, procesal o penitenciario) que empeoran la situación jurídica

de los destinatarios, en principio (Art. 103 de la Constitución), solo rigen para hechos futuros ocurridos después de su entrada en vigencia⁽⁷⁴⁾.

50 La retroactividad de las normas jurídico-penales solo tiene lugar, de forma excepcional, cuando estas convierten a la situación jurídica anterior en una más benigna (Art. 103, inc. 3 de la Constitución; artículo 6 del Código Penal y Art. VIII del Código de Ejecución Penal), es decir, cuando favorecen a los ciudadanos⁽⁷⁵⁾. En todos los demás casos –cuando se agrava la situación jurídica anterior– la retroactividad de dichas normas es inconstitucional⁽⁷⁶⁾, tanto así que el acto de su creación o aplicación incluso puede configurar un injusto penal⁽⁷⁷⁾. La prohibición de retroactividad desfavorable puede presentarse, entre otros, cuando: a) un comportamiento, que no era punible durante su realización, es criminalizado retrospectivamente⁽⁷⁸⁾; b) el establecimiento de una nueva pena más grave para una conducta que, al momento de su configuración, ya estaba criminalizada con una pena más benigna (pena privativa de libertad en vez de pena de multa)⁽⁷⁹⁾; c) ampliación de los plazos de prescripción para delitos que, al momento de su realización, la ley contemplaba un plazo prescriptorio reducido⁽⁸⁰⁾; d) establecimiento de condiciones más graves para la concesión de beneficios penitenciarios por delitos que fueron cometidos bajo la vigencia de una ley penitenciaria que exigía el cumplimiento de requisitos menos rigurosos para el otorgamiento del beneficio. En todos estos supuestos, y otros de la misma naturaleza, no es posible la retroactividad de dichas normas penales.

51 La prohibición de retroactividad de leyes penales desfavorables vincula tanto a quien crea la ley (legislador) como a quien la aplica (v. gr. jueces, fiscales, funcionarios penitenciarios, etc.)⁽⁸¹⁾. Allí se fundamenta, por ejemplo, la imposibilidad del legislador de crear tipos penales *ad hoc*⁽⁸²⁾, los cuales, para

(74) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/IV, p. 147.

(75) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Nm. 62.

(76) De esta manera, en referencia al quebrantamiento del artículo 103, inciso 2 de la Constitución alemana *vide* DANNECKER, G., *LK*, 12ª edición, § 1, Nm. 425; HASSEMER, NK, § 1, Nm. 42 ss.; PIEROTH, in: JARASS / PIEROTH, Art. 103, Nm. 52; ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 60.

(77) Según el caso concreto, la aplicación arbitraria de la ley puede constituir delito de prevaricato o usurpación de funciones en los supuestos que dicho proceder cumple los presupuestos objetivos y subjetivos de los artículos 418 y 543 del Código Penal, respectivamente.

(78) ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 10.

(79) Ídem.

(80) DANNECKER, G., *LK*, 12ª edición, § 1, Nm. 425.

(81) SCHMITZ, MK, 3ª edición, § 1, Nm. 34.

(82) ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 51.

aplar situaciones de gran impacto político⁽⁸³⁾ o satisfacer el deseo de venganza personal, criminalizan comportamientos permitidos o incrementan la pena para un tipo penal ya existente. Por su parte, al aplicador de la ley le está prohibido que impute delitos, imponga sanciones (penas, medidas de seguridad⁽⁸⁴⁾, etc.), aplique mecanismos procesales o penitenciarios restrictores de derechos fundamentales, los cuales fueron introducidos por el legislador después de la realización del hecho o de iniciado el proceso.

En el plano fenomenológico, la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables se manifiesta en forma diferente según la clase de delito. En los delitos permanentes, la ley aplicable es aquella que está vigente en el momento de la terminación del hecho⁽⁸⁵⁾; en tal sentido, si, por ejemplo, durante la prolongada privación de la libertad de una persona (Art. 152 CP), el legislador incrementa la pena para dicho delito, no está prohibido aplicar la pena más grave, porque estaremos frente a la vigencia del principio *tempus comissi delicti*.

La admisión de retroactividad de las leyes penales (*Rückwirkungszulassung der Strafgesetze*) solo está permitida de forma excepcional, cuando favorece al reo. Su fundamento positivo emana de los artículos 103 de la Constitución, 6 de la Parte General del Código Penal y VIII del Código de Ejecución Penal. El precepto constitucional establece que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. El artículo 6 del Código Penal prescribe que “(...) se aplicará la ley más favorable al reo, en caso de conflicto de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”. En forma similar, el artículo VIII del Código de ejecución penal precisa que “La retroactividad se resuelve en lo más favorable al interno”. Por su parte, el fundamento axiológico de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables radica en consideraciones político-criminales preventivas⁽⁸⁶⁾, de justicia material⁽⁸⁷⁾ y en la dignidad humana⁽⁸⁸⁾.

A nivel político-criminal, no cumple fin preventivo alguno la aplicación de normas penales cuyo mayor desvalor jurídico-penal ya no tiene vigencia. La aplicación de normas derogadas que no reflejan la conciencia jurídica colectiva

(83) Ídem.

(84) Ibídem, Nm. 53.

(85) Ibídem, Nm. 52.

(86) ROXIN, C., *AT I*, 4ª. edición, § 5, Rn. 60.

(87) Así, por ejemplo, LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, p. 46.

(88) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español*. PG, § III, Nm. 117, p. 245; LANDECHO VELASCO C. / MOLINA BLAZQUEZ, C., *Derecho penal español* PG, pp. 145 y 146.

elimina cualquier viso de prevención, pues, en tanto expresa violencia, solo genera violencia e irracionalidad. Los fines preventivos (generales y especiales) solo pueden ser alcanzados mediante la aplicación de leyes racionales y objetivas que encarnan la conciencia jurídica vigente de la sociedad. Pues bien, la racionalidad solo es propia de las nuevas leyes (más benignas), por cuanto estas expresan el verdadero desvalor social frente a las conductas, hechos o situaciones que habían sido desvaloradas más gravemente por las normas derogadas o reemplazadas. En consecuencia, no hay razón alguna para imponer a los ciudadanos la carga aflictiva de leyes penales que, por decisión de la voluntad general, han dejado de tener vigencia⁽⁸⁹⁾. En el plano de la justicia material, la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables materializa el valor “equidad” subyacente al principio de igualdad ante la ley (Art. 2, inc. 2 de la Constitución); pues sería injusto⁽⁹⁰⁾ que, por un lado, se sigan afectando gravemente los ámbitos de libertad de aquellos ciudadanos que cometieron injustos penales antes de la vigencia de la ley más benigna y, por otro lado, se afecten levemente las esferas de libertad de aquellas personas que cometen los mismos delitos durante la vigencia de la nueva ley más benigna. Finalmente, la dignidad humana (Art. 1 de la Constitución) en conexión con los preceptos constitucionales (Art. 139, incs. 21 y 22) y legales ordinarios (Art. IX del TP del CP, Arts. II y III del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal) que consagran el fin resocializador de las normas penales, exige la aplicación de las leyes penales que no cosifican al ciudadano, sino que lo resocializan, las cuales, en el contexto descrito, son las leyes penales posteriores favorables.

55 De lo expuesto se infiere que la retroactividad de las leyes penales favorables es aplicable a todos los ámbitos donde rige el principio de legalidad, es decir, en las diversas categorías del Derecho penal sustantivo (*vid. supra* § III.2), del Derecho procesal penal (*vid. supra* § IV.1) y del Derecho penitenciario (*vid. supra* § IV.2).

56 Una cuestión muy problemática es la determinación de la ley penal favorable. Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que, en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, la ley más favorable es aquella que contempla una consecuencia jurídica más benigna, por lo que la determinación de la ley penal más favorable dependería de la comparación de la clase y del *quantum* de la sanción, previsto en las diversas normas que entran en colisión. Otro sector de la doctrina sostiene que la ley más favorable es la que establece el cumplimiento

(89) Al respecto, *vide* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, p. 185.

(90) En este sentido, LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, p. 46.

de elementos normativos más rigurosos para la configuración del delito. Un grupo minoritario sostiene que la aplicación de ley más favorable debe determinarse en función de la opinión del afectado⁽⁹¹⁾. Por último, algunos autores consideran que la determinación de la ley penal favorable debe realizarse a partir de la extracción de lo más beneficioso de cada norma en conflicto⁽⁹²⁾.

La primera tesis no puede ser compartida, pues su validez y legitimidad ⁵⁷ solo se restringe a aquellos casos en que una de las normas en conflicto cobija la consecuencia jurídica más leve, pero mantiene los mismos presupuestos configuradores del injusto. En aquellos supuestos donde la norma prevé una consecuencia jurídica más benigna y agrava los elementos estructurales del injusto penal⁽⁹³⁾ la tesis expuesta carece de eficacia. La segunda tesis tampoco puede ser aceptada porque también arriba a una solución indeseada en los supuestos en que la nueva ley penal atenúa los presupuestos típicos y agrava la consecuencia jurídica. El rechazo de la tercera tesis radica en que esta, en tanto postula la vinculación de la decisión judicial a la voluntad del beneficiado por la norma, viola el principio de jurisdiccionalidad de las penas (Art. V del TP del CP), el cual establece que “Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”. En un Estado Constitucional las decisiones judiciales no se vinculan a la opinión del sujeto a quien se aplica la norma, sino a la ley (Art. 146, inc. 1 de la Constitución). Por último, la tesis de la combinación de los aspectos más beneficiosos de las normas que se encuentran en conflicto (*lex tertia*) quebranta el principio de división de poderes (Art. 43 de la Constitución), pues, por medio de la aplicación de los aspectos más benignos de cada ley, se crea una nueva norma, lo cual es inconstitucional⁽⁹⁴⁾.

(91) Esto se podría presentar, por ejemplo, en la ponderación de una pena privativa de libertad frente a una pena limitativa de derechos o en la ponderación de una pena restrictiva de libertad y una de multa, etc.

(92) La jurisprudencia peruana aplicó el denominado principio de combinación (la *lex tertia*) durante mucho tiempo, en particular, en la etapa de transición del Código Penal de 1924 al de 1991, amplias referencias se encuentran en CARO JOHN, J., *¿Combinación de leyes penales?*, p. 51.

(93) Este sería el caso en que el Parlamento, por razones de política criminal, mediante la ley “Z”, atenúa la pena y agrava los presupuestos típicos del delito de estafa (artículo 196 del CP). A saber, el nuevo artículo 196, por un lado, establece una sanción de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de 5 años y, por otro lado —a diferencia del tipo anterior— suprime la concurrencia del elemento subjetivo del injusto (el ánimo de lucro) como elemento configurador de la tipicidad subjetiva.

(94) CARO JOHN, J., *¿Combinación de leyes penales?*, p. 51; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, p. 190; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal español*, p. 187; MAURACH, R. / ZIPF, H., AT, § 12, Nm. 13; ROXIN, C., AT I, 4ª. edición, § 5, Rn. 63; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 326.

58 Desde mi perspectiva, la determinación de la ley más favorable debe realizarse en base a la ponderación de todos los aspectos beneficiosos y perjudiciales que están presentes en las normas en conflicto⁽⁹⁵⁾; es decir, en función de una valoración global de la consecuencia jurídica y del presupuesto de hecho de todas las leyes concurrentes. En función de dicha premisa se concluye que: a) la ley más favorable será aquella que, en su conjunto, resulta más beneficiosa; b) de todas las normas en conflicto que resulten ser favorables en uno u otro aspecto, solo se aplicará una de ellas y en su totalidad. No es posible la *Lex tertia*.

2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

59 La prohibición de la aplicación de analogía (*Verbot der Analogieanwendung*) *in malam partem* está dirigida al aplicador de la ley y tiene como finalidad evitar que este cree o agrave delitos y sanciones penales más allá de lo expresamente señalado en la ley⁽⁹⁶⁾. La función de quienes aplican la ley (v. gr. jueces y fiscales) no es ampliar los ambitos de punibilidad mediante una aplicación extensiva de la ley —por ejemplo, a través de la analogía *in malam partem*—, sino, dentro de los márgenes de su función interpretativa, aplicar las leyes penales en forma restrictiva⁽⁹⁷⁾ mediante la adecuación estricta de la conducta concreta al tipo penal abstracto⁽⁹⁸⁾.

60 De la misma forma que la prohibición de retroactividad, el fundamento formal de la prohibición de analogía está regulado en la Constitución y en la legislación ordinaria. A nivel constitucional —junto al artículo 2, inciso 24, literal d y al artículo 139, inciso 3 que consagran la prohibición de analogía en forma indirecta— el 139, inciso 9 prohíbe en forma expresa “la aplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos”. En el mismo sentido, en la legislación ordinaria, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal establece que “No está permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde”. En el plano valorativo, la prohibición de analogía se fundamenta en el principio de división del poder político, en la seguridad jurídica y en la prevención general, pues la proscripción

(95) Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 285.

(96) De este modo, el Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 003-2005-PI/TC).

(97) BLECKMANN, JZ, 1995, p. 685 ss.

(98) Al respecto, cfr. la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en los siguientes casos: Liakat Ali vs. Suiriname (30/01/2014), Mohamed vs. Argentina (23/11/2012), García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (25/01/2005), De la Cruz Flores vs. Perú (18/11/2004).

de aplicar por analogía *in malam partem* una ley penal (sustantiva, procesal o penitenciaria) a un caso que no está regulado expresa el respeto del aplicador del Derecho a la competencia legislativa del Parlamento⁽⁹⁹⁾, fortalece la confianza cognitivo-abstracta y material-concreta de la sociedad en la vigencia del Derecho y —a través de ello— motiva a los ciudadanos a no cometer delitos.

La regulación de la prohibición de analogía en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal posee un defecto de técnica legislativa, pues dicho precepto reduce la inaplicación de la analogía *in malam partem* a tres supuestos específicos: a la *calificación del hecho como delito o falta*, a la *definición de un estado de peligrosidad* y a la *determinación de la pena o medida de seguridad*. A partir de tal defecto, podría sostenerse que el precepto legal referido permite la agravación del hecho punible por medio de la aplicación de la analogía *in malam partem*, pese a que dicha agravante no esté contemplada en el tipo penal que se imputa ni en las agravantes genéricas. Bajo la misma perspectiva, puede validarse la aplicación de la analogía para restringir la libertad de los ciudadanos mediante la imposición de reglas de conducta o consecuencias accesorias que no se encuentran previstas en la ley o que, hallándose en ella, no son aplicables a los delitos imputados⁽¹⁰⁰⁾.

Dicho parecer es incompatible no solo con el propio artículo III, sino con la prohibición de la analogía consagrada en la Constitución y en las leyes ordinarias extrapenales (v. gr., el Código Civil). La incompatibilidad con el artículo III se debe a que dicho precepto no es una fórmula de *numerus clausus* —como entienden quienes excluyen la vigencia de la analogía *in malam partem* del Derecho procesal penal—, sino meramente *enunciativa*. Por su parte, la Constitución y el Código Civil no solo consagran la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem* en el ámbito de las normas jurídico-penales, sino en todas aquellas normas que restringen derechos fundamentales. Ese el tenor del artículo 139, inciso 9 de la Constitución arriba expuesto y del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1984, el cual prescribe: “[L]a ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. Pues bien, la vinculación de la interpretación del artículo III del Código Penal al artículo 139, inciso 9 de la Constitución, la vigencia del principio de jerarquía normativa y una interpretación sistemático-teleológica de ambos preceptos permiten concluir que la prohibición de analogía *in malam partem* prescrita en el

(99) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 134.

(100) Lo sustentado en líneas arriba se debe a que la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem*, rige para todos los campos del sistema punitivo (Derecho penal material, Derecho penal adjetivo y Derecho de ejecución penal).

artículo III rige en todos los ámbitos del sistema penal. En consecuencia, la vigencia de la prohibición de analogía *in malam partem* no solo rige en los tres supuestos mencionados de forma expresa por el artículo III, sino en todas las categorías que pertenecen al sistema punitivo.

63 En el Derecho penal sustantivo, la proscripción de la analogía *in malam partem* rige no solo en la Parte General⁽¹⁰¹⁾, sino también en la Parte Especial⁽¹⁰²⁾. A nivel de la Parte General, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* rige en las reglas y preceptos generales de imputación (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, autoría y participación⁽¹⁰³⁾, condiciones objetivas de punibilidad, penas privativas de libertad, penas limitativas de derechos, Pena de multa, pena de inhabilitación, medidas de seguridad⁽¹⁰⁴⁾, reparación civil, consecuencias accesorias⁽¹⁰⁵⁾, medidas aplicables a las personas jurídicas, etc.) que amplían los ámbitos de punibilidad más allá de lo establecido por el legislador en los tipos penales de la Parte Especial. En la Parte Especial, la prohibición de la analogía *in malam partem* rige, entre otros ámbitos, en los tipos penales dolosos e imprudentes, tipos penales en blanco⁽¹⁰⁶⁾, tipos penales de infracción de deberes generales negativos y de infracción de deberes especiales positivos, Tipos penales especiales, etc.).

64 En torno al Derecho procesal penal, un sector de la doctrina sostiene que en dicho sector del sistema punitivo no rige la prohibición de la analogía *in malam partem*. Otro sector defiende la vigencia de la prohibición de analogía solo en institutos del Derecho procesal penal que, debido a su naturaleza restrictiva de la libertad, tienen una identidad muy parecida con las categorías punitivas del Derecho penal sustantivo⁽¹⁰⁷⁾. Ese sería el caso de los requisitos de procedibilidad (por ejemplo, la querella en los delitos contra el honor). A mi juicio, el ámbito de aplicación de la prohibición de analogía (*Analogieverbot*) *in malam partem* en el Derecho procesal penal es el mismo del principio de legalidad (*supra* § IV.1), por lo que me excuso a referirme nuevamente a ello. En el Derecho penitenciario, la prohibición de la analogía *in malam partem* abarca los beneficios penitenciarios (v. gr, la libertad condicional, la semilibertad, etc.)

(101) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 136; ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 41.

(102) MAURACH, R. / ZIPF, H., *AT*, § 10/16; p. 163.

(103) FREUND, G., *MK*, 3ª edición, Vor. § 13, Nm. 477.

(104) ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 40.

(105) En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo Federal (BGHSt, 18. 40).

(106) ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 40.

(107) *Ibíd.*, Nm. 43.

En contra de lo que ocurre con la aplicación de la analogía *in malam partem*, la aplicación de la analogía *in bonam partem* (cuando favorece al ciudadano) sí está permitida⁽¹⁰⁸⁾. Si bien dicho instituto puede aplicarse en muchos sectores del sistema punitivo, la especial notoriedad de este tiene lugar a nivel de las causas que eximen de responsabilidad penal, sobre todo, en las causas de justificación y de inculpabilidad.

3. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (*Verbot unbestimmter Strafgesetze*), a diferencia de la prohibición de la analogía *in malam partem*, se dirige al legislador⁽¹⁰⁹⁾, porque este es quien tiene la competencia de dar leyes penales en representación de la sociedad.

Desde la óptica formal, el principio, objeto de análisis, se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 24º literal “d” de la Carta Fundamental, el cual establece que las leyes penales deben prescribir los presupuestos y las sanciones correspondientes “de manera expresa e inequívoca”⁽¹¹⁰⁾. El fundamento axiológico de la prohibición de dar leyes penales indeterminadas, en tanto manifestación del principio de legalidad, radica en la seguridad jurídica⁽¹¹¹⁾ y en la prevención general. De poco o nada serviría exigir que el presupuesto y la sanción se encuentren previamente determinados en una norma, si estos son formulados en términos tan imprecisos que, por un lado, el ciudadano no puede saber con certeza qué conducta se encuentra prohibida y/o qué pena tiene asignada⁽¹¹²⁾ y, por otro lado, el aplicador de la ley tiene un espacio ilimitado para desplegar su arbitrariedad. Solo con leyes penales ciertas se puede crear seguridad jurídica para la libertad y las expectativas de los ciudadanos, porque se restringe al mínimo la arbitrariedad de quien emite la ley y de quien la aplica⁽¹¹³⁾, de forma tal que los ciudadanos tienen la seguridad abstracta y concreta de que sus ámbitos de libertad no serán restringidos más allá de lo que establece la ley⁽¹¹⁴⁾. En ese contexto, el principio de determinación de las

(108) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 136.

(109) MAURACH, R. / ZIPF, H., *AT*, § 10/12.

(110) En el mismo sentido se ha pronunciado el TC peruano (Exp. N° 11/98/2002-AA/TC).

(111) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 137.

(112) Así, FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad*, p. 2; JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 11; ZUGALDÍA ESPINAR, J. (dir.), *Derecho penal. Parte general*, p. 255; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 280; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 6ª edición, § 4, Nm. 16.

(113) AMELUNG, K., *NJW* 1995, p. 2586 s.; KÜPER, W., *JuS* 1996, p. 783, ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 79; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht AT*, Nm. 115 s.

(114) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 137.

leyes penales cumple una función protectora y orientadora de los comportamientos de los ciudadanos⁽¹¹⁵⁾. De la misma manera, solo las leyes ciertas permiten alcanzar la prevención general, porque el conocimiento de las conductas prohibidas y sus respectivas sanciones motiva a los ciudadanos a respetar las normas jurídico-penales⁽¹¹⁶⁾; por el contrario, las leyes indeterminadas solo crean caos. De aquí la necesidad de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas⁽¹¹⁷⁾.

68 Sin embargo, lo postulado no significa que el legislador debe formular leyes penales con exactitud matemática⁽¹¹⁸⁾, como la defendida en la Filosofía de la Ilustración. Ello por la simple razón de que dicha exigencia, a día de hoy, ni es materialmente posible cumplir para el legislador⁽¹¹⁹⁾, ni es conveniente desde el punto de vista de la eficacia del Derecho penal⁽¹²⁰⁾.

69 La imposibilidad material se debe a que el lenguaje, en sí mismo, es vago e impreciso⁽¹²¹⁾; de modo que siempre habrán zonas oscuras o de penumbra, respecto de las cuales no se podrá tener una certeza absoluta en torno a si, en la realidad social, los comportamientos concretos contienen las propiedades o características que el legislador quiere criminalizar en el tipo. En ese contexto, un grado de indeterminación racional de la ley que es atribuible a la polisemia del propio lenguaje es (debe ser) precisada por el juez, pues este, mientras se mantenga dentro del sentido teleológico del texto legal, posee legitimidad constitucional para interpretar y precisar los alcances de la ley⁽¹²²⁾. La situación descrita se presenta, por ejemplo, en el artículo 196 Código Penal, el cual establece el *engaño*, la *astucia*, el *ardid* u otro *acto análogo* como elementos objetivo-normativos configuradores del tipo penal de estafa. En este supuesto, el legislador peruano emplea un término impreciso para referirse a un medio

(115) DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 179; GRÜNWALD, G., *ZStW* 76 (1964), p. 10 ss.

(116) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15/III, p. 137.

(117) ASÍ, DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 182; FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad*, p. 21; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, § 4, Nm. 16; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 280.

(118) ASÍ, LENCKNER, T., *JuS* 1968, p. 252 ss.; TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen*, p. 185.

(119) En ese sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español PG*, § III, Nm. 5; CEREZO MIR, S., *Curso de Derecho penal español PG*, p. 169.

(120) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español PG*, § III, Nm. 51.

(121) De ese modo, HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p. 224 y ss. A decir, de CASTILLO ALVA, J., *Op. cit.*, p. 71, "los signos lingüísticos que se encuentran alojados en la ley penal no encierran un valor semántico fijo e incommovible, sino variable, ya sea por la polisemia que le es inherente o por el contexto en el cual se utilizan".

(122) FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad*, p. 32.

que posee la misma naturaleza cualitativa de los que están descritos taxativamente⁽¹²³⁾. Sin embargo, dicho margen de indeterminación ni viola el principio de taxatividad de las leyes penales ni crea inseguridad jurídica⁽¹²⁴⁾.

Por su parte, el obstáculo para la eficacia del Derecho que derivaría de la excesiva precisión de las leyes penales está vinculado a la causación de un efecto político-criminal no deseado. En efecto, si bien la precisión lingüística extrema —mediante un catálogo detallado y cerrado de todos los supuestos imaginados— podría criminalizar casos concretos que a veces no son comprendidos por las fórmulas generales abstractas, es indudable que dicha fórmula dejaría fuera del ámbito de lo punible una serie de conductas que el legislador no quiso dejar impunes, las cuales sí podrían subsumirse en tipos penales contruidos con conceptos y locuciones lingüísticas generales y más flexibles a las valoraciones sociojurídicas. Esto quiere decir que, cuando se tiene una precisión absoluta, o en la medida que se aproxime a ella, más casuística es la ley, y, por tanto, no solo corre el riesgo de perder su carácter general, sino su eficacia político-criminal, en la medida que se dejan fuera conductas que merecen y necesitan ser castigadas⁽¹²⁵⁾. Por lo demás, tampoco podría aplicarse la analogía *in bonam partem* (v. gr., en las causas de justificación y de inculpadibilidad) que es de vital importancia para dejar sin castigo conductas que el legislador no quiso criminalizar⁽¹²⁶⁾.

Por las consideraciones señaladas, el principio que prohíbe la vigencia de leyes indeterminadas⁽¹²⁷⁾ no se puede llevar hasta sus últimas consecuencias, sino solo en la medida que sea necesario para evitar la arbitrariedad, garantizar la seguridad jurídica y proteger eficazmente los derechos fundamentales. Pero ello tampoco significa que la imprecisión de la ley debe llegar al extremo de colocar en manos del juez todo el poder de definición del ámbito de lo punible y de las normas que restringen derechos fundamentales. La exigencia de determinación solo busca que el legislador emita leyes penales cuyo contenido y mensaje normativo puedan ser aprehendidos correctamente por quienes aplican la ley y, sobre todo, por los ciudadanos⁽¹²⁸⁾.

La vigencia del principio de taxatividad, igual que todo el principio de legalidad, vincula al legislador a la dación de leyes precisas en todo el ordenamiento

(123) *Ibidem*, p. 33.

(124) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español* PG, § III, Nm. 51.

(125) FERRERES COMELLA, V., *Op. Cit.*, p. 35.

(126) *Ídem*.

(127) JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 24.

(128) De este modo, BLECKMANN, A., *JuS* 2002, p. 944; REICHENBACH, *JR* 2005, p. 405 ss.

jurídico; esto es, el principio de taxatividad rige en todo el sistema punitivo (en el Derecho penal sustantivo, en el Derecho procesal penal y en el Derecho penitenciario). En el ámbito del Derecho penal sustantivo, el principio de taxatividad se aplica a todas las instituciones de la Parte General y de la Parte Especial. Es en esta última donde el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* cobra singular importancia, sobre todo, a nivel del supuesto de hecho⁽¹²⁹⁾. En este ámbito, el legislador debe ser lo más preciso posible, porque en él se encuentran los elementos configurativos de la conducta típica. En consecuencia, mientras más precisos son los elementos constitutivos del supuesto de hecho, menos amenazadas se encontrarán las libertades individuales y, en consecuencia, mayores serán las posibilidades de participación de los ciudadanos en los procesos de relación, ya que los magistrados tendrán, en la precisión de los conceptos, un límite a su poder discrecional⁽¹³⁰⁾, pues no podrán incriminar cualquier tipo de conducta. Por el contrario, mientras más imprecisos o vagos sean los componentes del tipo penal, más amenazados se encontrarán los ámbitos de libertad de los ciudadanos, por cuanto se dan todas las condiciones para que la discrecionalidad (arbitrariedad) de los jueces incrimine cualquier tipo de conducta, aunque muchas veces sean lícitas.

- 73 Bajo dicha perspectiva, no cumplen con el mandato del principio de determinación de las leyes penales, entre otros, los artículos 183 y 156 del Código Penal peruano y el artículo 28 incisos a) y d) del Decreto Legislativo N° 276. En el primer caso, los elementos normativos que consagra el artículo 183 (v. gr., lugar *público*, exhibiciones o gestos de índole *obscena*) poseen un grado de indeterminación que menoscaba la seguridad jurídica, ya que el significado de dichos conceptos no posee validez general, sino relativa, pues varía de acuerdo al contexto social, espacial y temporal. Lo mismo ocurre con el artículo 156, ya que el elemento normativo “acto contrario al pudor” contenido en dicho tipo penal no cumple ninguna de las funciones del tipo penal, es decir, no orienta a los ciudadanos ni restringe la arbitrariedad. Por último, los incisos a y d del artículo 128 del Decreto Legislativo N° 276 fueron declarados inconstitucionales⁽¹³¹⁾ porque los elementos constitutivos de la infracción no se encontraban establecidos de forma clara en la norma, sino que debían ser completados por

(129) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15, III/3, p. 134.

(130) DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 180.

(131) Al respecto, reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Exp. N° 39/94/2005-PA/TC; Exp. N° 21/92/2004-AA/TC; Exp. N° 39/85/2005-PA/TC; Exp. N° 38/93/2004-AA/TC; Exp. N° 51/56/2006-PA/TC; Exp. N° 35/67/2005-AA/TC; Exp. N° 32/56/2004-AA/TC; Exp. N° 5155- 2005-PA/TC.

reglamentos normativos municipales de inferior jerarquía inexistentes hasta ese momento.

A nivel del injusto penal, un ámbito de especial relevancia del principio de determinación de la ley penal es el perteneciente a los denominados tipos penales en blanco⁽¹³²⁾. En la actualidad, el Derecho penal cada vez más sienta sus presupuestos típicos en normas extrapenales⁽¹³³⁾, por lo que la determinación de la tipicidad o atipicidad de la conducta depende de la infracción o no de los márgenes de permisión que establecen las leyes administrativas, tributarias, financieras, aduaneras, etc., que, dicho sea de paso, muchas veces son de rango inferior⁽¹³⁴⁾. Así, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente⁽¹³⁵⁾, los delitos contra el orden financiero, los delitos tributarios configuran sus presupuestos típicos en función de los contenidos de las normas que regulan la materia correspondiente. Por ello, resulta imprescindible que las normas penales en blanco estén impregnadas de precisión y certeza. A nivel de la antijuridicidad y culpabilidad, en sentido contrario a lo aquí planteado, un sector de la doctrina niega la vigencia del principio de determinación de las leyes penales en dichos ámbitos del Derecho penal⁽¹³⁶⁾.

En virtud de esta exigencia, el legislador también está en la obligación de precisar no solo la clase y el *quantum* de pena (mínimo y máximo) que corresponde al delito imputado⁽¹³⁷⁾, sino también la clase y *quantum* de la sanción que corresponde a las faltas⁽¹³⁸⁾, para que el juez imponga y aplique la sanción solo dentro de los márgenes que él previamente ha fijado, y así evitar la arbitrariedad judicial. Sin embargo, el principio de taxatividad no debe someter a la sanción penal a exactitudes científico-naturales, porque esto significaría que el Parlamento acabe con la labor interpretativa del juez, estableciendo penas tasadas. La vigencia del principio de prohibición de leyes indeterminadas en la

(132) DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 216; JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 11.

(133) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español PG*, § III, Nm. 56.

(134) *Ibíd.*, Nm. 58.

(135) En tal sentido, el artículo 304 del Código Penal prescribe que comete un delito ambiental "El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de la libertad no mayor de uno o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas".

(136) AMELUNG, K., *JZ* 1982, p. 620; HARTWIG, W., *ZStW* 78 (1966), p. 8 s.; JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 44; KREY, V., *JZ* 1979, p. 612; LENCKNER, T., *JuS* 1968, p. 252; OTTO, H., *Jura* 1986, p. 430 s.

(137) JESCHECK H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch*, § 15, III/3, p. 135.

(138) Al respecto, fr. TC: Exp. N° 20/50/2002-AA/TC; Exp. N° 005/35/2009-PA/TC.

sanción solo implica que el legislador debe emitir leyes penales con un grado de precisión y claridad racional⁽¹³⁹⁾, de modo que ni se permita al juez realizar actos arbitrarios, ni se impida a este realizar su actividad interpretativa para aplicar la ley en forma correcta, es decir, para que el juez pueda fijar la sanción penal según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del reo, con arreglo al principio de culpabilidad y a las necesidades de la prevención especial⁽¹⁴⁰⁾. Tal exigencia se ve reflejada tanto en el establecimiento de una clase de sanción como en la fijación de sus respectivos marcos mínimos y máximos, de tal manera que dentro de este espacio el juez pueda graduar la sanción según las circunstancias concurrentes⁽¹⁴¹⁾ que terminen la imposición de una sanción justa.

76 Lo dicho significa que una norma jurídico-penal no cumple con las exigencias del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* cuando: 1) la clase de pena no está determinada en la ley⁽¹⁴²⁾; 2) el *quantum* de la pena se encuentra establecido solo en su límite mínimo o en su límite máximo (por ejemplo, se establece como mínimo 15 años y no se establece el máximo); 3) pese a estar determinados los límites mínimo y máximo, la sanción tenga un campo cuantitativo muy amplio de maniobrabilidad, es decir, que el marco penal sea demasiado amplio. Ello se debe a que la idea de precisión o determinación de la sanción incluye ambos sentidos, el propio y el impropio: se busca que el tipo de sanción establecido por la ley esté bien definido (aspecto cualitativo) y que el marco que pueda recorrer el juez dentro de este tipo no sea demasiado ancho (aspecto cuantitativo).

77 En la antijuridicidad y en la culpabilidad, la vigencia del principio de determinación de la ley penal es un poco más flexible, sobre todo cuando se trata de valorar situaciones y circunstancias jurídicas que inciden directamente en la exclusión de responsabilidad penal. Ello se debe a que un Derecho penal de signo democrático debe estar dispuesto a soportar en mayor medida el riesgo de dejar impunes ciertas conductas en lugar de dar cabida a la sobrecriminalización. Por eso, se debe admitir cierta flexibilidad a favor del ciudadano, es decir, cierta generalidad en las cláusulas que definen las causas de justificación y las causas de inculpabilidad.

(139) DANNECKER, G., *LK*, § 1, Nm. 182.

(140) ROXIN, C., *AT I*, 4ª edición, § 5, Rn. 63 p. 95.

(141) Ídem.

(142) JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 15.

De esta manera, en el ámbito de la antijuridicidad, el principio de deter- 78
minación de la ley penal flexibiliza la rigurosidad y rigidez que caracteriza a la estructura del tipo penal, ya que así amplía la actuación de los derechos y libertades fundamentales. Por estas consideraciones, las causas de justificación están previstas en términos relativamente abstractos. Así, las causas de justificación reconocidas en el artículo 20 del Código Penal peruano –legítima defensa (Art. 20, inc. 3); estado de necesidad justificante (Art. 20, inc. 4); cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (Art. 20, inc. 8); obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones (Art. 20, inc. 9)– presentan un nivel de generalidad muy superior al de los tipos penales. A partir de ello, no existe inconveniente alguno para que una persona sea declarada exenta de responsabilidad penal cuando configura un tipo penal bajo la concurrencia de una circunstancia jurídica que, pese a no estar prevista de forma expresa en la ley, tiene la misma naturaleza que las causas de justificación establecidas en el artículo 20 del Código Penal.

Como ya se dijo, en la culpabilidad, la vigencia del principio de taxativi- 79
dad de la ley penal se ciñe a las mismas consideraciones que atañen a las causas de justificación; es decir, se encuentran formuladas en forma genérica y enunciativa. Ello se debe a que, en el plano material, las causas de inculpabilidad previstas en el artículo 20, incisos 1 (anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción) y 5 (estado de necesidad exculpante) no son las únicas que afectan gravemente el concepto del sujeto, acerca de la realidad o la capacidad para comportarse conforme a la comprensión del mensaje normativo. Es decir, junto a las formas de inculpabilidad establecidas en el artículo 20, en el caso concreto, pueden concurrir otras circunstancias de inculpabilidad incluso más intensas que impiden al afectado adecuar su comportamiento conforme a Derecho.

Finalmente, la vigencia del principio de prohibición de leyes indetermi- 80
nadas en el Derecho procesal penal y en el Derecho penitenciario se expresa mediante la obligación del legislador de emitir leyes penales procesales y penitenciarias lo suficientemente claras que cumplan con dos funciones: por un lado, que permitan a los ciudadanos conocer los alcances positivos y negativos de dichas normas jurídicas y, por otro lado, que impidan a quienes tienen la competencia de aplicarlas la imposición de medidas que no están expresamente establecidas en la ley. Por lo demás, el principio de taxatividad de la ley penal se aplica a todas las categorías del Derecho procesal penal (*supra* § IV.1) y del Derecho penitenciario (*supra* § IV.2) donde rige el principio de legalidad; por

ello, en este ítem omito referirme nuevamente a dicha problemática, pues su tratamiento resulta innecesario y redundante.

4. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

81 No quepa duda alguna de que la costumbre es una fuente importante del ordenamiento jurídico, sobre todo, en el Derecho comercial o en el Derecho civil. Pero el Derecho penal tampoco es ajeno al Derecho consuetudinario, ya que muchas de sus instituciones o categorías se valen de la costumbre para determinar, con precisión, el alcance de su contenido. La costumbre ayuda a encontrar el sentido teleológico o espíritu de la ley⁽¹⁴³⁾. Esta consideración se deriva de lo prescrito en la Constitución, la cual prescribe que “(...) no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”. En la misma línea, el artículo 149 de la Constitución establece la posibilidad que tienen las comunidades campesinas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de una determinada circunscripción territorial *utilizando el Derecho consuetudinario*⁽¹⁴⁴⁾.

82 Ahora bien, lo señalado no significa que el Derecho consuetudinario es fuente principal del Derecho penal, pues, conforme a los artículos 2, inciso 24, literal d y 139, inciso 3 de la Constitución —en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal—, la única fuente vinculante en materia punitiva es la ley. A saber, los referidos preceptos constitucionales establecen que *los ciudadanos solo pueden ser sometidos a un proceso penal y a la imposición de una sanción cuando el comportamiento imputado como delito y la sanción se encuentran previstos previamente en una ley*. En el mismo sentido, el artículo II del Código Penal *proscribe imputar hechos punibles o imponer sanciones penales cuando la conducta jurídico-penal que se atribuye o la sanción que se quiere imponer no están previstos como tales en una ley previa*. Pues bien, en lo prescrito por los preceptos constitucionales y legales citados radica el fundamento formal de la exclusión del Derecho consuetudinario como fuente vinculante del sistema punitivo.

83 Por su parte, desde una perspectiva material, la prohibición del Derecho consuetudinario (*Verbot des Gewohnheitsrechts*) se basa, de la misma manera que las otras consecuencias jurídicas del principio de legalidad, en consideraciones de índole política, axiológica y jurídico-penal. En el plano político, la

(143) Cfr. DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, p. 98.

(144) Al respecto, el artículo 149 de la Carta Magna señala: “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (...)”.

finalidad del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* es impedir que el Juez, a través de la aplicación del Derecho consuetudinario —para calificar un comportamiento, imponer una sanción o restringir derechos fundamentales— ejerza funciones legislativas que solo están reservadas al legislador (Arts. 43 y 102 de la Constitución). En el ámbito axiológico, la preferencia de la ley en desmedro del Derecho consuetudinario como fuente vinculante del sistema punitivo se debe a que la ley crea seguridad jurídica que, a su vez, permite a los ciudadanos organizarse conforme a las normas de comportamiento y de sanción vigentes en la sociedad; *A sensu contrario*, el Derecho consuetudinario, en tanto es contingente y asistemático, solo genera incertidumbre cognitiva y material. A nivel jurídico-penal, la sujeción del sistema punitivo a la costumbre imposibilita alcanzar la prevención general positiva, porque la costumbre, al tener vigencia local o particular y no establecer el inicio y fin de su vigencia, no genera una conciencia jurídica *erga omnes* de respeto a las expectativas sociales⁽¹⁴⁵⁾.

Pese a lo señalado anteriormente, el Derecho consuetudinario tiene suma ⁸⁴ importancia en el Derecho penal material, por cuanto permite: a) restringir los alcances de la tipicidad (imputación objetiva)⁽¹⁴⁶⁾; b) ampliar el ámbito de aplicación de las causas de justificación; y c) ampliar el alcance de las causas de inculpabilidad.

En la tipicidad, el Derecho consuetudinario es de mucha utilidad para la ⁸⁵ configuración de la imputación objetiva, ya sea a nivel del riesgo permitido⁽¹⁴⁷⁾ o a nivel del ámbito de protección de la norma de cuidado. En el riesgo permitido, la aplicación de la costumbre se canaliza por medio de la denominada *adecuación social*. Conforme a esta institución, los comportamientos que se encuentran legitimados socialmente se encuentran amparados por el riesgo permitido y, por lo tanto, son atípicos⁽¹⁴⁸⁾; mientras que aquellas conductas que no se encuentran adecuadas socialmente se enmarcan dentro del riesgo jurídico-penal prohibido y, en consecuencia, son típicas⁽¹⁴⁹⁾. Así, por ejemplo, el Derecho consuetudinario es de suma importancia para determinar los márgenes de actuación permitida en ciertas posiciones de garante como son las

(145) REALE, M., *Introducción al Derecho*, p. 124.

(146) La aplicación del Derecho consuetudinario para determinar los alcances de la tipicidad, determinar las causas de justificación y de inculpabilidad, solo tiene lugar cuando dicha utilización no atenta contra el espíritu de la ley.

(147) PAREDES CASTAÑON, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*, p. 83; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 215.

(148) JAKOBS, G., *AT*, § 4, Nm. 47, p. 109.

(149) PAREDES CASTAÑON, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*, p. 83.

relaciones paternofiliales y la protección de inimputables⁽¹⁵⁰⁾. En dichas relaciones se consideran riesgos permitidos las autolesiones de menores de edad y discapacitados que se producen cuando los padres o tutores dejan que estos, en pro de su desarrollo personal, se enfrenten a riesgos mínimos que se encuentran adecuados socialmente⁽¹⁵¹⁾. En el ámbito de protección de la norma, el Derecho consuetudinario se aplica para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, sobre todo en aquellos campos donde el deber de diligencia no se encuentra regulado en forma expresa en una norma positiva. Ejemplo de ello lo constituye la utilización del Derecho consuetudinario para distinguir la imprudencia del dolo en los resultados lesivos que se producen en el tráfico rodado, en contextos en que no existen reglas positivas delimitadoras de lo prohibido y de lo permitido.

- ⁸⁶ En el campo de la antijuridicidad la costumbre se aplica para determinar y ampliar las causas de justificación, ya que el Código Penal no regula todas las formas en que se manifiestan las causas de justificación en el mundo real. Así, por ejemplo, el Derecho consuetudinario desempeña una función fundamental en la determinación del estado de necesidad, del ejercicio legítimo de un derecho, de la legítima defensa, etc. Por su parte, a nivel de la culpabilidad, la vigencia y utilidad del Derecho consuetudinario se expresa con suma notoriedad en la determinación de las causas de inimputabilidad, sobre todo, en el error de prohibición y en el error de comprensión culturalmente condicionado.

VI. Bibliografía

- ⁸⁷ AMELUNG, Knut, "Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung". En: *NJW* 1995, 2584 ss.; BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*. Edición Latinoamericana, Bogotá, 1994; BLECKMANN, Albert, "Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG". En: *JuS* 2002, p. 942 ss.; BLECKMANN, Albert, "Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht". En: *Juristenzeitung*, 1995, pp. 685-689; CARO JOHN, José Antonio, "¿Combinación de leyes penales?". En: *ADP*, Lima, 2005; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Tomo I. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 1998; COLOMBI CIACCHI, Aurelia, *Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit*. Köln, Berlin, München, 2005; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; DANNECKER, Gerhard, "Nullum crimen, nulla poena sine lege

(150) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 306.

(151) Ídem.

und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts". En: *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz, Joerg Brammsen, Köln, 2007, p. 25 ss.; DANNECKER, Gerhard, "§ 1". En: *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*. Tomo I, 12. Aufl., Berlin, 2007, S. 2064 ff.; DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993; DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducción de la 2ª edición francesa por Pedro BRAVO GALA. Aguilar, Madrid, 1968; FEIJÓO SÁNCHEZ, José, *Resultado lesivo e imprudencia*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; FEIJÓO SÁNCHEZ, José, *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2002; FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Civitas, Madrid, 2002; FREUND, Georg, "§ 13". En: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, 3ª edición, München, 2017; FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Heymann, Köln, 1983; FRISCH, Wolfgang, "Die 'verschuldeten' Auswirkungen der Tat". En: *GA* 1972, p. 343; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México D. F., 1994; GRÜNWARD, Gerald, "Bedeutung und Begründung des Satzes 'nulla poena sine lege'". En: *ZStW* 76, 1964, p. 14 ss.; GÜNTHER, Hans-Ludwig, "Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann". En: *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Samson, Erich (Hrsg.), Baden-Baden, 1999, p. 213 ss.; HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. 4ª edición. Grijley, Lima, 2003; HARTWIG, Werner, "Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit". En: *ZStW* 78, 1966, p. 1 ss.; HASSEMER, Winfried, "§ 1". En: *Nomos Kommentar*, Nomos, Baden-Baden, 1995 (Lieferung 1999); HASSEMER, Winfried, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? - Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention*, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, p. 221 ss.; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1984; HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolaische Buchhandlung, Berlín, 1821; HENKEL, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Traducción de Gimbernat ORDEIG. Taurus, Madrid, 1968; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos, "La costumbre como fuente del Derecho". En: *Criterio Jurídico Garantista* N° 2, 2010, p. 142 ss.; HRUSCHKA, Joachim, "Strafe und Strafrecht bei Achenwall - Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie". En: *JZ* 1987, p. 161 ss.; JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2 Aufl., Berlín, 1991; JAKOBS, Günther, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern". En: *ZStW* 101, 1989, p. 522 ss.; JESCHECK, Hans / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts/Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Berlín, 1996; KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Berlin, 1983; KREY, Volker, "Zur Einschränkung des

Notwehrrechts bei der Verteidigung". En: *JZ* 1979, p. 702 ss.; KUHLEN, Lothar, "Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot". En: *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Gerhard Dannecker/Winrich Langer/Otfried Ranft/Roland Schmitz, Joerg Brammsen (hrsg.), Köln, 2007, p. 89 ss.; KÜPER, Wilfried, "Das Analogieverbot und der Bedrohungstatbestand". En: *JuS* 1996, p. 783 ss.; LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA VÁSQUEZ, Concepción, *Derecho penal español. Parte general*. Madrid, 1996; LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*. 4ª edición. Ariel, Barcelona, 1972; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1979; LENCKNER, Theodor, "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz 'nullum crimen sine lege'". En: *JuS*, 1968, p. 249 ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal español*. Universitas, Madrid, 1996; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Strafrecht/Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 7ª, Heidelberg, 1988; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Barcelona, 2005; NAUCKE, Wolfgang, "Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882". En: *ZStW* 87, 1975, p. 880 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip. Ein Befehl an den Gesetzgeber ohne Bedeutung für die Gesetzanwender?". En: KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (Hrsg.). *Gesetzlichkeit und Strafrecht*. Berlín, 2012, p. 88 ss.; OTTO, Harro, "Der Bestimmtheitsgrundsatz und die Überbrückung sog. Strafbarkeitslücken". En: *Empirische und dogmatische Fundamente*. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Hefendehl Roland (hrsg.), Köln, Berlin, München, 2005, p. 71 ss.; OTTO, Harro, "Actio libera in causa". En: *Jura* 1986, p. 426 ss.; PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. Heymann, Köln, 1999; PAWLIK, Michael, "Una teoría del Estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática". En: *InDret* 4 (2015), Barcelona. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>>; PAREDES CASTAÑON, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*. Colex, Madrid, 1995; PIEROTH, Bodo, "Art. 103". En: JARASS, Hans / PIEROTH, Bodo (comentaristas), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Beck, München, 2014; PUPPE, Ingeborg, "§ 16". En: *Nomos Kommentar zum StGB (NK)*, 3ª edición, 2007; RANSIEK, Andreas, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg, 1989; REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*. 6ª edición. Ediciones Pirámide, Madrid, 1984; RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y Derecho*. Porrúa, México, D. F., 1952; REICHENBACH, Peter, "Die Strafbarkeit sexuell motivierter Übergriffe in schutzloser Lage - Verfassungswidrig?". En: *Juristische Rundschau*. Heft 10, 2005, pp. 405-409; RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª edición. München, 2012; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band I, 4ª edición. München, 2006; RUDOLPHI, Hans-Joachim / JÄGER, Christian, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia". En: *Revista del Poder Judicial (RPJ)*, número

especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, 1989; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “El principio de legalidad en el Estado Democrático de Derecho”. En: *RPCP* N° 14, Lima, 2004; SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*. 10ª edición. Duncker und Humblot, Berlin, 2010; SCHMITT, Carl, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 5ª edición. Duncker & Humblot, Berlín, 2009; SCHMITZ, Roland, “§ 1”. En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª edición, 2017; SCHMITZ, Roland, “Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns”. En: JOECKS, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010, pp. 181-198; SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter: Zur geschichtl. Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976; SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte”. En: *ZStW* 80, 1968, p. 348 ss.; SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. De Gruyter, Berlín, 1978; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Akal, Madrid, 1981; TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht AT*, 5ª edición. Vahlen, München, 2017; TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969; TULLY, Marc / MERZ, Malte, “Zur Strafbarkeit der Hinterziehung ausländischer Umsatz- und Verbrauchsteuern nach der Änderung des § 370 Abs. 6 AO im JStG 2010”. En: *Wistra* 2011, pp. 121-127; URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte, Lima, 2000; VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1ª Gießen, 1801; VON LISZT, Franz, “Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. Gutachten für die Allgemeine Versammlung der Internationalen Kriminalpolitischen Vereinigung, 1893”. En: *AuV* 2, pp. 75-93; WEIDEMANN, Jürgen, “Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt”. En: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 408-426; WESSELS Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 43ª edición. Geburtstag, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2013; ZUGALDÍA ESPINAR, José Manuel (dir.), *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

§ III

Inaplicación de la analogía *in malam partem* en el Derecho penal

*El argumento o razón de analogía es la base
en que descansa el sentido común.*
(Balmes)

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ MERCADO
Procurador público
(Perú)

Sumario				
	Nm	P		
I. Introducción	1	81	V. Jurisprudencia constitucio-	
II. El procedimiento analógico	7	83	nal	24 90
III. Clasificación	13	85	VI. Jurisprudencia penal	31 92
IV. Analogía prohibida	21	89	VII. Bibliografía	45 97

§ III.- Inaplicabilidad de la analogía

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

I. Introducción

La analogía es la “aplicación de la ley a los casos que no prevé, pero que 1
le son semejantes”. Técnica que se ha dicho tiene su fundamento en el princi-
pio por el cual “donde hay la misma razón debe haber igual derecho”, habiéndose
cimentado su prohibición, en el Derecho penal, en cuanto a su vertiente
desfavorable al reo como un derivado del principio de legalidad (*nullum poena
sine lege stricta*).

El marco normativo de la analogía está constituido por el artículo 29.a de 2
la Convención Americana de DD. HH., los artículos 139.9 y 24.d, de la Cons-
titución, que la niegan para restringir derechos, mientras que en el Código
Penal (Art. III. [Se] prohíbe la analogía para calificar el hecho como delito o
falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de segu-
ridad), como advierte URQUIZO OLECHEA, su prohibición resulta siendo muy
restringida en comparación con los textos constitucional y civil (Art. IV). La
ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía⁽¹⁾.

(1) URQUIZO OLAECHEA, J., *El principio de legalidad*, pp. 95-96.

El Código Penal se ha limitado a tres supuestos, calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad y determinar la pena o medida de seguridad, sin prever la analogía de las circunstancias agravantes, las reglas de conducta y de las consecuencias accesorias, déficit que se supera concordándola con una interpretación conforme a la Constitución. Por último, el Código Procesal Penal del 2004 (Art. VII.3)⁽²⁾ la ha establecido solo a favor del procesado y, *de lege ferenda*, el Anteproyecto del Código Penal del 2004, ha consagrado las atenuantes analógicas (Art. 46)⁽³⁾.

- 3 La definición jurídico-penal de la analogía no es pacífica, sobre todo de cara a la definición empleada en la lógica, cumple el rol de una inferencia probable, base de la mayor parte de nuestros razonamientos. Dicho con otras palabras, cuando explicamos un suceso comparándolo con otro más familiar, pudiendo encontrar, en el ámbito penal, posturas cercanas a dicha definición. Así, JESCHECK sostiene que la analogía es “un procedimiento habitual de discusión de la lógica jurídica (...) utilizada en el Derecho penal de la misma manera que en todo el derecho”⁽⁴⁾, JAKOBS le atribuye valor para el desarrollo de instituciones o teorías penales⁽⁵⁾, a lo que añade HASSEMER que la tal prohibición es insostenible, pues interpretar implica realizar un juicio de analogía⁽⁶⁾.
- 4 Actualmente se hayan superadas aquellas posturas, como la sostenida en su época por BECCARÍA, para quien “no debe interpretarse la ley por el juez, porque ya la misma ley es un silogismo y como el juez hace otro, son dos y dos silogismos no son concebibles”. El problema de la analogía es, pues, un problema que no pudo ser atisbado en la época de la ilustración, en la que surgió la configuración actual del principio de legalidad, ya que entonces el juez solo era *bouche de la loi*.

(2) Artículo VII. 3: “(...) la analogía queda (...) prohibida (...) mientras no favorezca (...) la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

(3) Artículo 46: “(servirán para la) atenuación (...) 10. Cualquier circunstancia de análoga significación (a las previstas)”.

(4) H. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 106, citado por BACIGALUPO ZAPATER, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 87, cita 36.

(5) Así, se señala que “tratándose de autolesión, no hay justificación ni exculpación, pero cabe establecer supuestos análogos a la justificación (...) quien sacrifica bienes propios para evitar pérdidas mayores actúa con igual racionalidad que un autor que se encuentra en un estado de necesidad justificante”. JAKOBS, G., La autoría mediata en instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, pp. 29-30.

(6) HASSEMER, W., “Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”. En: *Revista Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos* N° 35, p. 164, segundo párrafo.

La existencia de diversas manifestaciones lícitas de la analogía en el Derecho penal han llevado a negar que una prohibición genérica de la analogía sea exacta. Dicho gráficamente, ello ocurre cuando JAKOBS sostiene que denominarla “prohibición de analogía es desafortunado, porque en la interpretación no se puede prescindir de deducciones analógicas”⁽⁷⁾, punto coincidente con ZAFFARONI, para quien no se la puede excluir como fuente del pensamiento, pues al aplicarse un principio a un grupo de casos, de no haber prohibición legal, “no media razón para no aplicarlo a otro que se halle en una relación esencial con este”⁽⁸⁾. En el ámbito nacional, este pensamiento se aprecia en MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, para quien toda interpretación crea derecho⁽⁹⁾, y en el ámbito penal, por HURTADO POZO, quien sostiene que prohibirla implica prohibir la interpretación, pues el “razonamiento por analogía es propio de la interpretación”⁽¹⁰⁾. El mejor exponente de esta postura es HASSEMER, quien manifiesta que la “prohibición parte del falso supuesto de considerar [a la analogía] algo externo a la interpretación”, pues “tal suposición, por más que la compartan con insistencia la mayoría de los penalistas, es insostenible porque toda interpretación implica un juicio de analogía”⁽¹¹⁾.

La razón de establecer en forma categórica la prohibición de analogía estriba en la necesidad de un mensaje claro, según el cual la interpretación del texto penal no debe apartarse en exceso de su sentido literal de la ley, sin embargo, dicha finalidad decae al constatar que no es posible establecer dónde termina la interpretación y comienza la analogía, lo que ha llevado a otros sistemas jurídicos a desterrar por igual a la interpretación extensiva (Art. 13 CP de Nicaragua)⁽¹²⁾.

II. El procedimiento analógico

La analogía se construye mediante una inducción incompleta que emplea tres elementos. El supuesto de hecho regulado, el supuesto de hecho no regulado y el tercio de comparación o *ratio legis*, este último elemento utilizado para comparar el primero con el segundo. Dicho con un ejemplo de una analogía

(7) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 100, cita 60.

(8) ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 112 *supra*.

(9) MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, F., *Ratio Interpretandi*, p. 58 *infra*.

(10) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 225, n.m. 567.

(11) HASSEMER, W., “¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 164.

(12) Artículo 13: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley. En los casos de duda se interpretará la ley en el sentido más favorable al reo”.

prohibida, aquello ocurrió cuando el Tribunal Supremo alemán, tras la invención del automóvil y su empleo para extraer ilegalmente maderas de los bosques, se lo equiparó con la agravante de hurto mediante el empleo de carruajes de tiro, bestias de carga o embarcaciones. El automóvil, por entonces una novedad, no prevista en la ley, como sí ocurría con el tradicional carruaje de tiro, con el que compartía el fundamento de todas sus agravantes. El razonamiento fue el siguiente, el Tribunal elaboró un *tertium comparationis*, estimando que las agravantes del hurto, por el uso del carruaje de tiro, se basaban en que con dicho medio se aceleraba la huida, facilitaba el transporte de lo sustraído y era un medio que permitía generar una lesión de gravedad al bien protegido, cualidades abarcadas al emplearse un automóvil, por lo que se lo equiparó —ilegítimamente— al carruaje tirado por animales⁽¹³⁾. Lo mismo, dicho con un ejemplo perteneciente a la analogía permitida-favorable, ocurre en relación al texto del artículo 208 del Código Penal peruano, correspondiente a una excusa absolutoria⁽¹⁴⁾.

- 8 “Artículo 208.- No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:
- 9 1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
- 10 2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
- 11 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”.
- 12 Se observa que la norma ha previsto cuatro delitos (hurto, apropiación, defraudación, daños), no incluyendo a la receptación (Art. 194), sin embargo, al constatar que la *ratio legis* de dicha excusa absolutoria (tercio de comparación) se manifiesta en cuatro elementos: primero, se busca preservar la unidad de la convivencia familiar; segundo, el sujeto activo está comprendido dentro del baremo legal; tercero, se trata de un bien jurídico de naturaleza patrimonial; cuarto, el patrimonio es de propiedad de otro de los sujetos comprendidos por la norma; quinto, se trata de delitos no violentos contra la persona, por lo que se concluye que las cualidades exigidas para aplicar la excusa absolutoria del artículo 208 también se hayan presentes al tratarse de un delito de receptación (Art. 194) , siéndole aplicable por analogía, lo mismo ocurre

(13) HASSEMER, W., “¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, pp. 164-165.

(14) Ejemplo de CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 171.

respecto al efecto favorable como consecuencia de un error sobre una circunstancia atenuante, no regulado en el Código Penal de 1991, pero recogido de una manera absolutamente incorrecta por el Anteproyecto del Código Penal del 2004 (Art. 14.- El error sobre (...) una circunstancia que (...) atenúe la pena, si es invencible excluye la (...) atenuación). Otro tanto de la analogía se puede decir respecto de las causas de justificación que “no pueden estar sujetas a la prohibición de analogía”⁽¹⁵⁾. Así, se ha dicho que “no hay obstáculo (...) para que el pensamiento de la no exigibilidad se emplee no solo para explicar el fundamento de ciertas causas de exclusión de la atribuibilidad (“culpabilidad”) explícitas en la ley (...), sino también (...) para apreciar eximentes de esta clase por analogía”⁽¹⁶⁾.

III. Clasificación

Se suele clasificar la analogía en favorable y perjudicial; sin embargo, la doctrina viene postulando su reemplazo por otros como el de “prohibición de generalización” (JAKOBS)⁽¹⁷⁾ o, en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, “la clasificación (...) debe ser sustituida por la de analogía permitida o prohibida (...). Está permitida toda analogía que no sea fundamentadora de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad”⁽¹⁸⁾. De la misma forma, otra de las clasificaciones tradicionales, y que viene siendo dejada de lado, es el binomio analogía de la ley (*Gesetzanalogies*) - analogía jurídica (*Rechtanalogies*), que, conforme aprecia ROXIN, se distingue “según lo que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica)”⁽¹⁹⁾.

Como manifestaciones de la analogía favorable –legal– tenemos la equiparación, en la eutanasia (Art. 113 del CP), de la “lesión” mortal e incurable con la “enfermedad” de las mismas características, incluir en la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal a la “receptación”⁽²⁰⁾ o equiparar “el

(15) ABANTO VÁSQUEZ, M., *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 99 *infra*.

(16) PAREDES VARGAS, C., *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991. Su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín*.

(17) “El aplicador de la ley no puede (...) aumentar el nivel de generalización (...) del tipo (...) es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Esta prohibición de generalización la doctrina dominante lo denomina (impropiamente) prohibición de analogía (...) término (...) desafortunado, porque en la interpretación no se puede prescindir de deducciones analógicas”. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, p. 99 ss., cita 60.

(18) RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, p. 254 quinto párrafo.

(19) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 140.

(20) *Vide* CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, p. 171.

peligro futuro” con el “peligro inmediato”, a efectos de aplicarse la legítima defensa⁽²¹⁾.

- 15 Respecto a la analogía favorable –jurídica–, resultan aplicables las palabras de ZAFFARONI, para quien “tan o más autoritario puede ser un Derecho penal que niegue cualquier analogía como el que la admita *in malam partem*”⁽²²⁾, por ello RODRÍGUEZ DEvesa advierte que para evitar la inseguridad jurídica se aplique solo una analogía jurídico-penal perfecta⁽²³⁾. VILLA STEIN establece que en la dogmática peruana la analogía favorable es de gran aceptación⁽²⁴⁾ y URQUIZO OLECHEA admite que “aquellas [categorías] que pueden ser reconducidas en beneficio del reo de manera amplia, permiten la aplicación de la analogía”⁽²⁵⁾. De manera gráfica, otras postulaciones del recurso a la analogía jurídica favorable en el Perú se encuentran en ABANTO VÁSQUEZ, para la atenuación de la pena del cómplice primario *extraneus* en los delitos especiales propios e impropios⁽²⁶⁾, señalando que en la participación en el infanticidio o parricidio, la “ruptura del título de imputación” tendría soluciones más justas respecto al *extranei*, “nuestro legislador (...) no ha previsto ninguna regla especial para este caso (...) podría pensarse en aplicar una analogía *in bonam partem* para reducir el marco penal de los *extranei* hasta límites (...) de un partícipe del delito común subyacente al ‘delito especial impropio’” y, en el delito especial propio “donde no existe un tipo común subyacente (...) (no) habría un tipo penal común en el cual basar la analogía”, en estos casos, ‘podría pensarse en una aplicación *in bonam partem* a través de nuestro artículo 26 (incomunicabilidad de circunstancias)’⁽²⁷⁾. CHINCHAY CASTILLO, quien postula equiparar la convivencia con autorización paterna al matrimonio civil, para excluir las relaciones sexuales consentidas del ámbito de aplicación del artículo 173 del Código Penal (actos sexuales con menores).

(21) La legítima defensa anticipada se da cuando falta la actualidad del peligro (peligro inminente), v. gr. la mujer que secuestrada y encerrada mata al hombre dormido que le dijo que al despertar la violaría, o del secuestrado que mata al guardián pues sabe que lo matarán porque no se ha pagado el rescate. MONTANOVI, *Diritto Penale*, p. 110, citado por CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general*. Op. cit., p. 178.

(22) SÁNCHEZ MERCADO, M., *La analogía en el Derecho Penal*, pp. 13-14.

(23) RODRÍGUEZ DEvesa, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*. Ob. cit., p. 257.

(24) VILLA STEIN la reconoce al señalar que un amplio sector doctrinario permite el uso de la analogía *in bonam partem*. VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 103.

(25) URQUIZO OLAECHEA, J., *El principio de legalidad*. Op. Cit., p. 99 *infra* y 100.

(26) De la misma forma, GIMBERNAT ORDEIG para mantener la “unidad del título de imputación”, atenuando analógicamente la pena de los partícipes *extranei*, en: ABANTO VÁSQUEZ, M., *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Op. cit., pp. 58-59 y 124-125, cita 124.

(27) *Ibidem*, pp. 58-59.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia (R.N. N° 4674-2005- 16 Lima⁽²⁸⁾) introdujo la atenuante analógica de dilaciones indebidas. El sujeto debe ser compensado con la atenuación de la pena por el sufrimiento que genera la incertidumbre y aflicción de un juicio que se prolonga indefinidamente por culpa del Estado.

Existen supuestos de la analogía permitida, y que no pueden ser ubicados 17 en la antigua clasificación analogía favorable-perjudicial, lo que abona a favor de la clasificación analogía permitida-prohibida. Dicho con un ejemplo, aceptado que el límite normativo entre el aborto y el homicidio son “los primeros dolores del parto” desencadenados por la producción de oxitocina y la expulsión del producto de la concepción. Frente al criterio de dichos dolores, al no estar presentes en los casos de cesárea, como establece HURTADO POZO “por analogía, debe aplicarse (...): A partir del momento en que se inicia la intervención misma y no, por ejemplo, desde que se aplica la anestesia (STRATENWERTH, 1995, 1, n 5)”⁽²⁹⁾. Asimismo, la analogía es aceptada en mayor medida en el ámbito procesal, como señala la jurisprudencia argentina “la analogía prohibida en el derecho (penal) de fondo, es admisible en la ley procesal cuando determinada situación no está prevista expresamente. En el aspecto procesal jamás se habrá de encontrar un cuerpo normativo que prevea todas las situaciones”⁽³⁰⁾. Dicho con otras palabras, se puede recurrir a ella en nuestro sistema cuando la ley exige la identificación judicial de los procesados, empleando todos sus nombres y apellidos, cuando se carezca de los mismos, sustituyéndolos con fichas antropométricas, huellas dentales o el ADN, como sugieren GALDANA

(28) Vide SÁNCHEZ MERCADO, M., “La atenuante analógica de dilaciones indebidas en el Derecho penal peruano”. En: *Jus Doctrina y Practica*, mayo 5, 2008.

(29) Véase, por todos, el trabajo de HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial 1. Homicidio*, p. 12 *supra*. A ello se ha opuesto CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, p. 185, primer párrafo: “[E]n nuestra legislación (peruana) (...) la expresión durante el parto permite considerar (...) (un) homicidio cuando la acción (...) se produce (...) desde la primera incisión en el vientre de la madre (cesárea), y ya no desde el corte del cordón umbilical o la aparición del niño en el mundo exterior”. Sin embargo, debemos oponernos a dicha conclusión ya que, en estricto, las referencias al corte del cordón umbilical y de la aparición del niño al mundo exterior son propias de la legislación española antes que de la peruana.

(30) CN Penal Económico, Sala B, 04/11/94, F., R., ED 163-293. Plenario, Edición electrónica, Asociación de Abogados de Buenos Aires, julio, 1999. Disponible en <<http://www.aaba.org.ar/plen907p.htm#indice>>.

PÉREZ MORALES⁽³¹⁾ y ALONSO PÉREZ⁽³²⁾, lo mismo resulta aplicable, por ejemplo, para la condena penal de homicidios en agravio de sujetos no identificados y la determinación de beneficiarios de la reparación civil, y en la justicia anticorrupción se ha manifestado en la determinación analógica del límite del arresto domiciliario. Al respecto se establece que:

- 18 “Tercero.- (...) nuestro ordenamiento procesal penal no establece norma relativa a tal materia [límite del arresto domiciliario] (...) Cuarto.- (...) esta Sala en resolución (...) [del 30/09/2004] en el expediente 2-2001 sostuvo que los plazos máximos de detención preventiva deben de aplicarse a la detención domiciliaria, pues ante una omisión del legislador corresponde al órgano jurisdiccional resolver los pedidos que formulen los justiciables (...) [posición también] asumida por (...) la Primera Sala Penal Transitoria, en la ejecutoria del 13 de enero del año en curso [2005], (...) recurso de nulidad número 3681-2004 (...). En ella, (...) concluye que en una apreciación de orden analógica la privación de libertad tiene como extremo de duración 36 meses y si bien es cierto ‘la analogía como principio de derecho está prohibida en su aplicación como fundamento de sentencia (...), no lo está cuando se invoca a afectos de realizar un análisis racional tendiente a fundamentar una decisión jurisdiccional’. Asimismo, se resalta que la Segunda Sala Penal Especial comparte también el criterio de establecer un plazo máximo a la detención domiciliaria, como se advierte de las resoluciones recaídas en los incidentes 33-200-‘Y’3, 33-2001-‘A’4, 33-2001-‘B’4, 39-2001-‘D’4, 55-2001-‘T’2, 55-2001-‘U’2 y en el expediente 19-200”⁽³³⁾.
- 19 Postura que tuvo un antecedente en el Recurso de Nulidad N° 2991-2005 del 14/12/2004 (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).
- 20 En otros casos, como los errores incurridos en el Código Procesal Penal del 2004, no son solucionables recurriendo a la analogía, sino mediante una interpretación correctiva y conforme a la Constitución, ya sea del artículo 339.1: “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de

(31) “[S]i se desconocen los datos de identidad específicos (...) [es] posible expresar las circunstancias que los identifican frente a la colectividad (...) por ejemplo (...) citarlo con el nombre de pila o apodo (...) añadiendo (...) circunstancias que permitan su mejor fijación”. *Vide* PÉREZ MORALES, M., *Correlación entre acusación y sentencia*, p. 74.

(32) “[H]emos de distinguir entre identificación formal e identificación material (...) en aquellos casos en que se desconozca la identidad (...) debe realizarse una descripción detallada de sus rasgos físicos, especialmente de aquellos que presenten alguna peculiaridad especial (tatuajes cicatrices, etc.). existiendo otros medios para asegurar la identificación, a través de la fotografía, la dactiloscopia y la prueba de ADN”. *Vide* ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, p. 107 ss.

(33) Cfr. Tercera Sala Anticorrupción (Exp. 31-02, Tomo 51, Fs. 27365-27373, sesión del 15/07/05).

la acción penal”, para determinar que no se trata de suspensión, sino de una interrupción regida por el artículo 83 del Código Penal, con su plazo máximo de una mitad del plazo ordinario de prescripción y, asimismo, la corrección del artículo 450.9 “[E]l plazo que se refiere al artículo 99 de la Constitución no interrumpe ni suspende la prescripción”, debido a que el Código Penal establece para estos casos la suspensión (Art. 84), conforme lo ha reconocido la STC N° 4118-2004-HC/T, fd. 04 y ss.).

IV. Analogía prohibida

Nuevamente recurriendo a la justicia argentina, “La prohibición de la analogía debe entenderse limitada solo en cuanto pueda vulnerar el principio constitucional superior de legalidad”⁽³⁴⁾. Su destierro se haya firmemente cimentado en nuestra jurisprudencia penal (“existe en el Derecho penal peruano prohibición expresa de aplicar analógicamente *in malam partem* las normas penales (...) particularmente para calificar el hecho” (Sala Mixta de Camaná, Exp.169-98)⁽³⁵⁾ y a nivel constitucional, “71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho penal”, (STC N°s 010-2002-AI y 200-2002-AA), proveyendo el recurso de amparo ante dicha violación “1. b) La interpretación *a contrario sensu* (...) [del] inciso 2) del artículo 6 de la Ley N° 23506 permite (...) interponer una acción de amparo contra resoluciones judiciales expedidas en un proceso irregular (...) cuando se violan (...) reglas del debido proceso (...) tales como (...) “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal” (STC N° 200-2002-AA) o el hábeas corpus, cuando de su aplicación se derive la privación de la libertad efectiva.

CASTILLO ALVA considera ejemplos de su uso ilegítimo, el castigar como hurto en casa habitada el cometido en un remolque o colegio, hurto durante la noche, el realizado en la oscuridad de un cine, establecer la posición de garante en la moral o ética, o extender el comiso de las ganancias de la persona jurídica para aplicarla a las personas naturales (analogía de las consecuencias accesorias), castigar el adulterio por su semejanza a la bigamia, el parricidio con base en el matrimonio religioso⁽³⁶⁾. Judicialmente, ello ha ocurrido en Alemania al castigar la ofensa contra un cadáver no sepultado como delito de ultraje a las tumbas o sentarse pacíficamente en las calles como un acto de violencia y, en

(34) Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2, 24/11/94, Donato González, LL. 1996-A, 61. Plenario, Edición electrónica, Asociación de Abogados de Buenos Aires, julio, 1999. Disponible en <<http://www.aaba.org.ar/plen907p.htm#indice>>

(35) ARMAZA GALDÓS, J. / ZAVALA TOYA, F., *La decisión judicial*, p. 80.

(36) CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, pp. 168 y 171.

un tiempo más lejano, cuando el Tribunal Supremo Alemán, tras la invención de los automóviles se los utilizó para extraer maderas de los bosques, equiparlo a la agravante de hurto con empleo de bestias de carga, embarcaciones o carruajes de tiro, pues si bien no estaba previsto en la ley, compartía el fundamento de todas sus agravantes. El razonamiento fue el siguiente: el Tribunal elaboró un *tertium comparationis*, estimando que las agravantes se basaban en que dichos medios aceleraban la huida, facilitaban su transporte y generaban una lesión de gravedad, cualidades abarcadas al emplear un automóvil, por lo que se lo equiparó —ilegítimamente— con un carruaje tirado por animales⁽³⁷⁾.

- 23 La lucha jurisprudencial contra la analogía prohibida ha tenido diversas manifestaciones, tanto antaño, como en Uruguay la sentencia C.J. del 12/08/1940 negó la posibilidad de aplicar por analogía una disposición del Código Civil en el ámbito penal: “el hecho de que el artículo 1235 del código civil diga que el emplazamiento judicial interrumpe la prescripción aunque sea hecha por juez incompetente o sea nulo por vicio de forma, no tiene mayor valor en materia penal, y no puede por analogía hacerse extensiva al caso judicial”, y en Cuba, donde el Tribunal Supremo, Sentencia en casación del 03/02/1940, declaró que se cometía analogía prohibida cuando en una sentencia de la audiencia de la Habana, pretendió aplicar el artículo 478.b del Código de Defensa Social, que sancionaba arrojar piedras u objetos o realizar agresiones contra vehículos de transporte público, es decir que sancionaba agresiones provenientes del exterior, para pretender castigar a quien ofenda o cometa agresión contra el conductor del ómnibus por no detenerse para que esperar a un pasajero retrasado⁽³⁸⁾.

V. Jurisprudencia constitucional

- 24 STC 274-99-AA, del 10/08/1999

3. (...) la prohibición de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (...), por extensión (...) debe observarse en (...) un procedimiento administrativo disciplinario y, en general, de todo procedimiento de orden administrativo —público o privado— que se pueda articular contra una persona.

(37) Vide HASSEMER, W., “¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, pp. 164-165.

(38) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal. Ob. cit.*, pp. 430-431.

STC 200-2002-AA, del 15/10/2002

25

1.(...) b) La interpretación *a contrario sensu* (...) [del] inciso 2) del artículo 6 de la Ley 23506 permite (...) interponer una acción de amparo (...) cuando se violan (...) reglas del debido proceso, constitucionalmente consagradas, tales como (...) “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal”

STC 010-2002-AI, del 03/01/2003

26

71. La analogía (...) está proscrita en el Derecho penal (...). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (...). Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (...).

STC 0806-2003-HC, del 24/04/2003

27

4. (...) c) (...) la recurrente [debe] aportar un mínimo de fundamentación jurídico-constitucional respecto de los derechos o principios (...) que considera vulnerados, no advirtiéndose una relación causal entre los hechos expuestos en la demanda y la supuesta afectación del principio de inaplicabilidad por analogía con la ley penal (...).

STC 004-2004-CC, del 31/12/2004

28

3.2. [Se recurre a] las sentencias interpretativas [cuando] (...) por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley (...).

3.3.2. [En] las sentencias aditivas (...) procede a “añadir” algo al texto (...) permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas. (...) consiguiendo (...) homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada. El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

STC 2235-2004-AA, del 18/02/2005

29

8. (...) la interpretación de una limitación legalmente impuesta [a los derechos fundamentales], deberá (...), realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restrinjan derechos.

(...) los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos (...) [son] aplicables a todo el ordenamiento jurídico (...).

30

STC 2289-2005-PHC del 16/05/2005

9. (...) la sanción (...) se sustenta en el artículo 404 del Código Penal, (...) encubrimiento personal (...) el objetivo (...) del demandante es cuestionar (...) la interpretación (...), intentando restringir los alcances y el sentido de la norma (...) la sustracción de una persona de la persecución penal, la entiende de modo limitado a la existencia de un proceso penal, cuando (...) muchos de los actos de encubrimiento se realizan sin que exista siquiera una investigación policial o fiscal (...). De otro lado, cuando dicho precepto hace referencia a las medidas ordenadas por la justicia, debe entenderse que ello está referido a la ejecución de la pena u otra medida ordenada por los órganos que la administran (...).

10. (...) debe desestimarse que (...) se haya aplicado una interpretación analógica (...), pues el supuesto planteado por el demandante y al que le da los alcances de una interpretación *a simili*, nace de la propia norma aplicada (...), lo que en modo alguno, importa la ampliación de los alcances del precepto penal.

VI. Jurisprudencia penal

31

Exp. 1688 -94-Lima, del 12/08/1994⁽³⁹⁾

Corte Suprema, Sala Penal.

El (...) extremo de la instrucción seguida (...), por el delito de Defraudación en perjuicio de la Administración Pública [Art. 246.5 del CP] (...) derogado, (...) ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente, y no siendo posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo 198 inciso 8 del Código Penal vigente por estar prohibida la aplicación de la Ley penal por analogía (...), la conducta del procesado (...) resulta atípica⁽⁴⁰⁾.

(39) ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal. Código Penal. Parte general. Parte especial. Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, pp. 79-80.

(40) La crítica por su parquedad y no relatar la conducta, impidiendo apreciar la corrección del razonamiento esgrimido. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. *Op. Cit.*, p. 226, n.m. 571.

Exp. 5339-97-B, del 17/03/1998

32

Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima,

En una sociedad comercial dedicada a efectuar préstamos de dinero, captando (...) recursos exclusivamente de sus socios accionistas (...) la restricción del universo de prestamistas, excluye la noción del 'público' exigible por el tipo penal de intermediación financiera, resultando (...) amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a (...) la prohibición de aplicación analógica.

Exp. 7455-97, del 27/05/1998

33

Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima,

Haber negado (...) entregar a la autoridad fiscal los libros de actas de la empresa (...) [es] subsumible a título de desobediencia y resistencia a la autoridad, no siendo posible por analogía calificar[lo] (...) como ocultamiento de prueba ni concurso ideal de delitos.

Exp. 8741-97-Lima, del 13/11/1998

34

Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima,

No apareciendo de la denuncia fiscal imputación concreta contra la denunciada por omisión, rehusamiento o retardo de algún acto del cargo, no puede analógicamente imputarse a título de abuso de autoridad los hechos que en la mencionada denuncia se imputan como complicidad en usurpación de funciones, menos aún si no se ha señalado cuál acto de función omitió, rehusó o retardó⁽⁴¹⁾.

Exp. 169-98, del 20/05/1998

35

Sala Mixta de Camaná-Arequipa,

Existe (...) prohibición expresa de aplicar analógicamente *in malam partem* las normas penales (como una forma de garantizar su estrictividad),

(41) Igualmente, se califica de confusa la argumentación empleada respecto de una fiscal que permitió a su esposo intervenir en el turno y posturno del despacho fiscal, estar presente cuando atendía al público y el acceso, revisión y calificación de expedientes y denuncias. La denuncia calificó la conducta de la mujer como abuso de autoridad y complicidad en la usurpación de funciones de su cónyuge; sin embargo, se trataría de un caso de insuficiencia en la determinación de los hechos y no de analogía. *Ibidem*, 227, n.m. 572.

particularmente para calificar el hecho, según indica el artículo tercero del título preliminar del Código Penal.

36

R.N. 798-2004-Lima

Primero: que si bien la pretensión (...) no se encuentra regulada ni prohibida (...) ante cualquier vacío o deficiencia de la ley, el juzgador debe recurrir a los principios generales del derecho, (...) segundo: (...) resulta imperioso la anulación de todo el proceso y su consiguiente condena, por cuanto el juicio [en el fuero militar] se realizó (...) pese a su condición de civil (...) tercero: (...) la iniciación de un nuevo proceso, no representa en sí una situación de hecho desfavorable (...) en el nuevo juicio, el colegiado deberá realizar (...) la valoración de los hechos (...) con arreglo al criterio de conciencia (...), que incluso podría comprender causas de atenuación; asimismo, (...) la solución judicial frente al conflicto de intereses —ante ausencia o deficiencia de ley—, debe ser del todo justa, sin soslayar la naturaleza sui generis de cada circunstancia particular, aplicando la dosimetría correspondiente, y no solo la regla rigurosa de analogía.

37

R.N. 1542-2004-Pucallpa

Tercero.- (...) el artículo 87 del Código Penal en su tercer párrafo prevé que en los casos de revocatoria 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. Cuarto.- que en el caso *sub examine* no se ha revocado la condena condicional (...) sino la liberación condicional (...), por lo que en aplicación de los principios de legalidad y prohibición de la analogía no puede interrumpirse la prescripción en mérito a un presupuesto no contemplado expresamente.

38

R.N. 1778-2005-Tacna

Primero: (...) cuestiona el tipo penal agravado materia de condena y señala que (...) se llegó a la convicción que no tuvo vinculación con terceras personas y, menos aún, que haya sido miembro de una organización (...) dedicada al tráfico ilícito de drogas, por lo que su conducta debe adecuarse al tipo básico (...) [Art. 296], al no encontrarse acreditada (...) pluralidad de agentes; que invoca al efecto la vigencia de los principios de legalidad, inaplicabilidad de analogía y debido proceso. Segundo: que, (...) se expidió resolución definitiva que condenó al recurrente como autor de la modalidad agravada del delito de tráfico ilícito de drogas (...); que en dicha sentencia se condenó también a [otra procesada] (...) (Art. 296) y posteriormente fue impugnada por el recurrente [que

se] (...) declaró inadmisible (...) por fundamentación extemporánea. Tercero: que (...) el órgano jurisdiccional no puede hacer una recalificación de la conducta objeto de acusación en la forma que postula el recurrente en tanto que la tipicidad declarada en el fallo fue una decisión juzgada a la luz del caudal probatorio que sirvió para sustentarlo en el curso del proceso, tanto más si el artículo 6, 2º párrafo, del Código Penal solo autoriza la sustitución de pena en los supuestos de retroactividad benigna taxativamente establecidos en la ley penal sustantiva.

R.N. 1823-2005-Huancavelica

39

Tercero.- (...) [las] dos cartas con símbolos terroristas donde amenazaban de muerte al agraviado si no les hacía entrega del dinero (...) solo fueron instrumentos para (...) [el] delito de extorsión mas no de terrorismo, (...) pretendieron simular (...) [que] eran de Sendero Luminoso, con el objeto de lograr el citado delito, por lo que su conducta no se adecúa al presupuesto del delito de terrorismo al no haberse demostrado con certeza el vínculo (...) con el (...) grupo subversivo: máxime si a través de las citadas cartas no se ha provocado zozobra en la población o a un sector de ella, no pudiendo aplicarse analogía alguna en el hecho de haberse provocado zozobra en el agraviado (...) y su entorno familiar, ya que la norma es taxativa y no admite analogía *in faz negativa*;

R.N. 2724-2005-Lambayeque

40

Primero: (...) el citado recurrente (...), postula que la pena máxima del delito materia de juzgamiento es de ocho años de pena privativa de libertad al ser el *quantum* mínimo fijado por el texto primigenio del Código Penal, vigente a la época de los hechos, por posibilitarlo así los principios de legalidad, prohibición de la analogía *in malam parte*, igualdad material, favorabilidad y combinación de leyes, por lo que la acción penal se encuentra prescrita extraordinariamente. Segundo: que, conforme aparece de los términos del auto apertura de instrucción (...) y de la acusación fiscal (...), se imputa (...) delito (...) [de] violación de la libertad sexual en agravio de la menor m.y.c.m de trece años de edad, (...) en su condición de padastro (...) y que fueron puestos a conocimiento de la autoridad policial por su padre (...), verificándose según el examen ginecológico (...) que presentaba desgarros del himen y gestación de quince semanas. Tercero: que tanto el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal como el último párrafo del citado dispositivo legal en sus versiones primigenias, establecieron penas privativas de libertad no menores de 5 y 8 años, respectivamente, y omitieron señalar el máximo de dichas penas;

que la Ley N° 26293, promulgada en el curso del proceso, modificó el precitado artículo y estableció para ambas circunstancias una pena privativa de libertad no mayor de 15 y 20 años, respectivamente; que si bien tal normativa fue derogada, resulta de aplicación para fijar el término ordinario de la prescripción por resultar más favorable para el imputado frente a las demás disposiciones modificatorias posteriores, según lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política y el artículo 6 del Código Sustantivo. Cuarto: que, en esa perspectiva, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 80 y 83 del acotado código, desde la época de los hechos a la actualidad aún no se ha suscitado la acción liberadora del tiempo.

41 R.N. 3571-2006-Lima

Primero: (...) argumenta (...) [que] no se ha pronunciado sobre los argumentos de defensa, respecto de la disconformidad entre las imputaciones del Ministerio Público y de la juez penal, así como la indebida aplicación de la analogía en materia penal (...). Tercero: el encausado sostiene que los hechos imputados (...) no constituyen delito, pues en su calidad de director de la Oficina Técnica de Planificación y Presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional no ha percibido, administrado ni custodiado caudales o efectos públicos, por tanto al no existir la posibilidad de apropiarse no puede su conducta tipificarse en el artículo 387 del Código Penal (...). Cuarto: (...) no se advierte tal disconformidad pues el operador jurisdiccional (...) ha efectuado un correcto juicio de tipicidad (...) el encausado (...) en su condición de director de la oficina Técnica de Planificación y Presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional habría concertado voluntades con sus demás coencausados (...) funcionarios de la misma institución pública (...), con el objeto de apropiarse de fondos del sistema de inteligencia nacional.

42 R.N. 5134-2006-Lima

Según el artículo [425.3 del CP, modificado por Ley N° 26713], se consideran funcionarios o servidores públicos a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo contractual de cualquier naturaleza con un organismo público y que en virtud de ellos ejerce funciones en dichos organismos (...), en el caso de autos (...) en función a un contrato con el Estado (...) realizaba funciones de supervisión que un órgano público –Provias Rural– (...) [por] título contractual (...), en consecuencia (...), es de aplicación el artículo [27 del CP] (...) del actuar en nombre de otro, (...) en esa calidad (...) solicitó dinero y lo obtuvo para realizar un acto en violación de sus obligaciones; que la invocación de ese dispositivo en

nada configura un supuesto de analogía prohibida, pues se trata de una (...) cláusula de extensión de la autoría, que permite considerar autores a quienes en principio no lo puedan ser por adolecer de un elemento (...).

Queja 190-2005-A-Arequipa

Primero: (...) cuestiona (...) [que] no se demostró que la conducta que se le atribuye ocasionó algún perjuicio patrimonial, como porque se aplicó los artículos 92 y 93 del Código Penal cuando dichas normas están referidas a la reparación civil, utilizando incluso la analogía. Segundo: que, (...) la sentencia de vista ha cumplido con valorar las circunstancias del caso y en su configuración ha tenido presente la exigencia típica del perjuicio patrimonial, así corrió que la mención a los artículos 92 y 93 está referida a la reparación civil; que, por consiguiente, no existen motivos fundados para estimar (...) que se vulneró el principio (...) de legalidad penal (...).

Queja 802-2006-Arequipa

Agrega que erróneamente se otorga la calidad de documento público a los formularios registrales de Cofopri, pese a que su naturaleza es privada, y que se infringió el principio de inaplicabilidad de la analogía (...) al aplicarse una sentencia del Tribunal Constitucional en forma errónea. (...) [en] el documento (...) expedido por Cofopri (...) se celebraron (...) actos jurídicos que se inscribieron en el Registro Predial Urbano, por lo que tiene la naturaleza de instrumento público, en la medida en que la firma de los contratantes es certificada por un abogado (...) inscrito en el registro de la citada institución y verifica la legalidad de las firmas de las personas que lo suscriben. (...) cuarto: (...) la sentencia del Tribunal Constitucional invocada (...) (1230- 2002-HC/TC) (...) hace referencia al proceso de inconstitucionalidad (...) seguido por el Colegio de Notarios (...) de Lima y por los colegios notariales de los distritos notariales del Callao y de Arequipa respecto al segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N° 27655, que creó el registro de predios a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, y estableció las funciones a cargo de dichas instituciones; que, por tanto, su mención es pertinente para el presente proceso en tanto se cuestiona la validez y el acto jurídico contenido en un formulario registral.

VII. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*. 2ª edición. Palestra, Lima, 2003; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de*

investigación en el proceso penal. Dykinson, Madrid, 2003; ARMAZA GALDÓS, Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando, *La decisión judicial*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª reimp. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; HASSEMER, Wilfried. “¿Palabras justas para un Derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”. En: *Revista Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos* N° 35, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte especial 1. Homicidio*. 2ª edición. Juris, Lima, 1995; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1995; JAKOBS, Günther. La autoría mediata en instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Losada, Buenos Aires, 1964; MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco, *Ratio Interpretandi*. Universidad Ricardo Palma, Lima, 2003; PAREDES VARGAS, César, *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991 su aplicación por los juzgados y salas penales de Junín*. Disponible en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Human/Paredes_v_c/cap6.htm>; PÉREZ MORALES, Mónica Galdana, *Correlación entre acusación y sentencia*. Comares, Granada, 2002; RODRÍGUEZ DEvesa, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*. 9ª edición. Dykinson, Madrid, 1985; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal. Código penal. Parte general. Parte especial. Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1997; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel, *La analogía en el Derecho penal*. Grijley, Lima, 2007; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel, “La atenuante analógica de dilaciones indebidas en el Derecho penal peruano”. En: *Jus Doctrina y Práctica*, Grijley, Lima, mayo 5, 2008; URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte, Lima, 2000; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998; ZAFFARONI, Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

§ IV Principio de lesividad

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE
Universidad de Gerona
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. ¿Protección de la vigencia de la norma o protección de bienes jurídicos?	1	99	1. Bienes jurídicos micro y macrosociales	17	104
II. Consecuencias político-criminales	7	101	III. Consecuencias dogmáticas	20	105
			IV. Conclusiones	35	110
			V. Bibliografía	48	111

§ IV.- Principio de lesividad

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

I. ¿Protección de la vigencia de la norma o protección de bienes jurídicos?

El CPP con el artículo IV se ha desmarcado claramente de las posiciones que a partir del funcionalismo sistémico defiende G. JAKOBS⁽¹⁾. Según este autor, el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que antes que nada garantiza la vigencia de la norma y las normas garantizan a su vez la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol. De esta forma, sostiene JAKOBS, el que lleva a cabo un comportamiento prohibido abandona su rol. El juez que prevarica no lesiona un bien jurídico, sino que al abandonar su rol de juez traiciona la expectativa que se tiene de él de que va a dictar resoluciones justas. La infracción de un rol, la decepción frente a la expectativa social de que la persona va a actuar conforme a su rol, señala JAKOBS, es lo primario y no la lesión de un bien jurídico. Critica a la teoría del bien jurídico porque, según lo entiende él, caracteriza a las personas por la posesión de un bien y porque la sociedad no puede ser representada por la suma de bienes jurídicos.

Desde luego, lo que es evidente es el estricto normativismo del planteamiento de JAKOBS y, por tanto, su posición acrítica frente al Estado, frente a

(1) JAKOBS, G., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*

la sociedad, cualquier sociedad, en definitiva⁽²⁾. El jurista, según JAKOBS, ante un sistema social dado no entra a cuestionarse su legitimación ni si el modelo es justo o injusto, problemas que serían ajenos al Derecho penal. Lo principal es la construcción de un modelo coherente, sin contradicciones, donde cada una de las piezas encaje perfectamente. Y en este sentido no puede negarse que a partir de su concepción de la infracción de la norma como el abandono de una expectativa que deriva de nuestros roles sociales, logra construir dicho modelo, pero al mismo tiempo inaceptable por su visión del hombre como sometido al sistema social, por tanto, como objeto dentro de él, y no como actor de los procesos sociales. Todo lo que el modelo puede tener de coherencia sistemática lo pierde en consistencia política. Su modelo, en definitiva, es un modelo cerrado en que al Derecho no le cabe otra función que garantizar su incolumidad.

3 Su concepción de bien jurídico, así como su visión de la sociedad como una suma de todos los bienes jurídicos que serían preexistentes al sistema y en la cual los hombres serían poseedores de bienes jurídicos, aparece construida a su medida, a propósito para cuestionarla y proclamar sobre las ruinas la bondad de su modelo. Desde luego, la teoría del bien jurídico no es una teoría de la sociedad ni nunca ha pretendido serlo. En consecuencia, resulta falso sostener que esta teoría representa a la sociedad como la suma de todos los bienes jurídicos. Tampoco una teoría del bien jurídico puede dar una imagen del hombre como poseedor de bienes jurídicos. Esta perspectiva significaría una subjetivización y patrimonialización de los bienes jurídicos y, por tanto, la obligación de tener que destacar la disponibilidad de ellos por parte de los sujetos y una desmesurada capacidad para la exclusión del injusto al consentimiento. Tampoco resulta admisible, como lo hace JAKOBS, pretender que los bienes jurídicos son preexistentes al sistema penal. Ello sería tanto como señalar el carácter ontológico, por tanto, de verdad revelada, a las normas penales.

4 La teoría del bien jurídico, desde luego, cumple una función de límite del Derecho penal, en la medida que permite constatar que su protección no es fuente de desigualdad ni de discriminación, ello solo se puede hacer posible a partir de la identificación de la relación social concreta protegida de que se trate. En este sentido, la teoría del bien jurídico se presenta como una teoría abierta, pues no solo puede legitimar la presencia de una determinada norma, sino también al mismo tiempo cuestionarla. Ha sido precisamente este carácter abierto del concepto el que ha permitido que determinadas normas que

(2) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 2005.

en algún momento aparecieron como legítimas, hoy aparezcan anacrónicas e incompatibles con el Estado social y democrático de derecho. Piénsese, sin ir más lejos en el delito de adulterio. La visión de bien jurídico que tiene JAKOBS es puramente formal, tan formal como es su sistema normativo. En cambio, una teoría del delito construida a partir de un concepto material de bien jurídico permite fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no sobre la mera desobediencia de la norma, como en último término viene a plantear JAKOBS.

Con el artículo IV del Código Penal peruano (en adelante CPP) ha quedado consagrado el principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material. La incorporación de estos principios implica importantes consecuencias político-criminales y dogmáticas. Político-criminales al condicionar *de lege ferenda* que la creación de nuevos tipos penales sea para proteger bienes jurídicos y dogmáticas al condicionar que la consumación de un delito implique la afectación del bien jurídico protegido.

A continuación, en párrafos separados nos referiremos a estos dos tipos de consecuencias.

II. Consecuencias político-criminales

Desde una perspectiva político-criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración contenida precisamente en el Título Preliminar “Principios Generales”, tendrá necesariamente que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico. De ahí que sea de la máxima importancia tener a la vista un concepto que junto con definirnos lo que es un bien jurídico, nos permita señalar si un determinado objeto protegido por la norma es o no un bien jurídico, es decir que nos permita señalar fundada y racionalmente aquellos casos en que la norma no está protegiendo un bien jurídico.

En la década de los setenta, JÄGER señaló que la moral sexual no podía ser considerada un bien jurídico y, por tanto, que no podía ser objeto de protección penal. Fundamentó su propuesta, que hoy está ampliamente aceptada, en el hecho de que la moral, en definitiva, una determinada visión del mundo, es una cuestión puramente personal y que puede o no ser compartida, que hay otras perspectivas respecto de la sexualidad tan merecedoras de protección como las otras. Por tanto, sostuvo, proteger con el recurso del Derecho penal

la moral sexual significa arbitrariedad y otorgar privilegios incompatibles con el principio de igualdad⁽³⁾.

- 9 De esta manera, el concepto de bien jurídico adquirió un carácter negativo en el sentido de establecer un límite al *jus puniendi* estatal, el legislador no podrá penalizar sino conductas que protejan bienes jurídicos, es decir, según la doctrina dominante, “las condiciones de una vida social pacífica en común”⁽⁴⁾.
- 10 Está claro, y en esto hay consenso, que la moral sexual no puede ser objeto de protección del Derecho penal, pero evidentemente rescatar el concepto de bien jurídico solo para este propósito constituye una meta bastante pobre. Por su parte, las definiciones de bien jurídico como “condiciones de la vida social en común”⁽⁵⁾, “interés jurídicamente protegido”⁽⁶⁾ o “estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones”, poco nos ayudan a distinguir lo que es un bien jurídico de lo que no lo es.
- 11 Si partimos del hecho indiscutible que “vida”, “libertad” y “salud”, por ejemplo, son sin lugar a dudas bienes jurídicos y, por tanto, merecedores de protección penal, un concepto material de bien jurídico tiene que poder explicarnos qué es lo que se protege más allá del valor biológico que tienen la vida y la salud, y el valor político que tiene la libertad.
- 12 BINDING decía que el legislador junto con crear la norma creaba el bien jurídico^{(7) (8)}. Con ello evidentemente no ponía ningún límite a la actividad del legislador, pero sí ponía el concepto de bien jurídico en relación con la norma. Las normas van dirigidas a personas y les previenen que si llevan a cabo determinados comportamientos u omiten otros, el Estado reaccionará con la imposición de una pena. Dicho de otra forma, y si se quiere, visto desde otra perspectiva, el Estado le está diciendo a las personas que en sus conflictos con otros hay ciertos y determinados comportamientos que no pueden llevar a cabo o que no deben omitir por el riesgo que significan para determinados bienes que estima valiosos, como la vida, la salud o la libertad, para seguir con los ejemplos propuestos anteriormente. Si se observa detenidamente

(3) JÄGER, H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologischer Untersuchung*, p. 29 ss.

(4) JAKOBS, G., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Op. Cit., p. 9.

(5) AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 361 ss.

(6) VON LISZT, F., “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft”. En: *ZStW* T. VIII, p. 134 ss.

(7) WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”. En: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 184.

(8) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*.

estos objetos de protección, lo están siendo en relación con comportamientos de otros, esto es, de otras personas. Entonces, estos valores, aparte de los valores biológicos y políticos que hemos señalado, tienen valor como *relaciones sociales* concretas, es decir, como relaciones entre personas. La vida no es solo un valor biológico, sino también una relación social y cuanto a tal está protegida por el Derecho penal. Lo mismo sucede con la salud y la libertad. El Derecho penal solo puede protegerlos en cuanto relaciones sociales concretas que surgen de la propia sociedad que es la que determina qué relaciones sociales concretas son merecedoras de protección en un Estado Social y Democrático de Derecho.

De esta manera, el concepto de bien jurídico alcanza su dimensión material. Frente a un determinado objeto de protección hay que entrever cuál es la relación entre personas que se está protegiendo y cuál es la posición de esas personas dentro de esa relación y de la relación social global. En este sentido, resulta inadmisibles que se defina como delito el adulterio y loable que en el artículo 17 se condicione el castigo de la tentativa a la puesta en peligro del bien jurídico. Con ello se ha dejado acertadamente sin castigo la tentativa supersticiosa y la absolutamente imposible⁽⁹⁾. 13

El principio del bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos delitos en los que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa. Con la presunción de peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico y, por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad *ex ante* de la acción para el bien jurídico protegido. 14

De ahí que resulte criticable el tipo penal contenido en el artículo 274 CPP que castiga la conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Como puede observarse, en este tipo penal se está penalizando una situación social de peligro creada por el que lleva a cabo alguna de las acciones típicas de “conducir, operar o maniobrar vehículo motorizado (...)”. Basta con que el sujeto lleve a cabo el comportamiento para que se presuma un peligro en abstracto, no para un bien jurídico determinado, pues el tipo penal no lo exige. Sin embargo, a nuestro juicio, el artículo IV CPP obligaría al juez a considerar dentro de las exigencias típicas un peligro concreto para la vida o salud de las personas y, por tanto, a la acusación a acreditar esta exigencia. 15

(9) En cambio, la tentativa relativamente imposible, de acuerdo con el texto del artículo 20 del CPP, sería, a nuestro juicio, punible.

- 16 En el mismo caso podría encontrarse el artículo 279 CPP que castiga a “el que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones, o materiales explosivos, inflamables o tóxicos (...)”. Estos delitos se encuentran en el Título XII “Delitos contra la seguridad pública”, Capítulo I “Delitos de peligro común”. La presencia de estos preceptos nos coloca en la situación y en la necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre los llamados bienes jurídicos colectivos.

1. Bienes jurídicos micro y macrosociales

- 17 Erróneamente, a nuestro juicio, la doctrina ha clasificado los bienes jurídicos en individuales y colectivos, según la titularidad de los mismos y según si el interesado en su conservación es una persona individual o el colectivo social. Este punto de partida da una idea falsa del bien jurídico, pues pareciera que respecto de los individuales existiera una suerte de disponibilidad que no se daría en los colectivos⁽¹⁰⁾. Esta clasificación parte de criterios patrimonialistas que no son asumibles en Derecho penal. La incolumidad de un bien jurídico individual, la vida, por ejemplo, no solo es de interés de la víctima, sino de la colectividad toda y, más precisamente, del propio sistema social. Un modelo de sociedad como el actual se define por garantizar la vida, la salud, la libertad, el patrimonio etc., bienes jurídicos que tendrían, de acuerdo con la definición tradicional, el carácter de individuales. Esta perspectiva no indica la complejidad de lo que realmente son los bienes jurídicos. Si decíamos que eran relaciones sociales concretas, las relaciones a que se refieren estos bienes jurídicos son relaciones concretas de carácter microsocioal, cuya incolumidad es necesaria para la propia existencia del sistema social. Sin vida, libertad, salud y patrimonio garantizados, no podría existir una sociedad de mercado. En cambio, los llamados bienes jurídicos colectivos están referidos a relaciones de carácter macrosocioal que están en una relación teleológica con los bienes jurídicos microsociales. De este modo, por ejemplo, cuando el sistema penal protege el medio ambiente o la seguridad del tráfico rodado tipificando conductas que puedan significar un peligro para estos bienes jurídicos, está estableciendo una barrera de protección para los riesgos que significan para la salud y la vida la contaminación o la conducción temeraria de un vehículo de motor.
- 18 De este modo, estos delitos son verdaderos delitos de lesión en los que para su consumación se exige la producción de un resultado de lesión del bien

(10) Por ejemplo, parte de la doctrina suele fundamentar la eficacia del consentimiento de la víctima solo respecto de bienes jurídicos individuales.

jurídico que debe ser la plasmación del riesgo creado por el autor con la realización típica.

A nuestro juicio, no son asumibles las tesis de KINDHÄUSER⁽¹¹⁾ ni la de ZIES- 19
CHANG⁽¹²⁾. El primero de estos autores señala que en los delitos de peligro abstracto se protege un bien jurídico de nivel superior, un bien jurídico de primer orden que es la seguridad colectiva. Este planteamiento lleva a un nivel de abstracción el concepto de bien jurídico que prácticamente lo hace desaparecer. ZIESCHANG, por su parte, desarrolla el concepto de “conducta concretamente peligrosa”, siendo esta la que crea una situación concretamente peligrosa que es un estadio previo de un peligro concreto que produce un resultado que es dañoso. En definitiva, ambos planteamientos se alejan del principio de protección de bienes jurídicos y, en lugar de criticar los delitos de peligro abstracto, vienen a legitimar su presencia en los CP, pero alejándose del principio del bien jurídico.

III. Consecuencias dogmáticas

El artículo IV CPP produce también consecuencias dentro de la teoría del 20
delito. Si partimos de la base de que la teoría del delito no es otra cosa que una propuesta metodológica que permite de forma racional, coherente y consistente el examen de un presupuesto de hecho a fin de establecer si su autor o autores son responsables criminalmente, necesariamente hay que convenir que la introducción del principio del bien jurídico debe conducir a un replanteamiento del contenido de cada uno de los momentos del injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuridicidad⁽¹³⁾.

Los tipos penales no hacen otra cosa que señalar formas concretas de infrac- 21
ción de la norma de instrucción. En su esencia valorativa son exactamente desvalores, esto es, situaciones que rechaza la sociedad de que se trate. Pero este

(11) KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat*, p. 200 ss.

(12) ZIESCHANG, F., *Die Gefährdungsdelikte*, p. 52.

(13) A esta conclusión solo se puede llegar si se conviene que el sistema normativo está compuesto, de una parte, por normas o reglas de instrucción dentro de las cuales hay que distinguir entre prohibiciones y mandatos; y, por la otra, por normas o reglas de reconocimiento. A otra propuesta tienen que llegar los que afirman que el ordenamiento solo está constituido por imperativos y que las reglas permisivas no tienen existencia independiente y solo condicionan la existencia de los imperativos. Nosotros, por nuestra parte, en lugar de imperativos preferimos hablar de normas de instrucción, ya que informan sobre cuáles son los medios con los que una persona no debe resolver sus conflictos sociales, y normas de reconocimiento, ya que lo que hacen es señalar situaciones en las cuales una persona puede resolver un conflicto lesionando un bien jurídico ajeno sin consecuencias penales.

juicio de desvalor se formula no a partir de un referente ético o moral que en definitiva podría llevar a la arbitrariedad, pues el juez lo haría conforme a sus propias convicciones éticas o morales, sino a partir del bien jurídico protegido por la norma.

22 En efecto, es el bien jurídico el que le da contenido material al injusto. A diferentes niveles, le da al mismo tiempo contenido material a la tipicidad y a la antijuridicidad. El tipo penal constituye la primera valoración del hecho. En el momento de la tipicidad, se trata de establecer a través de un juicio de atribución si la situación social concreta creada por el autor con su hecho es atribuible a la que en forma abstracta y genérica se encuentra contenida en el tipo penal. El autor de la acción típica ha de actuar en la situación social concreta expresada en el tipo penal y su actuación para que sea típica, llevada a cabo con los demás condicionamientos típicos, ha de significar una situación de riesgo para el bien jurídico. En otras palabras, la acción llevada a cabo ha de ser peligrosa. Esta peligrosidad el intérprete la ha de valorar *ex ante* de acuerdo con criterios de posibilidad: será peligrosa aquella acción que tiene más posibilidades de producir el resultado prohibido.

23 El tipo penal prohíbe acciones, si se trata de delitos de acción, o manda realizar acciones, si se trata de delitos de omisión, que o bien producen una situación de peligro para el bien jurídico o bien no interrumpen una situación de peligro preexistente cuando el autor tiene el deber jurídico de actuar en los términos del artículo 13 CPP si se trata de un delito de omisión impropia, o del respectivo tipo penal si se trata de un delito de omisión propia.

24 De esta forma, la tipicidad de la acción se ha de determinar conforme al riesgo que ha creado al bien jurídico de que se trate. La tipicidad de la conducta mandada omitida se ha de determinar según si la acción concreta mandada y omitida tenía capacidad para neutralizar el peligro preexistente. En los delitos de acción de medios indeterminados, esto es, en aquellos en que la acción prohibida se expresa a través de verbos desinientes, esto es, de aquellos en que el sujeto tiene que llevar a término la acción prohibida, por ejemplo, matar o lesionar, la acción típica se determinará conforme a si esa acción es capaz de producir un riesgo de muerte o de lesión del bien jurídico vida, por ejemplo, la acción de poner azúcar en el café de una persona creyendo que es veneno puede ser subjetivamente, según la creencia del autor, una acción de matar, pero no lo será objetivamente, pues no representa un peligro para el bien jurídico. Del mismo modo, esta conducta será, conforme a criterios éticos sociales, rechazable, pero no será típica, pues no es objetivamente peligrosa.

Como puede apreciarse, es el bien jurídico el que le da contenido material a la tipicidad. Por eso creemos que la coherencia con el artículo IV CPP exige que el artículo 16 CPP se interprete en el sentido de condicionar la punibilidad de la tentativa a la presencia de actos ejecutivos que *pongan en peligro el bien jurídico*. En otras palabras, esto quiere decir, como por lo demás lo confirma el artículo 17 CPP, que no están prohibidas penalmente, por lo tanto, son atípicas, las acciones que no tienen probabilidad alguna de producir el resultado, esto es, las acciones inidóneas, así como tampoco aquellas que siendo idóneas no producen un riesgo para el bien jurídico por no existir este. Tal sería el caso del que dispara a un cadáver. La acción de disparar puede ser valorada *ex ante* como peligrosa, pero solo si va dirigida a una persona viva, no a un cadáver.

Bajo el abanico de la exigencia de peligrosidad de la acción para el bien jurídico, surgen supuestos específicos de atipicidad, aparte del señalado anteriormente. Serán atípicas todas las acciones que, aunque causen un resultado sin embargo, este ha surgido como consecuencia de una acción destinada a disminuir el riesgo. Tal sería el caso del empujón que una persona le da a otra para evitar que caiga en un abismo con riesgo para su vida, pero que como consecuencia del empujón sufre una lesión. También dentro de esta categoría caen todos aquellos supuestos en los que si bien el sujeto crea un riesgo para un bien jurídico, este riesgo se encuentra permitido por la relación social. Por ejemplo, la fabricación de automóviles. Dentro de esta categoría también se pueden señalar todos aquellos supuestos en que el riesgo creado es insignificante, esto es, un riesgo que no produce desde un punto de vista material una conmoción tan significativa del bien jurídico que haga necesaria la pena⁽¹⁴⁾.

De esta forma, la determinación del injusto surge después de dos valoraciones del hecho. En la primera valoración se trata de establecer la atribución del hecho al tipo penal. En esta primera valoración se trata de establecer si concurren todas las demás exigencias típicas, en un juicio *ex ante* el carácter socialmente desvalorativo de la situación creada por la acción del sujeto. En este juicio de desvalor juega un rol importante el desvalor de la acción que estará determinado por su probabilidad de producir el resultado típico, esto es, por su peligrosidad.

(14) Este autor, al poner —también sus seguidores— solo el acento en el desvalor de resultado e ignorar el desvalor de acto y al adherir a una definición de delito donde tipicidad y antijuridicidad conforman un solo elemento, lisa y llanamente señala que ausencia de riesgo, disminución del riesgo etc., son causas que no permiten la imputación objetiva del resultado a la acción. Ver ROXIN C., *Derecho penal. Parte General I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*.

- 28 Superado este primer juicio valorativo en el que de la complejidad del hecho solo se han tomado en cuenta aquellos aspectos que son típicamente relevantes, el hecho en su globalidad ha de superar un segundo juicio que es el de la antijuridicidad. En esta segunda valoración se toman en cuenta otros aspectos del hecho que para la tipicidad no eran relevantes. En primer lugar, si el peligro para el bien jurídico creado por el autor se plasmó en un resultado efectivo, y en segundo lugar, si al hecho típico acompañaron otros hechos o circunstancias que se correspondan con las exigencias de una causa de justificación.
- 29 Respecto del primer problema se ha de tener en cuenta que en la determinación de la tipicidad simplemente se tomó en cuenta el peligro creado por el autor y que ha sido establecido mediante un juicio *ex ante*. Ahora en la antijuridicidad se trata de establecer mediante un juicio *ex post* si ese peligro creado se plasmó en una afección del bien jurídico. La afección puede ser bien de lesión efectiva del bien jurídico, lo que sucede en los delitos de lesión, o bien de peligro para el bien jurídico, lo que sucede solo en los delitos de peligro concreto⁽¹⁵⁾. Es, en consecuencia, la naturaleza de la prohibición la que establecerá el momento de la consumación del delito, esto es, si se consuma con la lesión efectiva del bien jurídico o bien simplemente con la puesta en peligro. Pero, cualquiera que sea el nivel de la consumación, el hecho cuya probabilidad de afección al bien jurídico ya se ha establecido en un juicio *ex ante* debe pasar por el juicio *ex post* de si el resultado es el producto del riesgo creado. Dicho de otra forma, si se ha dado la antijuridicidad material que exige el artículo IV CPP, y esta antijuridicidad material solo se dará si el resultado es imputable objetivamente al riesgo creado.
- 30 La antijuridicidad material, que es el resultado de la imputación objetiva del resultado al riesgo creado, es especialmente importante. No se trata de que simplemente exista una relación causal entre la acción del sujeto y el resultado, siempre la habrá, sino que es necesario que ese resultado pueda imputarse objetivamente a la acción de riesgo creada por el sujeto. Así, por ejemplo, los supuestos que suelen ser abarcados con el criterio del *dolus generalis* se han de resolver conforme a los criterios de imputación objetiva aquí expuestos. Tal sería el caso del que arroja a una persona del tren creyendo que la ha matado previamente de un golpe y muere posteriormente de frío.
- 31 En estos casos, la teoría de la equivalencia de las condiciones nunca nos va a señalar que un hecho, en este caso la muerte de la persona, no está vinculado

(15) En los delitos de peligro abstracto que, como hemos dicho, son incompatibles con el principio del bien jurídico esta exigencia no es necesaria, pues en ellos el peligro simplemente se presume.

causalmente a la acción del sujeto. Es, por lo tanto, en la medida que con ella nunca se puede señalar que un resultado está vinculado causalmente con una acción, un criterio que no sirve para establecer si el resultado de lesión del bien jurídico fue objetivamente la plasmación de su realización típica. Vincular la realización típica con la lesión del bien jurídico no es un problema que pueda ser resuelto con criterios propios de las ciencias de la naturaleza, sino con criterios de inteligibilidad. A estos criterios recurrió como buen neokantiano HONIG cuando planteó que solo era imputable objetivamente aquel resultado que podía ser pensado como conforme al objetivo⁽¹⁶⁾. Este autor en esta fórmula recoge los planteamientos de KANT sobre los *noumena*. El mundo nouménico de KANT no puede ser percibido por nuestros sentidos y, por eso, las cosas que en ese mundo residen solo pueden ser aprehendidas intelectualmente. HONIG quería ofrecer una alternativa a la causalidad que tiene lugar en la realidad física.

La teoría de la causalidad adecuada respecto a la fórmula de HONIG, que 32 constituye un criterio general y por lo mismo demasiado amplio, nos ofrece un criterio de inteligibilidad complementario y reductor. Conforme a ella, sería imputable objetivamente ese resultado del cual un observador externo inteligente pueda pronosticar *ex ante*, esto es, colocándose en el lugar del autor en el momento de la acción, que esta es adecuada para producir el resultado o existen probabilidades de que se produzca, conforme a la experiencia.

De esta forma y de acuerdo con lo expuesto, tanto el desvalor de acción 33 (que se expresa dentro de un más amplio desvalor situacional típico) y el desvalor de resultado, ambos determinados en relación con el bien jurídico protegido, constituyen el fundamento material del injusto penal. Esto quiere decir que a la pregunta de por qué un comportamiento es valorado como un injusto penal, en el ámbito de la teoría del delito se ha de responder que lo es porque es un comportamiento que afecta a un bien jurídico⁽¹⁷⁾. JAKOBS diría que porque ha infringido la norma y con ello ha frustrado una expectativa.

Habiéndose constatado que el resultado de afección al bien jurídico es 34 la plasmación de la realización típica, se ha dado cumplimiento al principio de lesividad o de antijuridicidad material a que se refiere el artículo IV CPP.

(16) HONIG, R., "Kausalität und Objektive Zurechnung". En: *Frank Festgabe*.

(17) Es obvio que esta respuesta tiene una validez relativa. Político-criminalmente esta respuesta es insuficiente.

IV. Conclusiones

- 35 a) Con el artículo IV en el CPP se ha ratificado con apoyo en la ley el principio del bien jurídico.
- 36 b) La incorporación de este principio tiene consecuencias político-criminales y dogmáticas.
- 37 c) Entre las consecuencias político-criminales hay que señalar la exclusión del ámbito de la protección penal de objetos que no sean bienes jurídicos.
- 38 d) Para poder establecer si un objeto jurídicamente protegido es o no un bien jurídico, es necesaria una definición material de bien jurídico.
- 39 e) Materialmente un bien jurídico es una síntesis normativa de una relación social concreta. La norma penal protege relaciones sociales concretas que tienen su origen dentro de la relación social global.
- 40 f) La definición material de bien jurídico al identificar la posición de las personas dentro de la relación social permite valorar si el objeto protegido es o no bien jurídico, en definitiva si es merecedor de protección. Por eso no puede ser objeto de protección la moral, pues en la medida que se corresponde con una visión particular del mundo y, por tanto, no general, su protección constituiría una discriminación de algunas personas y fuente de arbitrariedad.
- 41 g) Desde la perspectiva político-criminal no es posible penalizar la tentativa absolutamente inidónea ni tampoco establecer delitos de peligro abstracto.
- 42 h) El principio del bien jurídico tiene consecuencias dogmáticas en el injusto.
- 43 i) La determinación de la tipicidad requiere que *ex ante* pueda llegar a establecerse que el autor con su comportamiento creó un riesgo para el bien jurídico. Por tanto, en la medida que los tipos penales establecen desvalores situacionales, en el centro de este juicio valorativo se encuentra el desvalor de acto.
- 44 j) A partir de la exigencia de un desvalor situacional surgen causas de atipicidad como el riesgo permitido o la disminución del riesgo.
- 45 k) En la antijuridicidad se ha de analizar si el resultado valorativo de afectación al bien jurídico producido es la plasmación de la realización típica del autor, o sea, si el resultado puede ser imputado objetivamente a la realización típica.
- 46 l) Para la imputación del resultado debe descartarse la teoría de la equivalencia de las condiciones y, en su lugar, se ha de partir del criterio de inteligibilidad formulado por HONIG.

m) No obstante, este criterio de inteligibilidad es genérico y necesita especificaciones, como, por ejemplo, el criterio que ofrece la teoría de la causalidad adecuada. 47

V. Bibliografía

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum, Frankfurt, 1972; BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*. Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1916; HONIG, Richard, “Kausalität und Objektive Zurechnung”. En: *Frank Festgabe*, Tübingen, 1930; JÄGER, Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologischer Untersuchung*. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1957; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 2005; JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; KIND-HÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Tomo I. Civitas, Madrid, 1997; VON LISZT, Franz, “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft”. En: *ZStW* T. VIII, 1988; WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”. En: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín, 1976; ZIESCHANG, Frank, *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot, Berlín, 1998. 48

§ V Principio de jurisdiccionalidad de las penas

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	113	2. Juez competente y juez natural	13	119
II. Garantía jurisdiccional de carácter material	4	115	IV. Garantía jurisdiccional de carácter penitenciario	22	123
III. Garantía jurisdiccional de carácter procesal	9	117	V. Bibliografía	29	125
1. Juicio ordinario	9	117			

§ V. Principio de jurisdiccionalidad de las penas

“Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”.

I. Introducción

De lo regulado por el artículo V del Título Preliminar del Código Penal de 1991 se infiere que el principio de jurisdiccionalidad de las penas constituye una síntesis de todas las garantías legales a las que están sujetas la imposición y la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. En tal sentido, este principio viene a constituir el candado o cierra puertas de la vigencia del principio de legalidad tanto en el ámbito del Derecho penal material como en el terreno del Derecho procesal penal y del Derecho penitenciario. Al respecto, MAPELLI CAFFARENA refiere que: “[L]a vinculación al principio de legalidad no es solo una garantía del Estado de Derecho, sino una forma de asegurar la coherencia de todo el sistema penal frente a sus propios fines y principios, por lo que el Juez no hace sino continuar la labor iniciada por el legislador de cara a individualizar las consecuencias jurídicas del delito de acuerdo con los criterios de prevención (...)”⁽¹⁾. De esta manera, el principio acotado garantiza que nadie sea sometido a la imposición de una pena (o medida de seguridad) sino

(1) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 243-244.

en virtud de una **sentencia firme, dictada por el juez o tribunal competente en un juicio seguido con todas las garantías establecidas en la ley**⁽²⁾.

2 Esta perspectiva del principio de jurisdiccionalidad goza de un gran reconocimiento doctrinal. Así, en la doctrina nacional VILLA STEIN —en clara referencia al papel que cumple el principio de jurisdiccionalidad— sostiene que el principio de legalidad se materializa cuando en el plano procesal solo se acepta que las penas o medidas de seguridad se impongan por jueces conforme a ley⁽³⁾. En términos similares, MIR PUIG postula que la garantía jurisdiccional del principio de legalidad exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial⁽⁴⁾. Así, el principio de jurisdiccionalidad de las penas y las medidas de seguridad —al margen de representar la materialización del principio de legalidad— consiste en una actividad jurisdiccional por medio de la cual el órgano judicial competente selecciona una pena y fija su magnitud concreta de acuerdo con los criterios establecidos por el Código Penal para el delito cometido y para las circunstancias concurrentes.

3 Desde otra perspectiva, SAN MARTÍN CASTRO, haciendo hincapié en la diferencia existente entre las garantías del principio de legalidad penal y el principio de jurisdiccionalidad procesal, refiere que **este último exige que la imposición pertinente de penas o medidas de seguridad se realice sobre la base de un juicio previo, con jueces legales**⁽⁵⁾. En opinión de este autor, el principio de jurisdiccionalidad procesal (Art. V del TP del CP) es el que determina quién juzga y cómo debe hacerse⁽⁶⁾. A continuación desarrollaremos las garantías que emanan del principio de jurisdiccionalidad: a saber, la garantía material (§ II), la garantía procesal (§ III) y la garantía penitenciaria (§ IV)⁽⁷⁾.

(2) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, p. 168; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 110-111.

(3) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 105.

(4) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*. Lección 4, § 11, p. 116.

(5) SAN MARTÍN CASTRO, C., “Comentario al artículo V del Código Penal peruano”. En: *Código Penal comentado*, p. 154.

(6) Ídem.

(7) A estos tres momentos del principio de jurisdiccionalidad, MAPELLI CAFFARENA los denomina proceso de individualización legal, judicial y ejecutiva. Vide MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 244.

II. Garantía jurisdiccional de carácter material

Bien señala MAURACH que la vigencia de la garantía jurisdiccional de carácter material implica formular una correcta y completa fundamentación de la medición judicial de la pena. En la óptica del profesor alemán: “Se trata de la cuestión relativa a la manera en que debe fundamentarse la medición judicial de la pena para que pueda ser considerada como una solución material y jurídicamente inobjetable (...)”⁽⁸⁾; esto significa que deben incluirse en la fundamentación de la sentencia condenatoria todos los elementos materiales y normativos que influyen en la medición judicial de la pena: valoración del injusto, valoración de la culpabilidad, valoración de los fines de la pena, etc.⁽⁹⁾. En la misma línea, MAPELLI CAFFARENA sostiene que, de acuerdo a las exigencias de la garantía material, en la determinación judicial de la pena “los tribunales deben limitarse a individualizarla, según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales de los reos, dentro del marco previsto para cada delito por la ley”⁽¹⁰⁾.

La primera manifestación de la garantía jurisdiccional de índole material se da a nivel de la institución que fundamenta y determina la pena: la culpabilidad —para nosotros responsabilidad—. La sujeción de la fundamentación y determinación de la pena al marco de culpabilidad del sujeto se debe a que esta expresa la verdadera valoración de la responsabilidad por el hecho. Con ello, los jueces penales están obligados a valorar y aplicar los criterios normativos que contempla el Código Penal a efectos de fundamentar y determinar la pena para un sentenciado. Así, conforme al artículo 45, al momento de fundamentar y determinar la pena —tanto a nivel de la clase de pena como a nivel del *quantum* de pena—, el juez penal debe tomar en consideración las carencias sociales sufridas por el agente, la cultura y las costumbres del sentenciado, los intereses de la víctima, los intereses de la familia de esta o de las personas que de ella dependen. En sentido similar, el artículo 46 prescribe que, para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez —siempre que no sean constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad penal— atenderá a todos los elementos que forman parte de la responsabilidad del sentenciado. En dicha línea, la individualización concreta de la pena se realizará en función de la naturaleza de la acción, los medios empleados, la

(8) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, § 63/198, pp. 797 y 798.

(9) Miguel BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) / BOLDOVA PASAMAR, M. / ALASTUEY DOBÓN, M., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 221. Asimismo, MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 63/198, pp. 797-798.

(10) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 243.

importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o peligro causados, los móviles y fines, la confesión sincera, la edad y la educación, la habitualidad del agente al delito, la reincidencia, etc.

6 Como ya se ha indicado, la segunda manifestación material del principio de jurisdiccionalidad se expresa en el ámbito de los fines de la pena. Conforme a ella, los jueces penales tienen la obligación de fundamentar y determinar la imposición de las penas en función de los fines preventivos, protectores y resocializadores. Para ello, mediante una interpretación intrasistemática del Código Penal, se tiene que aplicar el artículo IX del Título Preliminar, el cual establece que la pena tiene funciones *preventivas*, *protectoras* y *resocializadoras*. Atendiendo a tales exigencias, los jueces y fiscales no pueden, respectivamente, imponer o solicitar penas que no poseen los fines antes referidos. Así, por ejemplo, no se puede imponer el máximo de pena establecido en el tipo legal cuando no existen razones preventivas ni protectoras, sino únicamente ánimo de venganza o de utilizar al sentenciado como chivo expiatorio; de la misma manera, tampoco se puede imponer el mínimo de pena prescrito en la ley penal si es que tal acontecimiento no persigue fines resocializadores del sentenciado, sino un favorecimiento arbitrario. En consecuencia, en aras de mantener vigente la garantía material del principio de jurisdiccionalidad, los jueces y fiscales están obligados a fundamentar y determinar las penas concretas en estricto cumplimiento del artículo IX.

7 Las dos expresiones materiales del principio de jurisdiccionalidad anteriormente mencionadas, finalmente, conllevan una tercera manifestación: la observación cualitativa y cuantitativa de los marcos penales fijados en la ley para cada delito⁽¹¹⁾. En efecto, sin la existencia de los marcos penales abstractos, no sería posible adecuar la medición de la pena a los fines de esta ni a la culpabilidad del agente. Estas son las razones principales por las que en el párrafo anterior, ya habíamos referido que el principio de jurisdiccionalidad de las penas y de las medidas de seguridad es el que lleva adelante la materialización del principio de legalidad penal *nulla poena sine lege*⁽¹²⁾. Desde esta óptica, al momento de fundamentar y determinar la clase y el *quantum* de la pena en función de sus fines y de la culpabilidad del agente, el juez debe tomar en cuenta los marcos penales —límite mínimo, límite máximo y clase de pena— que se encuentran estipulados en cada tipo penal de la Parte Especial y en algunos preceptos de la Parte General. Respecto de los primeros,

(11) *Ibidem*, p. 247 ss.

(12) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 63/192, p. 795.

además de los límites mínimos y máximos, el juez debe considerar si la pena contemplada en el tipo correspondiente es una privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos, o de multa; de modo que la pena que se impondrá será aquella que resulte más compatible con los criterios normativos y axiológicos más arriba expuestos. Por su parte, respecto de los segundos, el operador jurisdiccional deberá observar las reglas que rigen el incremento o disminución de la pena en situaciones jurídicas concretas, v. gr., en el concurso ideal⁽¹³⁾ (Art. 48), en el concurso real⁽¹⁴⁾ (Art. 50), en el delito continuado y en el delito masa⁽¹⁵⁾ (Art. 49), en el concurso real retrospectivo (Art. 51), en la tentativa⁽¹⁶⁾ (Art. 16), en la participación⁽¹⁷⁾ (Arts. 24 y 25), en la responsabilidad restringida (Art. 21), etc. Asimismo, el Juez o Tribunal, al momento de fijar la pena concreta, debe tomar en consideración las reglas que rigen la conversión de pena (Arts. 52, 55 y 56), las reglas de la suspensión de la pena (Art. 57 y ss.), la exención en los casos de responsabilidad mínima (Art. 68), etc.

Así, pues, haciendo nuestras las palabras de MAURACH, colegimos que la garantía material del principio de jurisdiccionalidad permite obtener un esquema de orden que garantiza un control jurídico racional de la fundamentación y determinación judicial de la pena⁽¹⁸⁾.

III. Garantía jurisdiccional de carácter procesal

1. Juicio ordinario

En principio, a nivel procesal, el principio de jurisdiccionalidad exige que las penas y las medidas de seguridad sean impuestas en el contexto del desarrollo de un proceso penal legal, de un proceso penal regular⁽¹⁹⁾. En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, las penas y las medidas de seguridad deben ser determinadas en el marco de un juicio que esté rodeado de todas las garantías penales que la Constitución y las leyes establecen a favor del imputado (v. gr., los

(13) MIGUEL BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) / BOLDOVA PASAMAR, M. / ALASTUEY DOBÓN, M., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 262 ss.

(14) *Ibidem*, p. 275 ss.

(15) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 275 ss.

(16) En el mismo sentido, MIGUEL BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) / BOLDOVA PASAMAR, M. / ALASTUEY DOBÓN, M., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, pp. 221, 243 ss.

(17) *Ibidem*, pp. 221, 245 ss.

(18) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 63/192, p. 795.

(19) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 111; QUINTERO OLIVERES, G., *Parte general del Derecho penal*, p. 57.

principio de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, etc.).

- 10 Esta perspectiva procesal del principio de jurisdiccionalidad ha sido consagrada en diversos preceptos constitucionales. A saber, el proceso penal ordinario –como instrumento legalizador de la imposición de una pena o medida de seguridad– es recogido en el inciso 10 del artículo 139 de la Constitución, cuando señala que: “son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) el no ser penado sin proceso judicial”. Asimismo, el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución contempla el principio de publicidad en los términos siguientes: “Los procesos judiciales (...) son siempre públicos”. Por último, el apartado “e” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución regula el derecho-principio de presunción de inocencia al postular que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.
- 11 Pues bien, conforme a lo expuesto, la imposición de penas o medidas de seguridad en el contexto de un proceso penal regular significa que la verificación de la responsabilidad del imputado se haga en estricto cumplimiento de las normas jurídicas arriba invocadas. Si no fuera así: si se imponen penas o medidas de seguridad flexibilizando cualquiera de estas garantías, se habrá violado el principio de jurisdiccionalidad. A este respecto, en forma ejemplificativa, cabe indicar que serán ilegales e ilegítimas las penas o medidas de seguridad que impone un juez o tribunal a una persona por el solo hecho de que esta ha sido sorprendida *in fraganti* o ha reconocido su culpabilidad. No cabe duda, que en tal supuesto seguirá siendo imprescindible el respeto del principio de presunción de inocencia, pues se trata de una garantía fundamental e irrenunciable que asiste a todos los ciudadanos.
- 12 Siguiendo la perspectiva expuesta, DIEZ RIPOLLÉS⁽²⁰⁾ sostiene que el principio de jurisdiccionalidad –en su expresión procesal– exige que el órgano encargado de imponer una pena o medida de seguridad obre con independencia e imparcialidad. Esto, no es otra cosa que la falta de sometimiento del órgano competente –juez o tribunal– a intereses o injerencias arbitrarios en todos y cada uno de los actos y decisiones que lleva a cabo dentro de un proceso penal. A partir de aquí, se lograría uno de los principales cometidos procesales del principio de jurisdiccionalidad: evitar que se pervierta el sentido del veredicto de los jueces⁽²¹⁾. Esta garantía es tan importante e inflexible que el mismo precepto constitucional acotado postula que ni siquiera el derecho de

(20) DIEZ RIPOLLÉS, J., *La racionalidad de las leyes penales*, p. 155 ss.

(21) Ídem.

gracia ni la facultad de investigación que compete al Congreso pueden interferir el procedimiento jurisdiccional.

2. Juez competente y juez natural

Una primera aproximación general sobre la problemática del juez natural —como expresión procesal del principio de jurisdiccionalidad— la encontramos en el principio de división de poderes⁽²²⁾, según el cual la interpretación y aplicación de la ley —la función de juzgar— corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia (Poder Judicial).

Esta máxima jurídico-política está consagrada en diversos preceptos constitucionales. A saber, el artículo 43 de la Constitución, el cual señala que: “La República del Perú es democrática (...) y se organiza según el principio de la separación de poderes”. También otros dispositivos de la Constitución, en forma indirecta, consagran la división de poderes y, en consecuencia, la autonomía de las funciones jurisdiccionales de los jueces. El inciso 2 del artículo 139 contempla el principio de división de poderes (y en consecuencia, la independencia de la función jurisdiccional) con la siguiente fórmula: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...) ni cortar procedimiento en trámite (...)”. El artículo 92 que regula las funciones de los parlamentarios prohíbe la intromisión de los congresistas en la función jurisdiccional señalando que: “El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública”, v. gr., la administración de justicia. Del mismo modo, en el Capítulo II del Título IV (Arts. 103 y ss.) referido a las funciones legislativas del Parlamento, no se contempla la función jurisdiccional. En lo referente al Poder Ejecutivo, el inciso 9 del Art. 118 de la Constitución expresa que el Presidente de la República tiene el deber de “Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales”.

En estas circunstancias, de los textos constitucionales precedentes se infiere que en ellos se hace una prohibición expresa a los órganos Legislativo, Ejecutivo, etc., para que estos no realicen injerencia alguna en la función jurisdiccional, es decir, se prohíbe que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, o cualquier institución o persona desarrollen una función judicial. Así las cosas, el principio de división de poderes —al establecer la autonomía del Poder Judicial y, con ello, la autonomía del juez competente predeterminado por la ley— garantiza

(22) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 517; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 168, nota 83.

que las penas y las medidas de seguridad se impongan solo por un juez natural competente, mas no por personajes que se encuentran al margen de la ley, por ejemplo, el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Sobre esta cuestión, resulta acertado reproducir las palabras de BUSTOS RAMÍREZ, quien afirma que del principio de división de poderes emergen las garantías que impiden que el poder ejecutivo-administrativo invada ámbitos de competencia de otros poderes (por ejemplo, el Judicial) y se produzca la arbitrariedad⁽²³⁾.

- 16 Ahora bien, *strictu sensu*, el principio de jurisdiccionalidad de las penas en su expresión del juez natural competente se encuentra contemplado, básicamente, en tres preceptos de la Constitución Política de 1993. Estos preceptos son los artículos 139 inciso 1, 139 inciso 3 y 139 inciso 19.
- 17 El artículo 139 inciso 1 prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. No existe proceso judicial por comisión o delegación”. De manera sucinta, cabe indicar que el texto de este dispositivo establece tres cosas: *por un lado*, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional⁽²⁴⁾. Es decir, se plantea como premisa general que el Poder Judicial es la institución que ostenta la unidad y exclusividad de la administración de justicia. En tal contexto, por añadidura y consecuencia lógica, se establece que solo los jueces naturales competentes, como colofón de un proceso penal regular, pueden imponer penas y medidas de seguridad. *Por otro lado*, y en coherencia con lo expresado —también de manera general—, se prohíbe que otros órganos o personas (distintos a los establecidos en la ley) impongan penas o medidas de seguridad por encargo o delegación del tribunal o juez natural que posee la titularidad de tal competencia⁽²⁵⁾. O sea, por medio de esta segunda cuestión, se consagra una competencia exclusiva y excluyente respecto de la imposición de penas y medidas de seguridad: los jueces que imponen penas y medidas de seguridad son los jueces civiles que tienen competencia constitucional y legal. *Finalmente*, en forma excepcional, el texto constitucional en comentario reconoce la jurisdicción militar para supuestos muy especiales: para las infracciones de deberes institucionales castrenses realizadas por los miembros de las Fuerzas Armadas⁽²⁶⁾.

(23) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, p. 79.

(24) VIDAL RAMÍREZ, F., “Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”. En: *La Constitución comentada*, p. 486.

(25) Al respecto, VIDAL RAMÍREZ sostiene que: “Ella —la prohibición de delegación— impide que el juzgado o tribunal competente haga el encargo a un particular e incluso a un juzgado o tribunal incompetente, el conocimiento y tramitación de un proceso comisionándolo o delegando en él la resolución”. *Ibídem*, pp. 487-488.

(26) *Ibídem*, p. 487.

Aquí, la garantía jurisdiccional nos informa que solo el juez militar (natural y competente) puede imponer penas o medidas de seguridad a los militares que, como consecuencia de infringir sus deberes castrenses, han configurado algún injusto penal tipificado por el Código de Justicia Militar y Policial.

Por su parte, el inciso 3 del artículo 139 establece la legalidad del juez ¹⁸ natural competente en el contexto del debido proceso. Este dispositivo señala que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”, en virtud de los cuales “(...) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. Una primera cuestión que cabe indicar sobre este precepto es que la garantía jurisdiccional de la imposición de penas y medidas de seguridad por un juez natural competente está regulada como parte integrante de una institución macro: el debido proceso⁽²⁷⁾. En segundo lugar, es de indicar que la garantía del juez natural competente en la imposición de penas y medidas de seguridad consagrada por el precepto acotado implica que los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden ser procesados, ni sancionados —con penas o medidas de seguridad— por jueces del fuero civil; y, viceversa, los ciudadanos civiles no pueden ser procesados ni sancionados por jueces de la casta militar. De darse esto último, se estaría violando el principio de jurisdiccionalidad de la penas y la medidas de seguridad, ya que al desviarse de jurisdicción el proceso penal y la imposición de las sanciones penales no habrían sido realizadas por un juez natural competente. En tercer lugar, y como corolario de lo anterior, el precepto en cuestión expresa que en un Estado de Derecho no tienen cabida los tribunales o comisiones *ad hoc*. En el ámbito punitivo, la razón de esta garantía estriba en que la designación de tribunales especiales contraviene las exigencias del debido proceso y, por tanto, las garantías del juez natural.

El tenor del artículo 139 inciso 19 de la Constitución dice que son princi- ¹⁹ pios y derechos de la función jurisdiccional: “La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad”. En forma resumida cabe indicar que este texto establece dos mandatos prohibitivos: El primero, está dirigido a los ciudadanos

(27) MONROY GÁLVEZ, J., “Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva”. En: *La Constitución comentada*. Walter GUTIÉRREZ (director). *Op. Cit.*, p. 497.

u órganos que legalmente no ostentan competencia alguna de desempeñar funciones judiciales⁽²⁸⁾. A ellos, la norma constitucional les prohíbe que ejerzan funciones judiciales en forma ilegal, es decir, sin que hayan sido nombrados conforme a los mecanismos jurídicos establecidos por la Constitución y las demás leyes complementarias. Aquí, se subsumen los hipotéticos supuestos en que un juez u órgano judicial competente, al margen de la ley, delega o encarga a un tercero (por ejemplo, un secretario u otro juez) emitir una sentencia condenatoria que solo él tiene la facultad y obligación de hacerlo. De presentarse este supuesto, la persona delegada posiblemente cometa el delito de usurpación de funciones (Art. 361 del CP)⁽²⁹⁾; mientras que, las sanciones penales –incluso la misma sentencia–, en virtud del principio de jurisdiccionalidad, carecerán de todo valor jurídico. Y es que, en tal supuesto se habría quebrantado el debido proceso, el principio del juez natural y, por ende, el principio de jurisdiccionalidad de las penas. Pero, el asunto no termina aquí: también existe una prohibición que se dirige a los órganos jurisdiccionales⁽³⁰⁾. A estos se prohíbe dar posesión de su cargo que por ley les compete. Si lo hacen, incurren en responsabilidad administrativa y/o penal, porque tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como el Código Penal contemplan la imposición de sanciones para el abandono ilegal de cargo.

20 Haciendo eco del espíritu garantista que traen consigo las disposiciones normativas constitucionales sobre el juez natural, en la doctrina comparada, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ha señalado acertadamente que: “Solo el juez de Berlín” (juez natural), predeterminado por la ley, garantiza la aplicación objetiva y justa del Derecho. Por el contrario, la posibilidad de designar un juez especial *ad hoc*, o de manipular con idéntico propósito las normas de reparto (cuando existe una pluralidad de órganos jurisdiccionales) o las que determinan la composición de los órganos colegiados, conduce inevitablemente a la alegoría de “Alicia en el país de las maravillas”, vulnerándose la garantía jurisdiccional como se vulnera, también, en el lineamiento del déspota o el tirano sometido a una farsa de juicio o tribunal popular”⁽³¹⁾.

21 De lo expuesto, se infiere que el principio de jurisdiccionalidad de las penas y las medidas de seguridad, en su versión del juez natural competente, exige un escrupuloso respeto de las normas legales que predeterminan la competencia

(28) VELEZMORO PINTO, F., “Legitimidad de origen de la judicatura”. En: *La Constitución comentada. Op. Cit.*, pp. 614-615.

(29) Ídem.

(30) Ídem.

(31) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 518-519.

del juez natural. De lo contrario, sería muy fácil burlar esta garantía, si existiera la posibilidad de seleccionar un juez *ab hoc* (juez especial) distinto del competente para conocer el caso según la voluntad legal.

IV. Garantía jurisdiccional de carácter penitenciario

Conforme a la proyección de la garantía jurisdiccional, también en el ²² ámbito penitenciario la pena solo puede ejecutarse en la forma legalmente establecida. En otros términos, de acuerdo a la garantía jurisdiccional penitenciaria, no pueden ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias que los expresados en su texto⁽³²⁾. Esto significa, una vez más, que la ejecución de la pena o medida de seguridad debe realizarse bajo el control de los jueces y Tribunales competentes.

El principio de jurisdiccionalidad en la ejecución de las penas y las medi- ²³ das de seguridad está regulado en diversos preceptos normativos, entre los cuales destacan las normas del Código Penal y las normas del Código de Ejecución Penal.

El primer cuerpo de leyes regula la jurisdiccionalidad de la ejecución de ²⁴ las penas y las medidas de seguridad en el artículo V del Título Preliminar. Allí se estipula que la imposición de las penas y las medidas de seguridad tiene que realizarse de acuerdo a las leyes y reglamentos. Como puede observarse, el precepto en comentario consagra la jurisdiccionalidad en la ejecución de las penas y las medidas de seguridad en forma indirecta, pues no hace referencia expresa a que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad se lleven a cabo bajo la observancia de los jueces. Sin embargo, una interpretación sistemática y teleológica del artículo V compatible con los fines resocializadores de la ejecución de la pena (Art. 139 inciso 22 de la Constitución, Art. IX del Código Penal y Art. II del Código de Ejecución Penal) permite concluir que el espíritu de esta norma no restringe la jurisdiccionalidad de las penas y las medidas de seguridad a los ámbitos material y procesal del sistema punitivo, sino que la extiende al campo de la ejecución. Una interpretación contraria del artículo V conllevaría a aceptar que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad se pueden llevar de cualquier manera, incluso al margen de la ley, lo cual es inaceptable en el marco del Estado de Derecho.

(32) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 56; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 168.

25

A nivel del Código de Ejecución Penal, la jurisdiccionalidad de las penas y las medidas de seguridad están reguladas, en diversos preceptos. A modo de ejemplo, cabe citar algunas de ellas. El artículo 2 del Código acotado prescribe que: “El interno ingresa al Centro Penitenciario solo por mandato judicial en la forma prevista por la ley (...)”. Por su parte, respecto del cómputo general de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria firme se exige la inclusión de la privación de libertad preventiva. Nos estamos refiriendo al cómputo de las privaciones de libertad preventivas que, en el curso de un proceso penal, se realizan con el objeto de asegurar los fines del proceso⁽³³⁾.

26

También referida al cómputo de la ejecución de la pena se encuentra la problemática de la redención de pena por el trabajo y la educación, cuyo marco de regulación está previsto en los artículos 44, 45 y 46 del Código de Ejecución Penal. Según el artículo 44, el interno redime un día de pena por cada dos días de trabajo efectivo. En el mismo sentido, el artículo 45 establece que el condenado redime un día de pena por cada dos días de estudio. Para los casos especiales de delitos graves el artículo 46 establece tres parámetros distintos: a) En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos; b) Cuando se trata de condenados que son reincidentes o habituales en el delito, el mencionado precepto legal establece que el interno redime la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio, según el caso; c) finalmente, el mismo artículo 46 prescribe que, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudio efectivos.

27

Otra norma penitenciaria referida a la *ejecución de la pena de acuerdo a ley* es la que regula la libertad condicional, conforme a la cual la ejecución de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta por un juez o tribunal competente se puede llevar a cabo fuera del centro penitenciario. A saber, sobre la procedencia de este beneficio penitenciario, el artículo 53 del Código de Ejecución Penal establece dos cosas: a) de forma general, su procedencia se sujeta

(33) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 64/23, p. 812.

al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta; b) en los supuestos del artículo 46, su procedencia tiene lugar cuando se ha cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta y previo pago del íntegro de la reparación civil impuesta en la sentencia⁽³⁴⁾.

En condiciones similares se encuentra la institución de la semilibertad ²⁸ (Art. 48 del CEP), la cual guiada por fines laborales o educativos, permite que el condenado egrese del centro penitenciario al haber cumplido la tercera parte de la pena impuesta y siempre que no tenga un proceso penal pendiente con mandato de detención. Para los supuestos especiales previstos en el primer párrafo del artículo 46, el artículo 48 consagra que la semilibertad podrá concederse cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal.

V. Bibliografía

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*. Ariel, Barcelona, 1989; CEREZO ²⁹ MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. 5ª edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1995; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*. 3ª edición. Editorial Universitaria, Madrid, 2005; GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador) / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª edición. Thomson, Madrid, 2005; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge BOFILL GENZSCH. Tomo II. Buenos Aires, 1995; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005; MONROY GÁLVEZ, Juan, “Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva”. En: *La Constitución comentada*. Walter GUTIÉRREZ (director). Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*. 4ª edición. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010; SAN MARTÍN CASTRO,

(34) Por lo demás, dicho precepto legal estipula que “(...) el beneficio de liberación condicional es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal”.

César, “Comentario al artículo V del Código penal peruano”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (director), *Código penal comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VELEZ-MORO PINTO, Fernando, “Legitimidad de origen de la judicatura”. En: *La Constitución comentada*. Walter GUTIÉRREZ (director). Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”. En: *La Constitución comentada*. Walter GUTIÉRREZ (director). Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.

§ V

Principio de jurisdiccionalidad de las penas

MADELAINE REYES GASTELÚ
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario				
	Nm	P		Nm P
I. Introducción	1	127	2. Sentencia y Sanción	
II. El debido proceso como continente de la Garantía jurisdiccional.	5	128	Penal.	27 133
1. El principio de legalidad procesal.	21	131	3. Juez Predeterminado por ley.	34 136
			III. Bibliografía.	43 139

§ V. Garantía de ejecución de la pena

“Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”.

I. Introducción

El artículo V del título preliminar del Código Penal, es un claro coto al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Así como el Estado creó el Código Penal, estableciendo las normas y reglas que definen las conductas que son calificadas como delito y sus respectivas consecuencias jurídicas, es necesario que la norma que crea estos delitos sea aplicada, y ello, significa que, en la medida que la persona humana es el fin supremo del Estado y de la sociedad, y que el Estado democrático de derecho busca proteger a la persona del uso abusivo del poder, este ejercicio del *ius puniendi* debe estar sujeto a límites democráticos que aparecen tanto en el momento de la creación de la norma (incriminación primaria) como en el momento de su aplicación (incriminación secundaria)⁽¹⁾.

Así, el derecho penal entendido como el conjunto de normas dotadas de sanción, contiene la potestad del Estado que presupone, por un lado, la de regular las condiciones del castigo o de la aplicación de una medida de seguridad; y por otro, esa misma potestad supone la de regular el juicio penal, esto es, el conjunto de procedimientos para declarar que una persona es responsable de

(1) BUSTOS, J./HORMAZABAL, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 100.

un delito y castigarla como tal y, si es el caso, someterlo a medidas de seguridad; tarea que corresponde al proceso penal⁽²⁾.

3 La aplicación de la norma debe hacerse bajo ciertas y determinadas condiciones normativas que se denominan garantías de persecución, procesales o condiciones del debido proceso y de ejecución. Las garantías penales y procesales son proposiciones prescriptivas y constituyen, en su conjunto, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la consecuente aplicación de una pena⁽³⁾. En ese sentido, el proceso penal es elegido sobre los otros mecanismos de averiguación de la verdad porque dentro de sí contiene una serie de garantías que hacen que el resultado, independientemente de cual sea el resultado del mismo, sea más fiable en comparación que el resto de los mecanismos. Asimismo, y ello con relación al sistema constitucional, garantiza que los derechos fundamentales de todas aquellas personas que intervienen en él no sean indebida o innecesariamente limitados⁽⁴⁾.

4 Este garantismo en el proceso penal, se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica de minimización de ese terrible poder, como lo llamó Montesquieu, que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley; en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo⁽⁵⁾. Una de estas garantías, es justamente, la denominada “garantía jurisdiccional”.

II. El debido proceso como continente de la Garantía jurisdiccional

5 El debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho⁽⁶⁾.

6 El proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho,

(2) SUÁREZ, M^a. M., *El modelo integrado de ciencia penal*, pp. 43-44.

(3) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 92.

(4) HUAMAN, D., *La integración de la Dogmática*. p. 257.

(5) FERRAJOLI, L., *Garantismo penal*, pp. 10-11.

(6) GARCÍA, S., *Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes*, p. 167.

el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones especiales se formulan bajo el principio del proceso debido⁽⁷⁾.

Por eso no debe extrañar que en el principio del proceso debido se precipiten todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de que es titular la persona en un Estado social y democrático de derecho. Es, en consecuencia, un principio de naturaleza constitucional protegido con los recursos que brinda la propia constitución.

La jurisdicción es una función soberana del Estado que se desenvuelve unitariamente frente a todo el derecho actuable; pero es lógico que podamos proyectarla en su referencia al derecho. La idea de potestad implica el ejercicio impuesto del poder estatal por los órganos preestablecidos. En materia penal es aún más clara esta imposición de su ejercicio puesto que no es posible la autocomposición. El órgano de ejercicio es el tribunal penal que debe actuar conforme a un procedimiento legalmente regulado: el código procesal penal. Ello nos lleva a conceptualizar este enfoque penal de la jurisdicción como la potestad estatal ejercida por los tribunales penales conforme a un procedimiento legalmente regulado de actuar en concreto el derecho penal vigente para mantener su imperio⁽⁸⁾.

El principio de garantía jurisdiccional y debido proceso se encuentran regulados en el artículo 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los cuales respectivamente se refiere:

9. “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”

10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Asimismo, los principios de garantía jurisdiccional y debido proceso se encuentran consagrados en los artículos 9.3 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipulan respectivamente:

9.3. “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)”

(7) BUSTOS, J./HORMAZABAL, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 100.

(8) CLARIÁ, J., *Derecho Procesal Penal*, pp. 155-156.

- 14 14.1. “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”.
- 15 Mientras que, el artículo 8 del Pacto de San José, respecto al principio de garantía jurisdiccional y debido proceso, dispone:
- 16 8. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derecho y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.
- 17 El principio de jurisdiccional de las penas significa que no hay pena sin juicio legal: *nulla poena sine legali indicio*, por tanto, para el juicio y posterior condena de un presunto delincuente hay que seguir los trámites señalados en la ley de procedimiento correspondiente y observar los plazos señalados en la misma para los posibles recursos, hasta que la sentencia sea firme(9).
- 18 Este principio se sustenta en que nadie puede ser sancionado penalmente sin antes haber sido juzgado debidamente a través de un proceso cuya conducción y reglas de juego deben de haber sido claramente preestablecidas en la ley. Es el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal judicial imparcial antes de que una pena le sea impuesta. El principio de no ser penado sin previo proceso judicial, se encuentra resumido en el aforismo: *Nullum poena sine iudicio* (no ha pena sin juicio previo) o traducido en la expresión latina: *Nemo damnetur nisi per legale indicio* (principio de necesidad del proceso penal). El proceso judicial para cumplir su objeto de llegar a la certeza sobre los hechos que se juzga, y, sobre todo, para no perder legitimidad, requiere estar dirigido por un órgano imparcial. La imparcialidad se garantiza con la existencia de un juez predeterminado por la ley que recibe el nombre de juez natural o juez legal. El contenido del principio de garantía jurisdiccional comporta una reserva de jurisdicción: solo los jueces y tribunales pueden declarar el delito e imponer la ley; así, las penas y medidas de seguridad solo pueden

(9) LANDECHO, C Y MOLINA, C., *Derecho penal español. Parte general*, p. 118.

ser aplicadas por órgano Jurisdiccional y competente y de acuerdo a las normas de un debido proceso legal⁽¹⁰⁾.

El efecto práctico de la garantía del juez natural radica en impedir que una persona sea desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley o sometida a procedimientos distintos a los previamente establecidos o juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales, cualquiera sea el nombre que a estas se le diese. De modo que, “nadie puede ser condenado a una pena sin previo proceso legal ante un tribunal competente y constituido de modo regular⁽¹¹⁾.

Esta garantía jurisdiccional, contiene o abarca tres aspectos, claramente definidos en el texto del artículo V del Título Preliminar del Código Penal, así tenemos, en primer lugar, el principio de legalidad procesal –el derecho a ser juzgado de conformidad con las disposiciones de la Ley procesal penal–; en segundo lugar, el derecho a ser exclusivamente condenado mediante sentencia, y luego de haberse realizado un juicio previo; y, finalmente, el derecho al juez natural, a que dicha sentencia sea dictada por juez competente o predeterminado por la ley⁽¹²⁾.

1. Principio de Legalidad procesal

La legalidad procesal significa que todo ciudadano tiene el derecho, cuando se le impute la comisión de una infracción punible, de ser juzgado de conformidad con el procedimiento penal judicial adecuado y previsto en la ley, incorporando la necesidad de una ley que regule el proceso penal orientado a esclarecer la comisión de un hecho punible. El origen de dicho principio se encuentra también en el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 139; inciso 3 de la Carta Política de 1993⁽¹³⁾.

Así, la fuente de este procedimiento es la ley, y en mérito a ello, se torna necesario que la pena se aplique después de un proceso previo (*nulla poena sine iudicio*), conforme a las garantías que exige la misma ley fundamental; y que ese procedimiento solo puede ser regulado por ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes. Es por ello que se afirma que el principio *nulla poena sine iudicio*, exige una ley que regule los actos procesales a cumplir, previos a

(10) VILLAVICENCIO, F., *Derecho Penal. Parte General*, p.128

(11) BRAMONT, L. A., *El principio de legalidad*, p. 134.

(12) GIMENO, V., *Los Procesos Penales: Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, p. 17.

(13) SAN MARTÍN, C., *Garantía Jurisdiccional*, pp. 155 ss.

la condena y su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, la necesidad de un procedimiento jurídico regulado por ley en sentido formal⁽¹⁴⁾.

23 Las normas procesales son las que regulan el desarrollo de la actividad necesaria para alcanzar los fines del proceso, o sea, la obtención del pronunciamiento jurisdiccional que decide el conflicto jurídico y, en su caso, su ejecución forzosa⁽¹⁵⁾. La exigencia de una regulación fija de clase y forma sobre el procedimiento a utilizar para perseguir y juzgar un hecho punible, es lo que se denomina el procedimiento penal estrictamente regulado por la ley, el principio de formalidad del proceso, o legitimidad del procedimiento⁽¹⁶⁾.

24 En el Perú, el Tribunal Constitucional ha hecho una distinción, de los alcances de este principio, pues señala que el derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea este administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra⁽¹⁷⁾. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el proceso es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el principio del debido proceso legal rige a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales⁽¹⁸⁾.

25 Aunque de naturaleza distinta por el hecho que presupone, el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139 —que a su vez era el apartado “I” del inciso 20 del artículo 2 de la Carta de 1979— establece que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. En efecto, no basta con señalar que toda persona debe tener derecho a juicio antes de ser penada. También es necesario que se respete la jurisdicción predeterminada y que no se creen tribunales de excepción. Esto quiere

(14) MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, pp. 154 y 155.

(15) LEVENE, R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 127.

(16) ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, p. XI.

(17) STC N° 1593-2003-PHC/TC, FJ. 12.

(18) Vid. SCIDH Caso Castillo Petrucci y otros contra el Perú, sentencia sobre el fondo, Fundamento 161.

decir que para cada proceso iniciado, no importa el tipo que tenga, existe un procedimiento específico de cuyos parámetros el juzgador está imposibilitado de salirse. En esa medida, el justiciable tendrá la certeza de que el proceso seguirá una vía conocida, con jueces que tengan competencia y jurisdicción predeterminadas⁽¹⁹⁾.

Es una manifestación del derecho al “debido proceso legal” o, lo que con más propiedad, se denomina también “tutela procesal efectiva”. Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se han convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado. El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, está expresado en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo en base a “órganos jurisdiccionales de excepción” o por “comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. Como precisa el Tribunal Constitucional, el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley garantiza, como lo ha expresado la Corte Costituzionale, “una rigurosa imparcialidad del órgano judicial” (Ordenanza N° 521/1991) o, como también lo prescribe el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el juzgamiento por un “tribunal competente, independiente e imparcial”⁽²⁰⁾.

2. Sentencia y sanción penal

El inciso 10 del artículo 139 de la Constitución consagra el contenido del principio de legalidad procesal penal consistente en la garantía de no ser penado sin proceso judicial. En concordancia a ello, el principio de legalidad procesal penal, también garantiza que toda persona antes de ser condenada a una pena, tenga el derecho a ser sometida a un proceso penal, en el cual pueda contradecir los cargos que se le imputan, esto es, defenderse y que, asimismo, tanto este procesamiento como la conducción del mismo a cargo de un juez, se encuentren predeterminados previamente por la ley, esto es lo que se recoge en el artículo V del Título Preliminar del Código Penal.

Esta garantía impide que la pretensión punitiva dirigida por el Estado contra un individuo se materializarse de inmediato, ya que entre el momento de comisión del delito y la aplicación de la pena debe transcurrir un proceso a fin de establecer fehacientemente la culpabilidad o inocencia del procesado. La función jurisdiccional es, esencialmente una parte basilar de carácter

(19) BERNALES, E., *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, pp. 628 y 650.

(20) STC N° 0290-2002-PHC/TC, FJ 8.

organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía⁽²¹⁾.

29 El aforismo latino *nulla poena sine iudicio* encuentra su consagración en el Derecho penal. Pues, este se caracteriza por la singularidad que tienen dentro del ordenamiento jurídico de que únicamente puede aplicarse jurisdiccionalmente, esto es, en el marco de un proceso conducido por el órgano jurisdiccional, bien sea ante la jurisdicción ordinaria o ante los fueros militares, por excepción. Lo cual constituye una gran diferencia en relación con otros derechos sustantivos, como, por ejemplo, el civil o el comercial, respecto a los cuales cabe la posibilidad de no recurrir a un proceso judicial, sino a la transacción extra-judicial o al arbitraje, como instituciones reconocidas constitucionalmente como medios alternativos de solución de controversias jurídicas, los mismos que a su vez permiten una vez iniciado el proceso civil su finalización en cualquier momento que este se encuentre, lo que, por los principios de publicidad e irrevocabilidad de la acción penal, no resulta posible en el marco de un proceso penal⁽²²⁾.

30 Como ya habíamos señalado, el derecho a no ser sancionado sin juicio previo, se encuentra protegido por la normatividad internacional, como en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, que precisa: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; en el mismo sentido, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

31 Es un derecho que garantiza la libertad, la seguridad jurídica y el status jurídico de sus titulares. Estos tienen el poder de exigir el respeto de su contenido, la adecuada protección al mismo —incluso a través de la justicia constitucional e internacional—, así como el cumplimiento de aquellas prestaciones necesarias —especialmente por parte del Estado— para su concreción efectiva. Recordemos que el Estado debe partir cualquier inicio del proceso bajo el status de la presunción de inocencia del imputado. El derecho a la presunción

(21) BERNALES, E., *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, p. 629.

(22) BRAMONT, L. A., *El principio de legalidad*, p. 27.

de inocencia, es un derecho fundamental, aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocido en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”⁽²³⁾. El artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario⁽²⁴⁾. Esta prueba, es la que se obtendrá solo después de la realización de un juicio con todas las garantías de ley.

Con arreglo a ello, el Estado no solo se encuentra obligado a omitir aque- 32
llas conductas que lesionen el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo, o que dificulten su concreción, como las que quebrantan la imparcialidad de los jueces o influyen en su desarrollo y resultado del proceso⁽²⁵⁾, sino que tiene la obligación de contribuir a su vigencia efectiva cumpliendo, permanentemente con las prestaciones que ello exija, lo contrario vulneraría el contenido del derecho de defensa, que queda afectado cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos⁽²⁶⁾

(23) Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de 12 de noviembre de 1997). Párr. 77.

(24) STC N° 618-2005-HC/TC, del 08MAR2005, Caso: Ronald Winston Díaz Díaz, Fundamentos N° 21 y N° 22. De igual forma, STC N° 2915-2004-PHC/TC, del 23NOV2004, Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio, Fundamento N° 12.- “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”.

(25) “(...) La Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se somete. La corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”. [Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica].

(26) STC N° 5510-2011-PHC/TC, del 27MAR2012, Caso: Rubén Gustavo Rojo Ruiz. Fundamento N° 3. En el mismo sentido, STC N° 5175-2005-PHC/TC, del 14ENE2007, Caso: Marco Antonio Ibárcena Dworzak, Fundamento N° 3.- “El inciso 14) del artículo 139° de la Constitución ha consagrado el derecho de defensa como un derecho de función jurisdiccional. Se entiende por este la prerrogativa que tiene toda persona para no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omitir hacerlo de manera antijurídica, no solo se sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular descargos,

- 33 Finalmente, conforme a lo previsto en los artículos 280° y 285° del Código de Procedimientos Penales, la imposición de penas o medidas de seguridad, no puede tener otra expresión que la sentencia como medio procesal de la sanción penal.

3. Juez Predeterminado por ley

- 34 El principio de legalidad procesal penal se complementa con la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, prevista en el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Magna de 1993, como parte integrante de la garantía del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. El Tribunal Constitucional lo ha desarrollado, precisando que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, y que dicha disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139) e imparcialidad al momento de resolver la causa⁽²⁷⁾

- 35 Así, el derecho a un juez predeterminado por ley, se erige como una garantía fundamental consagrada en la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que otorga a toda persona sujeta a un proceso penal el derecho a ser investigado y juzgado por órganos jurisdiccionales creados con anterioridad a la instauración del proceso penal⁽²⁸⁾. La garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, se ha establecido originariamente para contrarrestar la facultad del Poder Ejecutivo del Estado de avocar hacia sí el conocimiento de un asunto o conflicto de intereses, rompiendo las reglas que rigen su delegación a cualquier juez o tribunal. Este principio, opera incluso al interior del propio Poder Judicial, pues es una garantía frente a los órganos de gobierno del Poder Judicial, quienes podrían disponer cambios a voluntad de la jurisdicción de los jueces naturales, no hay ninguna autoridad ni ninguna razón que pueda privar al juez natural del conocimiento de la causa⁽²⁹⁾. En consecuencia, los atentados contra esta garantía constitucional pueden provenir tanto de actos del legislativo como del ejecutivo o de los órganos rectores del Poder Judicial. Y ello sucederá siempre que se altere la competencia o la

con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover”.

(27) STC N° 000110-2002-AI.

(28) ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, p. 27.

(29) LEVENE, R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 303.

composición del órgano jurisdiccional con la finalidad de sustraer, arbitrariamente y *ex post factum*, algún litigio de su conocimiento⁽³⁰⁾.

En ese sentido, el juez natural no solo ha de ser ordinario, sino que ha de estar predeterminado por la ley. Por ley aquí hay que entender naturalmente a la Constitución que es la primera que ha de ser cumplida y a la que están vinculados todos los poderes públicos. Pues bien, dentro del modelo constitucional del Juez Legal el primer requisito que han de cumplir todos los órganos jurisdiccionales es el de constituirse sin atender a criterio discriminatorio alguno o, lo que es lo mismo con absoluto respeto al principio constitucional de igualdad en tanto que valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que la Constitución proclama. Esta exigencia constitucional conlleva la necesidad de reputar inconstitucionales aquellos órganos jurisdiccionales que pudieran constituirse atendiendo a criterios discriminatorios, expresamente prohibidos por la Constitución, tales como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión cualquier otra circunstancia personal o social⁽³¹⁾.

Asimismo, el artículo V del título Preliminar del Código Penal, refleja la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el cual, como concepto básico de las garantías constitucionales se encuentra establecido en el artículo 138 de la Constitución, que prevé:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Este artículo delega en el Poder Judicial, como un cuerpo unitario, la potestad de administrar justicia, que emana del pueblo. Esta función se cumple con las especificidades y garantías que corresponde, siempre en concordancia con los procesos que la Constitución y las leyes establecen⁽³²⁾.

El principio de la unidad y exclusividad implica que nadie puede irrogarse en un Estado de Derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados; este tiene la exclusividad del encargo. Este principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él, y cuando el proceso acabe dicha persona estará

(30) DE DIEGO, L.A., *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, p. 27.

(31) GIMENO, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, pp. 45 y 46

(32) BERNALES, E., *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, p. 611.

también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrá liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que a consecuencia del sometimiento al proceso penal se decida, pudiendo incluso ser compelida a ello, mediante los mecanismos y uso de la fuerza estatal⁽³³⁾.

40 Por lo tanto, bajo la garantía del juez natural, se asegura la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, impidiéndose que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido, nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural, a la vez que dentro de la misma nadie puede ser derivado del juez natural que conforme a la ley de la materia le corresponda de modo previo y objetivo⁽³⁴⁾. El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo con base en “órganos jurisdiccionales de excepción” o por “comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”⁽³⁵⁾.

41 Finalmente, debemos precisar que, de acuerdo al criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en las SSTC N°s 290-2002-HC/TC; 1013-2002-HC/TC y 1076-2003-HC/TC, el Derecho a un Juez Natural implica, por un lado que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por omisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; y, por otro lado, garantiza que la jurisdicción y competencia del juez sean predefinidas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez ad hoc.

(33) MONROY, J., *Introducción al Proceso Civil*, p. 81.

(34) QUIROGA, A., *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, p. 308

(35) STC N° 0290-2002-PHC/TC. En el mismo sentido, CLARIÁ, J. *Derecho Procesal Penal*, p. 69.- “Se prohíbe el tribunal *ex post* (acto y el especial o el extraordinario, cualquiera sea la persona sometida a juzgamiento. este es el sentido de la fórmula según la cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean 42 previstas en una Ley Orgánica. La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de Ley Orgánica, lo cual implica: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82, inciso 28 de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza la creación y supresión de Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia⁽³⁶⁾.

III. Bibliografía

Bernales Ballesteros, E., La Constitución de 1993. Análisis comparado. RAO, Lima, 5ª Ed., Lima, 1999; Bramont Arias, L. A., El principio de legalidad, en: García Rada, D./Váscones Vega, R./García Belaunde, D./Hurtado Pozo, J., La nueva Constitución y el derecho penal, Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980; Bustos Ramírez, J./Hormazabal Malaree, H., Lecciones de Derecho penal. Parte General. Trotta. Madrid. 2006; Clariá Olmedo, J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998; De Diego Díez, L. A., El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, Tecnos, Madrid, 1998; Ferrajoli, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 7ª ed., Trotta, Madrid, 1998; Ferrajoli, L., Garantismo penal, UNAM, Mexico, 2006; García Ramírez, S., Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes, UNAM, México, 2016; Gimeno Sendra, V., Manual de Derecho Procesal Penal, 2ª ed. Colex, Madrid, 2010; Gimeno Sendra, V., Garberi Llobregat, Conde-Pumpido. Los Procesos Penales: Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, Tomo 1, Bosch. Barcelona, 2000; Huaman Castelaes, D., La integración de la Dogmática; Landecho, C y Molina, C., Derecho penal español. Parte general, Tecnos, Madrid. 1996; Levene, R. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ed. De palma. Buenos Aires, 1993; Maier, J., Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 1989; Monroy Galvez, J., Introducción al Proceso Civil, Tomo I, Temis, Bogotá, 1996; Quiroga León, A., "Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: Francisco Eguiguren (Director), La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación, Cultural Cuzco Editores, Lima.

(36) STC N° 9038-2005-HC/TC, FJ2.

1987; Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, El Puerto, Buenos Aires, 2000; San Martín Castro, C., “Garantía Jurisdiccional”, en: Castillo Alva, J. L. (Director), *Código Penal Comentado*, Tomo I, Gaceta jurídica, Lima, 2004; Suárez, M^a. M., “El modelo integrado de ciencia penal”, en Lascano, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, Advocatus, Córdova, 2002; Villavicencio Terreros, F., *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006.

§ VI Principio de legalidad en la ejecución de la pena

FERNANDA ISABEL AYASTA NASSIF
Universidad Femenina del Sagrado Corazón
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	141			
II. La ejecución legal de las penas	6	142	1.2. Reglamento del Código de Ejecución Penal	27	146
1. Del régimen penitenciario y su finalidad	11	143	III. La intervención judicial en la ejecución de la pena	29	146
1.1. Código de Ejecución Penal	20	144	IV. De las medidas de seguridad y el principio de legalidad	37	147
			V. Bibliografía	56	150

§ VI. Principio de garantía de ejecución

No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

I. Introducción

Antes de abordar el fondo del artículo en comento, debemos empezar por preguntarnos ¿Qué presupone la ejecución de una pena? Diremos que para hablar de la ejecución de una pena, es porque estaremos frente a la emisión, de una sentencia condenatoria, aquella por la cual el órgano jurisdiccional ejerce el *ius puniendi* del Estado al haber acreditado probatoriamente la realidad del delito y la responsabilidad penal del procesado, sancionando a este con la pena prevista en la ley penal.

La ejecución de las penas está regulada por una pluralidad de normas, que en el Derecho peruano se denomina Derecho de Ejecución Penal o Derecho Penitenciario. Ahora bien, este conjunto de normas, no solo regulan la ejecución de las penas sino también las medidas de seguridad. Si bien el artículo VI, no las menciona, sin embargo, no pueden ser dejadas de lado, por ello, serán también, materia de comentario en el presente artículo. Las medidas de seguridad, forman parte de nuestro sistema penal y de ejecución penal, así tenemos que el artículo I, del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654) señala: “Este Código, (...) regula la ejecución de

las siguientes penas dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes: 1, 2, 3 (...) comprende, también, las medidas de seguridad”.

3 Es por ello, que con mejor criterio y redacción, el Anteproyecto del Código Penal de 2004, propone el siguiente texto:

4 **Artículo VI.-**

5 “No puede ejecutarse pena o *medida de seguridad* en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. La *ejecución de las mismas serán controladas e intervenidas* judicialmente” (el resaltado es nuestro).

II. La ejecución legal de las penas

6 Entre una de las características más importantes de un Estado de Derecho, se encuentra el principio de legalidad, representando el principal límite impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal e incluye una serie de garantías a sus habitantes que imposibilitan que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite.

7 Así tenemos, el artículo 2, numeral 24, literal d) de la Constitución Política del Estado en la que se señala que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, el que también se prevé en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

8 Este principio aplicado a la ejecución de las penas, significa que no existe pena sin un régimen legal que lo precise. Ello quiere decir que la pena ha de ejecutarse no arbitrariamente, sino en los términos prescritos por la Ley. Como lo señala la doctrina: “En cuanto al derecho de ejecución penal, este comprende todas las reglas relativas a la puesta en práctica de las decisiones judiciales tomadas por las autoridades penales. Se trata, primero, de las reglas de ejecución que estatuyen la manera cómo se ejecutan las sanciones (derecho de ejecución en sentido material); segundo, las que prevén los establecimientos, las autoridades de ejecución y las que regulan las modalidades de aplicación de las sanciones”⁽¹⁾.

9 La ejecución de la pena debe llevarse a cabo dentro de las máximas garantías para el interno. De ahí, el control judicial de la aplicación de la pena, por

(1) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal/Parte General*, p. 11.

lo que, la autoridad administrativa no puede convertirse ni en legislador ni en juez, tanto más que se encuentra bajo la vigilancia y observación de la autoridad judicial, una de cuyas funciones es adoptar las decisiones necesarias para que las penas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto por la sentencia.

Las leyes de ejecución penal han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente. Este principio rector de la ejecución penal, garantiza el cumplimiento de las normas constitucionales y de la legislación supranacional respecto de la situación de los internos, así tenemos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Del régimen penitenciario y su finalidad

El artículo 139 numeral 22) de la Constitución Política, establece como principio que el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, el mismo que se encuentra recogido en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654); es decir, que el régimen penitenciario está orientado a la resocialización del interno.

Sin embargo, la realidad carcelaria constituye, uno de los más graves problemas de la organización social, y dada su complejidad y magnitud, ha promovido múltiples y diversos enfoques acerca del verdadero rol que debe cumplir el sistema en la sociedad moderna, haciendo difícil el cumplimiento del principio en mención.

Asimismo, el artículo 139 numeral 21) de la Constitución prescribe el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados; es decir, esta garantía supone el tratamiento humanitario de los internos, respetándose su calidad de persona y de los derechos humanos que le son inherentes.

Así tenemos, la Resolución 663C XXIV-ONU, que contiene las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, y la Resolución 43/173. ONU, que reúne el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión:

- Los recintos penales deben ser comunidades bien organizadas, es decir, tienen que ser lugares donde no exista peligro para la vida, la salud y la integridad personal.

- 16 - Los recintos penales deben ser lugares donde no se muestre discriminación en el trato de reclusos.
- 17 - Cuando se sentencia a prisión, esta pena es en sí extremadamente aflictiva. Las condiciones del recinto penal deben tratar de no aumentar esta actividad.
- 18 - Las reglas y el régimen penitenciario debieran facilitar la adaptación e integración a la vida normal de la comunidad.
- 19 Sin embargo, la realidad penitenciaria en nuestro país dista mucho de las disposiciones establecidas tanto por la Organización de las Naciones Unidas – ONU, como por nuestra Constitución Política y el Código de Ejecución Penal.

1.1. Código de Ejecución Penal

- 20 Como habíamos comentado en líneas precedentes, el principio previsto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, *prescribe no existe pena sin un régimen legal que lo precise*. Es decir, que el cumplimiento de las penas se encuentra regulado de manera expresa, en determinadas normativas, que han ido evolucionando en el tiempo, dándose cumplimiento a lo prescrito en el principio en mención. Actualmente el régimen penitenciario, la ejecución y cumplimiento de penas, se encuentra regulado en el denominado Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654) a cargo del Instituto Nacional Penitenciario, y su Reglamento.
- 21 Veamos brevemente, cómo se ha producido esta evolución en materia del tratamiento penitenciario. El D.S. N° 97 del 17 de agosto de 1937, aprobó el Reglamento de la Penitenciaría Central de Lima, que establecía el trato humanitario y científico para los reclusos. Posteriormente, con la dación del Decreto Ley N° 17581 - Unidad de Normas para la Ejecución de Sentencias Condenatorias, se constituye el inicio de la etapa normativa en el campo penitenciario peruano, introduciendo diversas innovaciones, recogiendo dicho dispositivo las recomendaciones de Naciones Unidas sobre prevención y tratamiento del delincuente.
- 22 Es en mérito, a este Decreto Ley, que se emitió la Resolución Directoral N° 0445-71-INPE del 5 de noviembre de 1971, que regulaba los mecanismos de concesión de los beneficios penitenciarios a sentenciados, tales como: traslados, permisos de salida, los mismos que eran concedidos por la administración penitenciaria, a diferencia de la liberación condicional, cuyo otorgamiento correspondía al órgano jurisdiccional.

En 1985, el 6 de marzo fue promulgado el Decreto Legislativo N° 330 – Código de Ejecución Penal, donde se recoge las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Fue el primer Código de Ejecución Penal, estableciendo un título preliminar con principios y fundamentos que debían regir su normativa. Se incorporó a la liberación condicional, la que formaba parte hasta antes de la dación de este cuerpo normativo, del Código Penal de 1924. Otra nota importante de este Código es que con él se crea el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), como organismo público descentralizado dependiente del sector justicia, y ente rector del sistema penitenciario nacional.

Luego, con la dación del Código Penal de 1991, fue necesario que la legislación penitenciaria fuera a la par y en concordancia con el Código Sustantivo; por ello, se promulgó el 31 de julio de 1991, el Decreto Legislativo N° 654, que es el Código de Ejecución Penal vigente a la fecha. El cual cuenta con un Título Preliminar, en el que se prevén determinados principios, como el Principio de Humanidad, según el cual la ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno; así también, se señala que el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena. Estando prohibida toda discriminación racial, social, política, religiosa, económica, cultural o de cualquier otra índole. Finalmente, en su artículo X, se señala que el Sistema Penitenciario acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Nuestro actual Código de Ejecución Penal, prevé los siguientes beneficios penitenciarios: 1.- Permiso de salida; 2.- Redención de la pena por el trabajo y la educación; 3.- Semilibertad; 4.- Liberación condicional; 5.- Visita íntima.

Brevemente diremos, que estos mecanismos de egreso anticipado de la pena (semilibertad, liberación condicional, redención de la pena por el trabajo y educación), así como los referidos al régimen penitenciario (permiso de salida, visita íntima), son considerados por nuestra legislación como derechos subjetivos de los internos. Estos beneficios requieren de una evaluación particularizada, como lo es el propio tratamiento penitenciario, puesto que, una vez concedidos están sujetos a reglas de conducta cuyo incumplimiento trae como consecuencia su revocatoria.

1.2. Reglamento del Código de Ejecución Penal

27 Como lo prescribe el artículo materia de comentario: “No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen”. Hemos visto en el ítem anterior lo referido al vigente Código de Ejecución Penal; el cual, tiene a su vez, un Reglamento - el Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, en el que, entre otros, se establece el procedimiento que el interno debe seguir para tramitar sus beneficios penitenciarios.

28 Contempla disposiciones generales, como que la ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. El sistema progresivo del tratamiento penitenciario comprende la observación, diagnóstico, pronóstico, clasificación y el programa de tratamiento individualizado. Una vez más, se recoge la finalidad del régimen penitenciario, así en el artículo 97 de este Reglamento, se señala que “el tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos”.

III. La intervención judicial en la ejecución de la pena

29 El artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, en su segunda parte señala: “(...) En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”. Es decir, que la ejecución de la pena, además de estar previamente regulada por ley, debe de estar bajo la vigilancia y control de la autoridad judicial. Así como, el otorgamiento de los beneficios penitenciarios debe concederlos el juez.

30 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido determinadas pautas:

31 Exp. N° 2196-2002-HC/TC: 11. Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación *no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita* se encuentra privado de su libertad, sino que *está sujeto a presupuestos establecidos* en la norma, los que aun si fueran cumplido por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues *su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial* de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la

sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito (el resaltado es nuestro).

Exp. N° 1593-2003-HC: 14. No obstante el Tribunal Constitucional considera oportuno precisar que el otorgamiento de beneficio no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena.

La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquel cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc.).

Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, *la concesión de beneficios está subordinada a la evaluación del juez*, quien estimará si los fines del régimen penitenciario (inc. 22) del art. 139 de la Constitución) se han cumplido, de manera que corresponda incorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que este ya demuestra estar reeducado y rehabilitado.

En resumen, lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, *es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario*, la cual solo tiene un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar solo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, *se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete* (el resaltado es nuestro).

Vemos pues, que la ejecución de la pena, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, debe ser controlada e intervenida judicialmente.

IV. De las medidas de seguridad y el principio de legalidad

Habíamos señalado al inicio de este comentario, que si bien el artículo VI, no menciona a las medidas de seguridad, sin embargo, no pueden ser dejadas de lado; por cuanto, forman parte de nuestro sistema penal y de ejecución penal, así tenemos que el artículo I, del Título Preliminar del Código de

Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654) señala : “Este Código,... regula la ejecución de las siguientes penas dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes: 1...2...3... *comprende, también, las medidas de seguridad*”. (el resaltado es nuestro) . Normativa que debe ser concordada con el *artículo II* del Título Preliminar del Código Penal : “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena, *o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*, y finalmente, concordarla con el *artículo IX* del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, que señala: “(...) *Las medidas de seguridad* persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación” (el resaltado es nuestro).

38 Es por ello, que con mejor criterio y redacción, el Anteproyecto del Código Penal de 2004, propone el siguiente texto:

39 “**Artículo VI.-** No puede ejecutarse pena o *medida de seguridad* en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. *La ejecución de las mismas serán controladas e intervenidas judicialmente*” (el resaltado es nuestro).

40 “Demostrado por el Derecho penal moderno, la ineficacia de la ejecución de la pena, en cuanto a la prevención y a la recuperación del delincuente peligroso, se buscaron nuevos caminos para obtener tales resultados. Una de las más significativas innovaciones fue la incorporación de las medidas de seguridad para responder a los hechos punibles cometidos por personas inimputables o con imputabilidad disminuida y otra (...)”.⁽²⁾

41 La medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un delito. Puede contribuir eficazmente a la readaptación del procesado frente a la sociedad; además es el único instrumento que tiene el Estado frente a sujetos a quienes no se les puede sancionar con penas debido a la ausencia de la culpabilidad. Es por eso, que se afirma que las medidas de seguridad tienen como presupuesto fundamental a la peligrosidad del delincuente.

42 El fundamento de la aplicación de la pena reside en la culpabilidad, en tanto que la medida de seguridad se basa en la peligrosidad, que es un estado subjetivo, más o menos duradero, de antisociabilidad, que evidencia o resulta de la comisión de un delito y se funda en la reincidencia.

(2) BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, p 523.

En la aplicación de la medida de seguridad, debe observarse el principio de legalidad, por cuanto, solamente es posible la imposición de esta que estuviese prevista en la ley, con anterioridad al hecho punible. Así tenemos, que las medidas de seguridad son de dos clases (Art. 74 CP):

a) De internación en un centro hospitalario

b) De tratamiento ambulatorio

La medida de seguridad, tal como la pena, en cualquiera de sus dos clases, solamente es aplicable a través del juez, con la pautas del debido proceso.

Finalmente, cabe mencionar que el Reglamento del Código de Ejecución Penal - Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, en su Título IX: Establecimientos Penitenciarios, Capítulo I, Sección II, regula sobre Establecimientos Penales Especiales, y señala:

“Artículo 217.-

Los establecimientos penitenciarios especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencia y comprenden:

(...)

217.5 Centros para la ejecución de las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal. Para ello, la administración penitenciaria deberá:

217.5.1 Coordinar con el Ministerio de Salud la hospitalización del interno en un establecimiento público especializado, para el correspondiente tratamiento. En este caso, el médico tratante deberá informar bimestralmente a la autoridad judicial que impuso la medida de seguridad, la evolución de la salud del interno; y,

217.5.2 Implementar en las áreas de salud, los anexos psiquiátricos, para el tratamiento de los internos e internas sujetos a una medida de seguridad, cuando no sea posible la hospitalización en un centro de salud mental.

Cuando no existan estos establecimientos especiales, se implementarán secciones especiales para dicho fin en las áreas destinadas al servicio de salud del establecimiento penitenciario”.

Siendo ello así, por las razones expuestas, queda claro que las medidas de seguridad también deben ser incorporadas en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal.

V. Bibliografía

- 56 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*. Ediciones Jurídicas Unifé, Lima, 2004; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal*, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2004; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. 2ª reimpresión. Grijley, 2006, Lima; Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.

§ VII

Principio de responsabilidad por el hecho propio y proscripción de responsabilidad objetiva

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades.....	1	151	III. Principio de responsabili-		
II. Principio del hecho propio	16	156	dad subjetiva.....	26	160
			IV. Bibliografía.....	49	169

§ VII.- Principio de responsabilidad penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

I. Generalidades

1. El artículo VII del Título Preliminar del CP es una de las principales disposiciones que están en la base de nuestro sistema penal, máxime si marca y delimita los presupuestos y los límites de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico. El principio de la responsabilidad penal personal, o principio del hecho propio, debe contar con una realización completa en el sistema penal peruano. Impone la necesidad de que se eliminen todas las hipótesis de responsabilidad objetiva que se encuentran en la Parte General, Parte Especial o en las leyes penales⁽¹⁾. En el contexto cultural y teleológico este principio caracteriza a todo ordenamiento jurídico moderno que busca el equilibrio entre eficiencia y garantismo, siendo un núcleo innegable de civilidad⁽²⁾.

Se trata de un principio penal de indiscutible inspiración constitucional que repercute en la configuración y estructura de todo el Derecho penal, cuya fuente es el respeto a la dignidad de la persona humana. Vincula tanto

(1) Cfr. GROSSO, C., "Responsabilit  pénale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva". En: *Revista Italiana di Diritto e Procedura Pénale*, p. 409.

(2) Cfr. PAGLIARO, A., "Colpevolezza e responsabiliza obbiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica". En: *Revista Italiana di Diritto e Procedura Pénale*, p. 387.

al legislador⁽³⁾ como al juez. En él se consagra el carácter exclusivamente personal de la responsabilidad, asumiendo un significado particular al fijar una elección constitucional acerca del injusto penal.

3 Su valor no solo radica en fijar una responsabilidad penal personal que descarte claramente la posibilidad de responder por hechos ajenos o de otros⁽⁴⁾ (principio propio), sino que funda tanto la noción del injusto penal y, por tanto, del delito; sostiene el principio de la accesoriedad de la participación y, sobre todo, la forma de responsabilidad objetiva, es decir aquella que vaya más allá y no respete los límites del dolo y de la culpa (principio de responsabilidad).

4 2. No se trata de un precepto cuya aplicación se centra en el campo puramente o que determine el *quantum* de la responsabilidad, v. gr. el principio de proporcionalidad; sino que más bien determina la consideración del delito como injusto personal⁽⁵⁾. Con ello, el legislador ha delineado también una diferencia sustancial del injusto penal con otras formas y expresiones de ilicitud, propias del ordenamiento jurídico, v. gr. la responsabilidad objetiva, llamada responsabilidad por el riesgo o por la infracción de los deberes de solidaridad del Derecho Civil, etc., superando la noción liberal de responsabilidad y reemplazándola por planteamientos que la hacen recaer en aquel que controla las condiciones generales de riesgo, en un grado que traduce el riesgo en costo, conjugando el juego de la ganancia y de la pérdida con el instrumento del seguro y de la autoprotección (TRIMARCHI).

5 3. En su contenido mínimo la norma consagra la prohibición de la responsabilidad por actos de otro⁽⁶⁾. La pena no debe imponerse a un sujeto distinto del autor o participe del delito⁽⁷⁾. La responsabilidad penal se construye sobre la base efectivamente cometido y no tanto de la fórmula típica imputada⁽⁸⁾ e indica la pertenencia de un hecho a un sujeto, tanto desde el punto

(3) Cfr. MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Corso di Diritto Pénale, Nozione, struttura e sistematica del reato*, p. 81.

(4) Cfr. MOCCIA, S., "La aporía de la responsabilidad objetiva". En: *El Derecho penal entre el ser y valor. Función de la pena y sistematica teleológica*, p. 147.

(5) Cfr. BRICOLA, F., "Teoría general del reato". En: *Novissimo Digesto Italiano (Diretto da: Antonio Azara y Ernesto Eula)*, p. 51; MOCCIA, S., "La aporía de la responsabilidad objetiva". *Op. Cit.*, p. 145.

(6) Cfr. CASTALDO, A., "La struttura del delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale. Responsabilita penale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva". En: *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1021; BRICOLA, F., "Teoría general del reato". *Op. Cit.*, p. 51.

(7) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa". En: *100 años de la Procuraduría de la República*, p. 115.

(8) Cfr. MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Corso di Diritto Pénale, Nozione, struttura e sistematica del reato. Op. Cit.*, p. 82.

de vista externo como interno, como presupuesto para la subsiguiente imposición de consecuencias jurídicas⁽⁹⁾. Se prohíbe instrumentalizar la libertad individual del hombre en la búsqueda de objetivos político-criminales, prescindiendo de su comportamiento concreto⁽¹⁰⁾. En su contenido más amplio el principio de la responsabilidad personal exige que el hecho imputado, para que sea legítimamente punible, debe necesariamente incluir, por lo menos, la culpa del agente⁽¹¹⁾.

4. Incluso, si se quiere extender los alcances de este principio a la órbita de la teoría de la pena y si se asume que la pena tiene una función reeducativa y resocializadora, esta no puede aplicarse de una forma que altere la esencia y la estructura de la personalidad del reo o que sea una vía ineficaz e inútil en el caso concreto para la recuperación del autor del delito, aun cuando pueda servir a otra persona distinta que ha cometido la misma clase de delitos. Únicamente sobre la base de un hecho propio y de la responsabilidad personal puede emprenderse legítimamente una resocialización o confiar que es posible una no desocialización. Para reeducar es necesario que el sujeto sea por lo menos responsable de un delito a título de culpa. Asimismo, no es posible resocializar si es que no hay un acto objeto de desaprobación⁽¹²⁾.

Una dudosa fuente de legitimación de la responsabilidad objetiva puede encontrarse en los criterios de prevención general negativa, o prevención intimidatoria. Por ella se envía un mensaje al ciudadano de las consecuencias negativas que pueden recaer sobre él, si es que decide realizar cualquier acción que pueda “causar” un resultado estimado como disvalioso⁽¹³⁾. Se alude también a una supuesta función político-criminal que cumpliría la responsabilidad objetiva en el plano procesal, especialmente en el derecho probatorio, al servir de pretexto para eliminar las dificultades de prueba del dolo y de la culpa. Sin embargo, desde la perspectiva de la prevención general, el respeto y la confianza en las normas solo se logran mantener cuando las personas responden por sus acciones y omisiones (imputables a ellos), tanto desde el punto de vista objetivo y subjetivo⁽¹⁴⁾. Finalmente, se recuerda que la imposición de una san-

(9) Cfr. MOCCIA, S., “La aporía de la responsabilidad objetiva”. *Op. Cit.*, p. 151.

(10) Cfr. BRICOLA, F., “Teoría general del reato”. *Op. Cit.*, p. 51.

(11) Cfr. CASTALDO, A., “La struttura del delitti aggravati dall’evento tra colpevolezza e prevenzione générale. Responsabilita penale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva”. *Op. Cit.*, p. 1023.

(12) Cfr. FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale*, p. 592.

(13) *Ibidem*, 588.

(14) Cfr. MOCCIA, S., “La aporía de la responsabilidad objetiva”. *Op. Cit.*, p. 152.

ción penal que prescinda del dolo o de la culpa no tiene ningún sentido, cualquiera sea el fin de la pena que se ponga en consideración⁽¹⁵⁾.

- 8 5. La formulación del precepto y los alcances del principio de responsabilidad personal se extiende también a proscribir toda forma de responsabilidad objetiva⁽¹⁶⁾. Esta prohibición es distinta a la prohibición de imputar un hecho ajeno⁽¹⁷⁾. En efecto, es posible incurrir en una responsabilidad objetiva, sin atribuir el hecho a otra persona.

- 9 Se entiende por responsabilidad objetiva todos los casos en los que la ley o el juez pone a cargo de una persona un elemento objetivo (esencial o accidental) de un tipo penal, independientemente de la existencia de dolo o culpa, o si hay la previsibilidad de un evento no voluntario⁽¹⁸⁾.

- 10 6. Existe una lamentable perversión de principios constitucionales de carácter penal cuando no solo se hace responder a una persona quebrantando las exigencias de la relación de causalidad o de los criterios de imputación objetiva⁽¹⁹⁾, v. gr. se pretende castigar por un hecho fortuito⁽²⁰⁾ o por un comportamiento que cae dentro del riesgo permitido⁽²¹⁾, sino cuando respetándose las reglas de la imputación y de la causalidad a la persona se le hace responder más allá de su conocimiento y voluntad, v. gr. un hecho culposos se lo convierte, por capricho judicial, en doloso⁽²²⁾.

- 11 El principio de la responsabilidad penal personal o principio del hecho propio no admite excepciones ni fisuras. Abarca tanto acciones y omisiones. Nadie puede responder por una acción o una omisión que no le pertenece o no es suya. No debe entenderse como una excepción los casos de la responsabilidad penal por omisión (propia o impropia)⁽²³⁾, al no haber controlado

(15) Cfr. CASTALDO, A., "La struttura del delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale. Responsabilita penale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva". *Op. Cit.*, p. 1021.

(16) En la doctrina italiana, véase FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale. Ob. cit.*, p. 588.

(17) Cfr. MOCCIA, S., "La aporía de la responsabilidad objetiva". *Op. Cit.*, p. 156.

(18) Cfr. GROSSO, C., "Responsabilita pénale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva". *Op. Cit.*

(19) Cfr. FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale. Ob. cit.*, p. 588.

(20) Cfr. GROSSO, C., "Responsabilita pénale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva". *Op. Cit.*, p. 411.

(21) Cfr. FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale. Ob. cit.*, p. 588.

(22) Cfr. MOCCIA, S., "La aporía de la responsabilidad objetiva". *Op. Cit.*, p. 145; FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale. Ob. cit.*, p. 588.

(23) Con matices, GIMBERNAT ORDEIG, E., "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa". *Op. Cit.*, p. 115 ss.

fuentes de peligro o no haber interpuesto medidas oportunas de contención de riesgos; en especial, la omisión que deriva de la estructura jerárquica y del principio de división de trabajo —ya sea del Estado o de una empresa— por el cual quien ostenta el poder de decisión o ejerce una posición de superioridad tiene la obligación de vigilar, controlar y supervisar el comportamiento de los subordinados dentro del respectivo sector del tráfico.

Por tanto, el principio jurídico-político de la responsabilidad penal personal reconoce que todo factor que determina la imputación penal a un sujeto, debe ser realizado por este o por un tercero —siempre que haya una posición de garantía y la obligación de controlar una fuente de peligro— concurriendo un comportamiento doloso o culposo⁽²⁴⁾. El sujeto no puede responder por un comportamiento lícito, por la creación de un riesgo que se concreta en el resultado debido a un tercero —no habiendo posición de garantía— o por un fenómeno natural.

7. La responsabilidad objetiva no solo constituye una institución arcaica, 13 contraria a los principios constitucionales básicos, al vulnerar directamente la dignidad de la persona humana, sino que desde el punto de vista político-jurídico y del pluralismo —que como garantía debe mantener todo Estado de Derecho— constituye un resabio de la identificación entre delito y pecado, entre derecho y moral, pues ella parte de la premisa que la persona debe responder de todas las consecuencias de su pecado o su ofensa a Dios y no tanto por su comportamiento prohibido exclusivamente por las normas jurídicas, al margen de lo que realmente quiso hacer, o de si su acción es predecible o fortuita⁽²⁵⁾.

Asimismo, al ciudadano se le expone al peligro de sufrir una condena y 14 ser privado de alguno de sus derechos fundamentales por resultados y factores que son incontrolables de su parte, con la consecuencia, adicional, de tener que organizar y programar su vida con el riesgo de sufrir un accidente y padecer una condena⁽²⁶⁾. El cálculo de lo imprevisible o inevitable pasa a ser también (caprichosamente) un elemento de cómputo de los ciudadanos en el momento de autodeterminarse a realizar una conducta.

8. El artículo VIH del CP consagra dos principios: el principio del hecho 15 propio y el de responsabilidad subjetiva.

(24) Cfr. BRICOLA, F., "Teoría general del reato". *Op. Cit.*, p. 51.

(25) Cfr. FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Penale. Ob. cit.*, p. 588.

(26) Cfr. *Ibidem*, 593.

II. Principio del hecho propio

16 1. Este principio, eje del Derecho penal contemporáneo, recibe diversas denominaciones por parte de la doctrina. Algunos autores lo llaman principio de materialidad de la acción⁽²⁷⁾, otros lo denominan principio de la objetividad material del delito⁽²⁸⁾, principio de culpabilidad por el hecho aislado⁽²⁹⁾ o, de manera más sencilla, principio del acto⁽³⁰⁾ o principio del hecho⁽³¹⁾. Nosotros, basados en los argumentos que luego se expondrán, hemos considerado pertinente denominar a este axioma penal como principio de responsabilidad por el hecho propio, buscando hacer hincapié en la necesidad que la responsabilidad jurídico penal se asiente sobre una determinada conducta externa que efectivamente haya sido realizada por la persona a quien se le imputa la comisión del injusto penal, y en especial, el resultado, de tal manera que se excluya su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser causado por otros sujetos.

17 2. Ningún daño, ningún resultado, por más grave que sea, que perjudique a un individuo, a la sociedad o al Estado puede estimarse penalmente relevante sino es como efecto de una conducta humana⁽³²⁾. Solo el hombre puede delinquir y solo sus acciones gozan de mérito o demérito. El ordenamiento jurídico repara en dichas conductas, ya sea para imponer una sanción negativa (pena o cualquier otra medida que elimine o restrinja derechos) o una sanción positiva (recompensa o beneficio por una acción valiosa)⁽³³⁾. Los eventos dañosos que causan grave perjuicio y que se corresponden o son causados por las fuerzas de la naturaleza o el puro azar no pueden generar ninguna clase de responsabilidad penal. En estos casos el Estado está liberado de imponer cualquier sanción. Solo las conductas humanas tienen relevancia para el Derecho y solo en la medida en que existan pueden generar alguna clase de consecuencia jurídica. Aquello que no es dominado por el hombre ni provocado por su voluntad no puede hacer surgir una reacción jurídica y menos

(27) Así FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 480.

(28) Véase BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, p. 114.

(29) ZIPF, H., "Introducción a la política criminal". En: *Revista de Derecho Privado*, p. 50.

(30) De esta manera VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 270; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*. Tomo II, p. 20.

(31) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal*, p. 315; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 278.

(32) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 480.

(33) Véase, BOBBIO, N., "La función promocional del Derecho". En: *Contribución a la Teoría del Derecho*, p. 376 ss.

despertar una sanción jurídico-penal. Sin una conducta no solo no hay delito, sino que no puede imponerse una sanción jurídica. El Derecho mismo es inimaginable sin el comportamiento humano. Como bien apuntó MAGGIORE: “El hombre es delincuente por su obrar y en su obrar, no por su ser, aún no revelado en obras”⁽³⁴⁾.

3. La fijación de toda responsabilidad jurídica, incluida la penal, gira alrededor de la exigencia de un comportamiento humano que es su presupuesto. Sin embargo, no se crea que esta fue una característica inherente a toda civilización o que se encontró presente en toda la historia de la humanidad. Nada de eso. Por el contrario, dicha concepción representa un salto cualitativo de inapreciable valor que marca un hito en la historia del hombre y su cultura, que apareció luego de considerar a la persona como el ente principal del mundo y que solo debía responder por las acciones que dependían de su voluntad y que, por tanto, contralaba⁽³⁵⁾.

De un primer estadio, en el cual se hacía responsable a una persona de todos los resultados que estaban asociados o unidos a su actuar (exista o no causalidad o previsibilidad), se pasó a otra etapa caracterizada por la atribución de la responsabilidad de un resultado en cuya producción se ha participado directamente; hasta llegar a una etapa superior, en la que no se puede hacer responsable al autor por su comportamiento, aunque lo haya querido, si el resultado se debe a circunstancias que estaban más allá de su control y voluntad, o no se ha creado ningún peligro o, habiéndolo hecho, este no ha concretado en el resultado⁽³⁶⁾.

La conducta humana paulatinamente pasó a tener un valor cada vez más decisivo, siendo indispensable para la fijación de la responsabilidad penal. Al hombre no le basta actuar para que se haga acreedor a una sanción jurídico-penal, es necesario que dicha acción haya de manera efectiva provocado el resultado, para lo cual hay que comprobar una relación de causalidad según las leyes de la naturaleza y la creación de un riesgo típicamente desaprobado

(34) MAGGIORE, G., *Derecho penal*. Ibídem, p. 309, quien apunta que: “Un delincuente que nunca ha delinquido es como un genio que nunca ha hecho algo genial o un santo que nunca ha realizado un acto de santidad”.

(35) Este paso gigantesco que sin desgajar al hombre de la naturaleza, lo puso por encima de ella, llenándolo de un sentido ético-espiritual irrefutable, significa también el triunfo de la racionalidad sobre la superstición y el predominio de la conciencia humana sobre los mitos y creencias inconscientes.

(36) Al respecto, y contemplando este punto dentro del principio de imputación subjetiva, HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*. Traducción de ARROYO ZAPATERO y MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1984, p. 274 ss.

que se concrete en la lesión a un bien jurídico. Tenemos así que no basta la verificación de una conducta para que la persona comparezca ante el escenario de la justicia criminal, dado que resulta indispensable que dicha acción sea idónea para generar el resultado según las leyes científicas y de la experiencia, y que se corresponda con criterios normativos (ámbito de protección de la norma, creación de un riesgo, incremento de un peligro, etc.) de tal manera que el evento producido pueda imputarse a una acción.

21 Asimismo, se encuentran superados los tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a todo el clan o la familia del delincuente o se trasladaba de una generación a otra. Hoy en día, la responsabilidad penal y la imposición de una sanción jurídico-penal se caracterizan por exigir una conducta efectivamente cometida y porque en ellas cada persona responde de acuerdo a su acción y grado de contribución objetiva y subjetiva en la producción del delito. Actualmente está vedada la responsabilidad por acciones ajenas. Ella es personal e intransferible.

22 4. El principio de responsabilidad por el hecho implica que el Derecho penal, como sucede en el ordenamiento jurídico en general, solo puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una “conducta objetiva”⁽³⁷⁾. Mientras la intención no se objetive ni se exprese externamente la voluntad que altera la paz social lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no puede plantearse ninguna clase de responsabilidad penal. Toda conducta o “voluntad objetivada” penalmente relevante, además, de ser captada por los sentidos, al suponer un despliegue de energía (acción) o al tener un contenido normativo valorativo (omisión) debe poseer una trascendencia y un significado social⁽³⁸⁾, ya sea por comprometer un interés colectivo o un bien individual, dado que si ellos son tutelados por el Derecho penal deben representar un proceso o relación social de indudable valor⁽³⁹⁾.

(37) SCHOPENHAUER sostenía que: “El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el Estado, la intención o la voluntad no se toman en cuenta, sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho”.

(38) BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y Procesal Penal*. Op. Cit., p. 114.

(39) Sobre el bien jurídico, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 56; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 231; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 134 ss. En la doctrina nacional, URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p. 805 ss.

Además de la importancia social, la conducta debe estar prevista en la ley, ²³ en virtud de que en el Derecho penal solo tienen relevancia jurídica las acciones descritas en una ley, dada la vigencia irrestricta del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico. De tal suerte tenemos que en el Derecho penal contemporáneo el principio del hecho propio no justifica por sí solo la responsabilidad penal, sino que esta nace en la medida en que la conducta se encuentre descrita previamente en una ley penal. Solo las conductas o hechos humanos previstos y establecidos en una ley penal pueden generar responsabilidad penal. Una conducta inmoral o nociva socialmente, por más que sea manifestación auténtica de una personalidad malvada, si no se encuentra consagrada en una ley penal, no legitima la aplicación de una pena o medida de seguridad. Únicamente la ley como presupuesto político y la conducta humana como presupuesto óntico-valorativo legitima la aplicación de una sanción.

Como consecuencia del principio de responsabilidad por el hecho propio ²⁴ se proscribe la responsabilidad por el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico. La esfera íntima de los ciudadanos, los fueros internos, no pueden ser intervenidos ni juzgados por el ordenamiento jurídico, y menos por el Derecho penal, imponiendo una sanción, al ser ello competencia exclusiva de la moral y la ética. Como bien se apunta, el orden jurídico regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia⁽⁴⁰⁾. El pensamiento y el mero designio criminal, al no exteriorizarse en una acción, no lesionan ningún bien jurídico y no ponen en riesgo la paz social que el Derecho resguarda, como tampoco hacen necesaria una estabilización de las expectativas normativas ni generan algún daño para la sociedad o el individuo concreto.

El contenido del principio del hecho propio tiene su expresión más notoria ²⁵ en la exigencia de realización de conductas externas que modifiquen los procesos vitales de otras personas o las relaciones sociales del mundo organizado, apareciendo como una conducta cargada de significado social que al cambiar la realidad y ocasionar la lesión de bienes jurídicos es valorada negativamente por terceros y por la sociedad en su conjunto. La cobertura del principio se extiende también a las omisiones típicas (delitos omisivos) que si bien no pertenecen al mundo de la naturaleza ni tienen un fundamento ontológico⁽⁴¹⁾, forman parte

(40) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 315.

(41) Sobre el fundamento de la omisión, véase SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Editorial B de f, Montevideo, 2003, pp. 21, 81 y 123; HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, p. 25.

de las modalidades de conducta relevante penalmente. Del artículo 11 del CP se deduce que no solo la acción, sino también la omisión, origina la presencia de un delito o falta si se halla penada por la ley⁽⁴²⁾.

III. Principio de responsabilidad subjetiva

- 26 1. El principio de responsabilidad subjetiva suele también denominarse principio de imputación subjetiva, principio de dolo o culpa o, de manera más sencilla y gráfica, elemento subjetivo del delito. Comúnmente se le identifica con el principio de culpabilidad al que se le asocia de manera genérica⁽⁴³⁾. El principio de responsabilidad subjetiva sería así uno de los contenidos, tal vez el más importante, del principio de culpabilidad. Sin embargo, dicho parecer, siendo válido desde la perspectiva tradicional (causalista), que consideraba al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, hoy deviene en impracticable. Ello se debe en gran medida a la influencia de la teoría finalista de la acción, que produjo un cambio de ubicación de las modalidades más importantes de la responsabilidad subjetiva (dolo y culpa) de la culpabilidad al tipo penal⁽⁴⁴⁾.
- 27 2. En la actualidad pareciera que el único camino a seguir, moviéndose de manera paralela con las nuevas corrientes del Derecho penal, es el de independizar la importancia y contenido del principio de responsabilidad subjetiva, desligándolo de cualquier lastre etizante o concepción normativo-psicológica, propia del concepto complejo de culpabilidad. Pese a ello, somos partidarios de mantener el principio de responsabilidad subjetiva como una de las consecuencias materiales del principio de culpabilidad en su vertiente político-criminal.

(42) En sentido similar, en el Derecho español, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 295.

(43) De este modo procede, por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 490, quien otorga tres contenidos al principio de culpabilidad, como son: a) la personalidad o suidad de la acción que refleja la relación de causalidad entre la acción y el resultado; b) la imputabilidad o capacidad psicofísica del reo; y c) La culpabilidad en sentido estricto, llamada intencionalidad, que designa la conciencia y la voluntad del concreto delito y que puede asumir también la forma de dolo o culpa. También VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 390, para quien: "Solo con el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal".

(44) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 87, quien afirma: "La denominación de principio de culpabilidad era lógica cuando se trataba el dolo y la imprudencia como formas o grados de culpabilidad, y sigue siendo coherente para la doctrina, hoy minoritaria que aún mantiene esa concepción. Pero si se considera, con la doctrina mayoritaria, que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del injusto típico y que constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como es lo correcto, entonces no es coherente designar a la exigencia de dolo e imprudencia principio de culpabilidad, sino principio de responsabilidad subjetiva (por contraposición a la objetiva), denominación que tiene, además, la ventaja de neutralidad, ya que sirve tanto para quienes piensan que esto es un problema de injusto como para quienes lo siguen considerando un problema de culpabilidad".

Una postura de esta índole no olvida los avances dogmáticos irreversibles producidos en las últimas décadas, que han terminado de normativizar la categoría de la culpabilidad, complementándola, en algunos casos, con criterios preventivos (ROXIN). Muy por el contrario, teniéndolos en cuenta se busca distinguir entre el principio de culpabilidad, entendido como elemento director de la política criminal del Estado, y la categoría de la culpabilidad, cuyo valor se restringe a constituir un aspecto de la construcción estratificada de la Teoría del Delito⁽⁴⁵⁾. El principio de culpabilidad tendría un contenido más amplio y profundo toda vez que serviría para limitar el ejercicio del *ius puniendi* y equilibrar el interés estatal de perseguir y castigar el delito, conservando los derechos y garantías de los ciudadanos que han delinquido. Justamente, uno de los elementos garantizadores del principio de culpabilidad es el principio de responsabilidad subjetiva.

3. El principio de responsabilidad subjetiva se caracteriza por exigir que la responsabilidad penal se erija sobre las consecuencias efectivamente queridas por el sujeto (dolosa) o por los resultados al menos previsibles que importen la infracción del deber objetivo de cuidado (culpa). Los hechos y resultados perjudiciales (muertes, lesiones, incendios, daños, etc.) que no sean intencionales o que no se vinculen a la previsibilidad de un hombre medio no pueden legitimar una intervención por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos (vida, libertad, patrimonio, etc.). Las consecuencias no queridas, las que son fruto del azar y se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma, carecen de idoneidad jurídica para fundar un juicio de reproche y la imposición de una pena.

La responsabilidad penal en el mundo contemporáneo solo puede edificarse sobre la base de la voluntad y el conocimiento de lo que efectivamente se pretendió causar. Asimismo, la desaprobación de una conducta debe guardar relación con la infracción de una norma de cuidado, sea una norma jurídica, positivizada o del derecho consuetudinario, o una regla de la experiencia.

Como advierte MANTOVANI: “En el proceso de subjetivación que ha identificado a la historia de la responsabilidad penal, el Derecho penal moderno, por un lado ha ido abandonando no solo la responsabilidad por el hecho ajeno, que pertenece a los comienzos del Derecho penal o a momentos regresivos de

(45) Realizan esta distinción ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 250; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal, Introducción*, pp. 283 y 287; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 97; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental. Op. Cit.*, p. 66, quien distingue entre un principio de culpabilidad en sentido amplio y en sentido restringido.

la historia de un pueblo, sino también la responsabilidad objetiva que constituye siempre la expresión de una concepción jurídica grosera, incapaz todavía de captar el valor de la actitud interna del sujeto al ser propia de épocas históricas superadas”⁽⁴⁶⁾.

- 31 El tránsito de una responsabilidad objetiva o por el resultado a una responsabilidad subjetiva es la manifestación de un proceso de espiritualización y humanización del Derecho penal⁽⁴⁷⁾ que marca el acercamiento a criterios subjetivos y el abandono de la mera producción de resultados externos como fundamento de la responsabilidad penal, muchas veces ajenos a la voluntad del hombre y solo relacionados por la pura causalidad. Asimismo, constituye un largo proceso histórico de dignificación del ser humano y de reconocimiento de su calidad de persona⁽⁴⁸⁾. Dicho proceso de espiritualización o subjetivización del Derecho penal, lejos de representar una vuelta a criterios moralizantes ya abandonados, se corresponde con el fundamento antropológico del Derecho, y en particular del Derecho penal, que obliga a contemplar no tanto el suceso exterior efectivamente causado por acción de una voluntad, sino a reparar en aquello que el individuo se representó y quiso hacer o, en su caso, pudo prevenir.
- 32 La contemplación del dolo y la culpa como las únicas formas de responsabilidad subjetiva sobre las que legítimamente puede imponerse una pena, constituye un distanciamiento del Derecho penal contemporáneo al de épocas pasadas. Hoy se puede afirmar que el desarrollo y humanización del Derecho penal actual están vinculados al respeto de desvalor interno de la acción (dolo o culpa) por encima de cualquier otra categoría jurídica de imputación. La responsabilidad subjetiva es por ello un principio que puede ser considerado como la columna maestra del Derecho penal y que se mantiene hoy en día inmovible como una “roca en medio del mar” (BELING).
- 33 4. La vigencia indiscutible del principio de responsabilidad subjetiva no solo comprende el ordenamiento jurídico-penal, sino toda la cultura humana que desde antiguo buscó precisar criterios de justicia para hacer responsable al hombre por sus actos. Dicho camino ha sido tortuoso, difícil y no siempre lineal. Así, la responsabilidad en los pueblos primitivos descansaba tanto en la idea del daño, a veces independiente de la idea de causalidad física, como en

(46) MANTOVANI, F., “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En: *Doctrina Penal*, p. 261.

(47) Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 488; MAGGIORE, G., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 449; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 31. También MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 97.

(48) SOLER, S., *Derecho penal argentino*, p. 2.

la proximidad o relación afectiva (pariente del autor, su clan, familia, tribu, etc.)⁽⁴⁹⁾, muy al margen de la intención del sujeto. Dicha práctica, aunque con matices, es asumida por el Derecho griego, el que lejos de entender la responsabilidad en términos individuales (inocentes o culpables), la transfería colectivamente a otros miembros del clan. En el Derecho hebreo se establecían penas para los hijos o descendientes del reo hasta la séptima generación, sin distinguirse entre delitos voluntarios e involuntarios. En el Libro de Éxodo, Cap. 20 vers. 5, se puede leer: “Yo, el eterno tu Dios soy un Dios celoso que castiga la iniquidad de los padres en la persona de sus descendientes hasta la tercera y cuarta generación”. En el Derecho germánico el *wergeldse* debía pagar como resarcimiento, sin distinguir entre hechos voluntarios e involuntarios; no obstante, el *fredus* se pagaba cuando el hecho dañoso se cometía intencionalmente. Prevalecía aquí en la medida del injusto el resultado causado. Por su parte, el Derecho canónico permitió el desarrollo del pensamiento del *versari in re illicita*⁽⁵⁰⁾.

El principio de responsabilidad subjetiva encuentra sus antecedentes en el Derecho romano en el que se planteó que “ningún hecho será condenable, sin que exista en el reo conocimiento de su injusticia”. Las XII Tablas declararon: *si quis liberum hominem dolo sciens mortí duit parricida esto* (si alguno, a sabiendas y con dolo da muerte a un hombre libre, considérese como parricida). Este principio fue tomado por el cristianismo que pulió la idea: “Donde no hay intención no hay pecado ni delito”, siendo luego teorizado hasta sus últimas consecuencias por el pensamiento penal ilustrado, la dogmática jurídica alemana del siglo XIX y en especial, la ciencia penal del siglo XX. 34

5. El principio de responsabilidad subjetiva, o participación interna, tal como se halla formulado actualmente, permite distinguir dos grados de intervención interna en el delito: la responsabilidad subjetiva dolosa y la responsabilidad subjetiva culposa. Dicha diferencia se halla avalada por las modernas investigaciones de carácter psicológico, las que acreditan de manera irrefutable que el juicio moral se halla enraizado en la conciencia de nuestra cultura, siendo imposible desprenderse o mantenerse al margen de él. HASSEMER sostiene que entre la evolución histórica de los mecanismos de imputación subjetiva, desde los más primitivos hasta los más desarrollados, y la biografía personal, entendida como evolución psicológica de una personalidad media, pueden encontrarse profundas semejanzas y relaciones que se hallan marcadas 35

(49) A mayor extensión, ANTÓN ONEGA, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 213.

(50) Con mayor información FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 487; MAGGIORE, G., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 448.

por la aparición y ulterior desarrollo de las valoraciones sobre las intenciones y demás disposiciones subjetivas del agente. Según la moderna psicología, el dolo y la culpa no habrían aparecido por generación espontánea, sino como consecuencia de un lento y largo desarrollo.

36 Sin embargo, los grados y niveles de imputación subjetiva y su correlativa influencia en el marco abstracto de la determinación de la pena encuentra su justificación no solo en criterios psicológicos, sino que puede encontrar otros fundamentos de innegable valor e inaplazable atención⁽⁵¹⁾, los que explican la mayor gravedad —y, por tanto, la mayor punición— de los delitos dolosos respecto a los delitos culposos y la limitación de los hechos imprudentes a un *numerus clausus* fijado exhaustivamente en la ley, que se diferencia de la regla de la punición general de los delitos dolosos⁽⁵²⁾.

37 Un primer criterio estima que la mayor penalidad de los delitos dolosos sobre los culposos se ampara en que es más peligrosa para un bien jurídico la conducta que se dirige intencionalmente a lesionarlo (dolo directo de primer grado), la que se realiza pese a saber que lesionará el bien jurídico (dolo directo de segundo grado) o la que se acepta como capaz para producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada para evitarlo (dolo eventual). Por su parte, la peligrosidad de la conducta es menor cuando el sujeto no quiere la lesión del bien jurídico y trata de evitarla y puede confiar en hacer algo para evitarlo, tal como sucede con los comportamientos imprudentes⁽⁵³⁾.

38 A esta posición se le critica por el hecho de que la menor punición del delito imprudente solo estaría justificado si —prescindiendo de toda valoración objetiva del riesgo— se interpreta exclusivamente el suceso típico desde el punto de vista del autor, conclusión a la que no se llega si se parte de la premisa de que el riesgo en un delito doloso y en un delito imprudente siempre

(51) Véase ampliamente, RAGUÉS I VALLES, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 32 ss.

(52) Cfr. ROMANO, M., *Commentario Sistemático del Código Penal*, Nm. 43/63, p. 423. Ampliamente, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de ‘lege data’ y de ‘lege ferenda’)”. En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 62, pp. 304-305.

(53) Así, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 69 s; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 331 y 406; CASTALDO, A., “La concreción del ‘riesgo jurídicamente relevante’”. En: *Política Criminal y Nuevo Derecho penal* (Libro homenaje a Claus Roxin), p. 233, y en especial p. 240: “La circunstancia de que la intencionalidad de la ofensa, típica en el ilícito doloso, disminuye e) *quantum* de riesgo que el ordenamiento está dispuesto a tolerar, ampliando de este modo el área de riesgo significativo imputable al autor”. Luego señala: “Una conducta calificada como irrelevante en relación con hechos culposos, puede llegar a ser, por tanto, jurídicamente significativa, en caso de que esté realizada desde una intencionalidad lesiva” (p. 241).

es el mismo⁽⁵⁴⁾. Más que hablarse de una mayor peligrosidad de la acción en un delito doloso lo que se pretende remarcar aquí es una supuesta mayor peligrosidad del autor, argumento que encontraría su sustento en criterios preventivo-especiales. Sin embargo, si se toma en cuenta la integridad futura de los bienes jurídicos no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente⁽⁵⁵⁾ o la menor culpabilidad del delito culposo no implica de manera indispensable la menor peligrosidad social del autor⁽⁵⁶⁾.

Un segundo planteamiento considera que la mayor punición del delito 39 doloso respecto al delito imprudente reside en que en el primero el autor expresa una decisión contra los bienes jurídicos que se echa de menos en las infracciones imprudentes⁽⁵⁷⁾. En efecto, si la misión del Derecho penal es proteger los bienes e intereses jurídicos fundamentales sin los que sería inimaginable una convivencia pacífica, una conclusión elemental de ello es que se debe castigar con una mayor sanción los atentados contra los bienes jurídicos que se producen de modo intencional (doloso) respecto a aquellos hechos en los que la lesión o puesta en peligro es consecuencia del obrar precipitado e irreflexivo o se produce por una falta de atención⁽⁵⁸⁾. A esta postura se le critica —luego de reconocer que se trata de una determinada valoración de la realidad— el no explicitar los motivos por los que debe castigarse más gravemente a quien se

(54) Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*, p. 29 ss.

(55) Cfr. RAGUÉS I VALLES, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 40 ss.

(56) Cfr. MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Op. Cit.*, p. 336.

(57) Así, STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Nr. 253, p. 94: “El autor que obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras que el que lo hace con culpa, no”; MAURACH, R. / GOSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 125: “(...) se pueden señalar dos distintas clases de perjuicios evitables; por un lado, aquellos que se dirigen conscientemente hacia el perjuicio representado del bien jurídico y, por el otro, aquellos que si bien conducen a un perjuicio evitable, en virtud de una dirección final, no buscan dicho perjuicio. Al primer grupo pertenecen los hechos dolosos, al segundo, los culposos. Por lo tanto, los hechos dolosos y los culposos se distinguen subjetivamente en que, en los segundos, el perjuicio del bien jurídico aprehendido en la norma respectiva no es perseguido como objeto de la acción”; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 302: “El delito doloso supone una rebelión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito”; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 331, quien junto a la mayor peligrosidad objetiva de la acción dolosa sobre la culposa señala también que “el dolo supone un enfrentamiento más abierto al Derecho que la imprudencia”.

(58) En sentido similar, JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 511 cuando señala: “El contenido del injusto y de la culpabilidad del delito imprudente es menor que del hecho doloso, porque aquí el autor no contraviene voluntariamente el mandato del ordenamiento jurídico, sino solo por falta de atención”.

decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo⁽⁵⁹⁾.

40 Un tercer criterio estima que la mayor penalidad del autor doloso sobre el culposo reside en la particularidad de que al primero le es más fácil evitar la realización del tipo objetivo a diferencia del segundo que por desconocer el peligro que se cierne o sobrevalorar sus fuerzas —o en suma por incurrir en un error— no se halla en condiciones de evitar o impedir que el riesgo se produzca o se concrete. Esta posición es sustentada por OTTO, SAMSOM, SCHÜNEMANN y FRISCH⁽⁶⁰⁾. Se parte aquí de la premisa que quien es consciente del peligro, planifica el hecho o aquel que domina su voluntad e intención le es mucho más sencillo evitar las posibles consecuencias de su conducta, ello si se lo compara con aquel que ni siquiera sabe lo que hace o no es consciente de los riesgos de su conducta. El autor doloso tendría un mayor poder de evitación y un mayor poder de control sobre el suceso que el autor imprudente, pues quien apenas conoce los alcances de su comportamiento difícilmente puede hacer algo para impedir o evitar determinado desenlace. Mientras que al autor doloso le basta con dejar de actuar (delito comisivo) o realizar la conducta ordenada (delito omisión), al autor imprudente se le exige prestar atención sobre la conducta o el riesgo que configura. Quien sabe lo que está por sobrevenir puede desarrollar un mejor comportamiento de acuerdo a Derecho que quien lo ignora. En efecto, las mayores cuotas de conocimiento y estimación de la clase de conducta que se emprende o del tipo de riesgo que se crea hace que el sujeto posea mayores posibilidades de evitar la realización del tipo objetivo. Dicho poder de evitación —según se sostiene— determinará una sanción y valoración negativa más intensa del dolo respecto a la imprudencia. No obstante, se critica a este punto de vista el no explicar la diferencia de penalidad del dolo y la culpa sobre la base de criterios preventivos, sino que en último lugar alude a una supuesta y aparente mayor maldad y egoísmo del autor doloso⁽⁶¹⁾; además, que se trataría de un argumento psicologizante, muy problemático, pues no es una conclusión obligada que de un hecho psíquico se derive una valoración⁽⁶²⁾, es decir, no es obligado que de un mayor poder de evitación se derive una mayor sanción para el delito doloso.

(59) Véase, RAGUÉS I VALLES, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Op. Cit., p. 39.

(60) Ampliamente, ibídem, p. 37.

(61) Ibídem, p. 38.

(62) Cfr. JAKOBS, G., "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 137, nota 16.

Un cuarto planteamiento —sustentado por GÜNTHER JAKOBS y sus seguidores— considera que el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente⁽⁶³⁾. Mientras el autor del delito doloso niega ante los demás ciudadanos la vigencia de la norma, el autor imprudente no es más que expresión de un error y no pone en tela de juicio la vigencia de la norma⁽⁶⁴⁾. Esta premisa es consecuencia de la premisa de considerar a la imprudencia como un error o —en palabras de JAKOBS— como el desconocimiento no dirigido⁽⁶⁵⁾. En suma, se considera que “la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de la norma penal. Por contra, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea solo expresión de fracaso de un sujeto en su planificación individual⁽⁶⁶⁾.”

A esta postura se le puede objetar el reducir la diferenciación del dolo y la culpa a criterios exclusivamente preventivos —y en concreto a postulados preventivo-generales— dejando de lado consideraciones valorativas como la misma idea de justicia y el principio de igualdad, los cuales reclaman un tratamiento y una sanción distinta para fenómenos psíquico-normativos (dolo y culpa) que se diferencian nítidamente. Asimismo, se puede censurar a este planteamiento el estimar como modalidad típica de conducta penalmente relevante al comportamiento doloso, al que se le asigna la calidad de expresión de sentido negadora de la vigencia de norma, mientras que la conducta culposa solo sería expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual, tesis que de aceptarse hasta sus últimas consecuencias determinaría que solo las acciones dolosas implican una infracción de la norma de conducta, a diferencia de la conducta imprudente que solo reflejaría un fracaso en la planificación, cuando se sabe que ambas formas de comisión del delito suponen una infracción normativa. Por otro lado, se pasa por alto que también el autor doloso de una tentativa inidónea refleja un fracaso en su planificación individual.

(63) Así, RAGUÉS I VALLES, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Op. Cit., p. 41.

(64) JAKOBS, G., “El principio de culpabilidad”. En: *Estudios de Derecho penal*, p. 371.

(65) JAKOBS, G., “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos”. Op. Cit., p. 139.

(66) Cfr. RAGUÉS I VALLES, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Op. Cit., p. 43.

43 No faltan autores, que emplean criterios múltiples y de diverso cuño para determinar la diferencia entre dolo y culpa como la justificación de la mayor sanción del primero. Así, por ejemplo se sostiene que el dolo implica una lesión más intensa al bien jurídico y la mayor agresividad de la acción dolosa viene reflejada no solo desde la perspectiva de la víctima del acto delictuoso, sino por la misma colectividad, la que se siente más amenazada en la medida en que el ataque al bien jurídico depende de una decisión voluntaria del delincuente⁽⁶⁷⁾. Se señala también que la mayor punición del dolo respecto a la imprudencia se justifica sobre la base de la mayor participación interna del sujeto en el comportamiento doloso⁽⁶⁸⁾, situación que queda reflejada y patente sobre la base de tres argumentos: 1° La posición frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico; 2° La relación con la norma infringida que al ser realizada con plena conciencia del peligro le obliga a dar un giro normativo; y 3° La relación con la sociedad de la que forma parte que afecta la reciprocidad de la perspectiva⁽⁶⁹⁾.

44 Por último, se alude a la existencia de una relación gradual normativa entre el dolo y la imprudencia en el sentido de poder atribuir al dolo una mayor magnitud de injusto y culpabilidad que a la imprudencia respecto a la misma lesión del bien jurídico⁽⁷⁰⁾, o algunos plantean la necesidad de remitirse a las valoraciones del ordenamiento jurídico-penal que considera al hecho doloso como la forma delictiva más insoportable para la convivencia y más perturbadora para la vida social⁽⁷¹⁾.

45 Más allá de los argumentos esgrimidos que tienen en cuenta la peligrosidad de la acción, la mayor o menor evitabilidad del comportamiento, la decisión por la lesión del bien jurídico o los criterios preventivos generales a los que se apela para justificar una mayor sanción de los delitos dolosos respecto a los hechos imprudentes, creemos que una de las razones más importantes que explica de manera satisfactoria y plena el distinto tratamiento punitivo entre ambos, estriba en serios y contundentes criterios de justicia, como son los principios de igualdad y proporcionalidad.

46 En efecto, si se parte del núcleo del principio de igualdad que reclama un tratamiento igual para los iguales y un tratamiento desigual para los desiguales,

(67) Así, FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto Pénale. Op. Cit.*, p. 261.

(68) Así, DÍAZ PITA, M., *El dolo eventual*, p. 301.

(69) *Ibidem*, pp. 40, 302 ss.

(70) Así, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, Nm. 24/72, p. 1024.

(71) Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 65, p. 270 ss.

y si se admite la premisa que dolo y culpa son elementos de naturaleza psíquico-normativa distinta, una de las consecuencias lógicas más elementales que se obtiene es el plantear un tratamiento jurídico desigual o diferenciado en cuanto a las consecuencias jurídicas para ambos elementos subjetivos, dado que imponer una misma penalidad para conductas distintas vulneraría de manera clamorosa el principio de igualdad.

La distinta naturaleza del dolo y la imprudencia quedan reflejadas cuando se concibe el dolo como la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en hecho típico, y la imprudencia como la infracción de un deber objetivo de cuidado en el que se desconoce la realización de un hecho típico bien por un error sobre la existencia o medida del peligro o por una sobrevaloración de las fuerzas del autor. No se puede tratar igualmente a quien se decide por la realización del tipo y conoce de manera plena —aunque no necesariamente completa y absoluta— el peligro que crea respecto a aquel, que a quien no conoce el riesgo típicamente relevante o el grado del mismo.

Por otro lado, si se asume que el dolo y la culpa no tienen la misma estructura y constituyen, desde el punto de vista dogmático, algo distinto⁽⁷²⁾ (aliud) y que ambos poseen una distinta gravedad, la que se funda —en el caso del dolo— en el pleno conocimiento del riesgo típico que se crea, por aplicación elemental del principio de proporcionalidad, ambos elementos subjetivos deben diferenciarse en cuanto a su tratamiento punitivo, debiéndose imponer una mayor pena para los hechos dolosos que a los delitos culposos.

IV. Bibliografía

HANTÓN ONEGA, José, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Akal. Madrid, 1986; BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*. Traducción de GUTIÉRREZ ALVIZ-CONRADI. Basen, Barcelona, 1977; BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”. En: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción de Ruiz Miguel. Debate, Madrid, 1990; BRICOLA, Franco, “Teoría general del reato”. En: *Novissimo Digesto Italiano (Diretto da: Antonio Azara y Ernesto Eula)*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Tomo XIV, 1974; CASTALDO, Andrea, “La struttura del delitti aggrawati dall’evento tra colpevolezza e prevenzione générale. Responsabilita penale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva”. En: *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Anno XXXI, Milano, 1988;

(72) Cfr. MAURACH, R. / GOSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 511, 126; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 1024.

CASTALDO, Andrea, “La concreción del ‘riesgo jurídicamente relevante’”. En: *Política Criminal y Nuevo Derecho penal* (Libro homenaje a Claus Roxin); COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*. Edijus, Madrid, 1999; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 65, 1998; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de ‘lege data’ y de ‘lege ferenda’)”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 62, 1997; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*. Tomo II. Temis, Bogotá, 1986; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Traducción de Andrés IBAÑEZ. Trotta, Madrid, 2001; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto pénale*. 4ª edición. Zanicheli, Bologna, 2001; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”. En: *100 años de la Procuraduría de la República*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México; GROSSO, Cario Federico, “Responsabilita pénale persónate e singóle ipotesi di responsabiliza oggettiva”. En: *Revista Italiana di Dirítto e Procedura Pénale*, Giuffrè, Anno XXXI. Milano, 1988; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*. Traducción de ARROYO ZAPATERO y MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1984; HUERTA TOCILDO, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”. En: *Estudios de Derecho penal*. Recopilación y traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, y Manuel CANCIO MELIÁ. UAM y Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos”. En: *Estudios de Derecho penal*. Recopilación y traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, y Manuel CANCIO MELIÁ. UAM y Civitas, Madrid, 1997; JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Traducción de MANZANARES SAMANIEGO. Gomares, Granada, 1993; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Universitas, Madrid, 1996; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*. 2ª edición. Tomo I. Temis, Bogotá, 1985; MANTOVANI, Ferrando, “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En: *Doctrina Penal*, Año 6, 1983; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto pénale*. 3ª edición. Cedam, Padova, 1992; MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Corso di Diritto pénale, Nozione, struttura e sistematica del reato*. Giuffrè, Milano, 1995; MAURACH, Reinhart / GOSSEL, Karl-Heinz / ZIPE, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Tomo I. Traducción de BOFILL GENZSCH. Astrea, Buenos Aires, 1994; MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Traducción de Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; MIR

PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Repertor, Barcelona, 2002; MOCCIA, Sergio, “La aporía de la responsabilidad objetiva”. En: *El Derecho penal entre el ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Traducción de Antonio BONANNO. Editorial B de f, Buenos Aires, Montevideo, 2003; MOCCIA, Sergio, “La aporía de la responsabilidad objetiva”. En: *El Derecho penal entre el ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Editorial B de f, Buenos Aires, 2008; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PAGLIARO, Antonio, “Colpevolezza e responsabiliza obgettiva: aspetti di política criminale e di elaborazione dogmática”. En: *Revista Italiana di Diritto e Procedura Pénale*, Giuffrè, Anno XXXI, Milano, 1988; RAGUÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999; ROMANO, Mario, *Commentario Sistemático del Código Pénale*. 2ª edición. Tomo I. Giuffrè, Milano, 1995; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Editorial B de f, Montevideo, 2003; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. Tomo II. 3ª edición. 8ª reimpresión. TEA, Buenos Aires, 1978; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de Gladys Romero. Ederesa, Madrid, 1982; URQUIZO OLAECHEA, José, “El bien jurídico”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Temis, Bogotá, 1997; VON LISTZ, Franz, *Tra-tado de Derecho penal*. Volumen II. Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA y adiciones de QUINTANO SALDAÑA. Reus, Madrid, 1929; ZIPP, Heinz, “Introducción a la política criminal”. Traducción de IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1979; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

§ VIII Principio de proporcionalidad de las sanciones

TERESA AGUADO CORREA
Universidad de Sevilla
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	173	3. Proporcionalidad en sentido estricto	28	190
II. Constitución y Derecho penal	5	176	3.1. Proporcionalidad abstracta	30	191
III. Reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad	8	178	3.2. Proporcionalidad concreta	35	195
IV. Principio de proporcionalidad y Derecho penal. Ámbito de aplicación	13	181	VI. Medidas de seguridad y principio de proporcionalidad	40	199
V. Contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio	17	184	VII. Consecuencias accesorias y principio de proporcionalidad	51	206
1. Idoneidad	19	185	VIII. Bibliografía	54	208
2. Necesidad	22	187			

§ VIII.- Proporcionalidad de las sanciones

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

I. Introducción

Entre los principios garantistas que se enarbolan en el Título Preliminar del Código Penal, en el artículo VIII encontramos el principio de proporcionalidad de las sanciones. La redacción del artículo cuyo comentario nos ocupa, a pesar de su aparente simplicidad, ha generado diferentes opiniones doctrinales sobre qué principio se encuentra consagrado en él⁽¹⁾.

(1) En parte, esta diversidad de opiniones se puede haber debido a la rúbrica que el mismo tenía hasta la reforma sufrida por este artículo en el año 2006 a través de la Ley N° 28730. Hasta ese momento, el artículo que es objeto de este comentario rezaba así: “Artículo VIII.- Proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Con el cambio de rúbrica el legislador subraya, en nuestra opinión, el papel tan importante que juega el principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, incluso mayor que la que posee en el marco de la pena.

- 2 La doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que el artículo VIII consagra, en lo que respecta a las penas, el principio de proporcionalidad, si bien también hay autores que consideran que en este artículo se consagra una prohibición de exceso pero en ningún caso el principio de proporcionalidad⁽²⁾. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha afirmado que “el principio de proporcionalidad (...) impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que señala que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”⁽³⁾.
- 3 Quien más se aparta de la doctrina mayoritaria es GARCÍA CAVERO⁽⁴⁾ al afirmar que en este artículo se consagran dos principios rectores de la imposición de las consecuencias jurídicas, uno referido a las penas y otro a las medidas de seguridad. En tanto que el primero responde a la culpabilidad del autor por el hecho; el segundo atiende fundamentalmente a la idea de las necesidades sociales predominantes. Hasta aquí nada que llame poderosamente nuestra atención, puesto que podríamos creer que está resaltando una de las diferencias que existe entre la pena y la medida de seguridad: su fundamento, es decir, la culpabilidad y la peligrosidad respectivamente. Pero ya no cabe lugar a dudas de que su opinión se aparta de la mayoría, cuando afirma que de una lectura conjunta de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del CP⁽⁵⁾, se deduce que : “(...) en cuanto a las penas, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal hace referencia a las segunda manifestación del principio de culpabilidad: la necesidad de un juicio de culpabilidad por el hecho”. Bien es cierto que luego, en cierta medida, matiza esta aseveración cuando se cuestiona si el artículo VIII se limita únicamente a reconocer el principio de culpabilidad, llegando a la conclusión de que como en este artículo, además, la

(2) En este sentido, URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, p. 195, afirma que este artículo “a lo sumo indica una prohibición de exceso”, no reduciéndose el principio de proporcionalidad a lo señalado en el artículo VIII, sino que abarca la totalidad del sistema punitivo. Por su parte, CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 294, sostiene que en este precepto “el legislador lo único que declara es una prohibición de exceso que constituye uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad o, como algunos afirman, la formulación negativa del principio, pero ello no debe llevar al error de identificarlos o entenderlos como sinónimos”.

(3) Expediente N° 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 197.

(4) GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. En: *Comentarios al Código Penal*, p. 212 ss.

(5) Ibídem, p. 212, en el artículo VII solo se contemplaría la exigencia de dolo o culpa en la realización del hecho, mientras que “el requerimiento de culpabilidad como juicio de reproche al autor, parece dejarse en manos del artículo VIII en tanto que se vincula la pena con la responsabilidad por el hecho”.

culpabilidad cumple una función de limitación de la cantidad de pena aplicable, “Con ello se pasa del principio de culpabilidad al principio de proporcionalidad, es decir, se vincula la cantidad de pena con determinadas características del hecho”. La propia Exposición de Motivos sigue esta interpretación al precisar que “el artículo VIII exige la proporcionalidad de la pena con la responsabilidad por el hecho”⁽⁶⁾.

Para poder pronunciarnos sobre qué principio se consagra en este artículo 4 y justificar nuestra opinión, creemos que es necesario llevar a cabo un análisis, aunque sea breve por razones de espacio, del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho penal, centrándonos en algunas cuestiones que consideramos relevantes tales como el reconocimiento constitucional del mismo o su contenido⁽⁷⁾. A lo largo de las páginas que siguen tendremos muy presente la doctrina del Tribunal Constitucional peruano sobre este principio, dado que en los últimos cinco años este ha sufrido en el Perú un auge parecido al experimentado en España en la segunda mitad de la década de los 90 del siglo pasado⁽⁸⁾, siendo el principal artífice del mismo, al igual que sucedió en España, el supremo órgano garante de la Constitución. La importancia de este principio en el ámbito del Derecho penal en el Perú, se atisba en la Sentencia del 3 de enero de 2003⁽⁹⁾, y se manifiesta en toda su plenitud, años

(6) Ibídem, pp. 214-215. Para este autor lo fundamental sería establecer qué aspectos del hecho se engloban dentro del llamado límite de la “responsabilidad por el hecho”, concluyendo que son todos “los aspectos dogmáticamente relevantes”. De manera que, “En el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal se reconocería como criterio informador de la cuantía de las penas el hecho delictivo contemplado en todos sus aspectos dogmáticamente relevantes”.

(7) Para un análisis más detallado de este principio en el ámbito del Derecho penal, cfr. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* y, recientemente, DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*.

(8) En concreto, a partir de la Sentencia 55/1996, de 28 de marzo. Con esta sentencia, a la que siguieron otras como las STC 131/1997 y 136/1999, se puso fin al escaso y decepcionante desarrollo de este principio. Sobre la evolución de este principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, cfr. GONZÁLEZ BELFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

(9) Expediente N° 010-2002-AI/TC. El Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708, y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. Recordemos que se trata de una legislación promulgada por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, antes de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1993, considerándose el Tribunal Constitucional competente para determinar la constitucionalidad de los decretos leyes impugnados, conforme a lo dispuesto en la Constitución de 1993 (fundamento jurídico 22 ss.). En lo que respecta al tema que aquí nos interesa, el principio de proporcionalidad, esta sentencia el Tribunal Constitucional estudia la compatibilidad de la pena de cadena perpetua con el principio de proporcionalidad, siendo una de las primeras ocasiones en las que se pronuncia sobre la consagración expresa de este principio, como tendremos ocasión de constatar posteriormente.

después, en la Sentencias de 9 de agosto⁽¹⁰⁾ y 15 de diciembre⁽¹¹⁾ de 2006, así como en la reciente Sentencia de 19 de enero de 2007⁽¹²⁾. En estas resoluciones, el Alto Tribunal se ha pronunciado expresamente sobre la consagración constitucional, el contenido y alcance del principio de proporcionalidad como parámetro indispensable de constitucionalidad de la actividad de los poderes públicos, en concreto, en materia penal, dando por concluida la época en que no le había prestado la atención que se merecía.

II. Constitución y Derecho penal

- 5 Iniciaremos nuestro estudio repasando la innegable relación que existe entre la Constitución y el Derecho penal⁽¹³⁾, al ser la Norma Fundamental expresión

(10) Expediente N° 003-2005 PI/TC, de 9 de agosto de 2006. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Legislativos N°s 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. En el mismo se analizaron, entre otras cuestiones, la compatibilidad de la reincidencia prevista en el delito de terrorismo con algunos principios constitucionales, en particular, con el principio *ne bis in idem*, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad de las penas. Asimismo, se planteó si la previsión de un tratamiento diferenciado respecto de los beneficios penitenciarios a los condenados por delito de terrorismo superaba el test de proporcionalidad.

(11) Expediente N° 0012-2006-PI/TC. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, de 15 de diciembre de 2006, en la que se resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra determinadas normas del Código de Justicia Militar Policial por considerar que los tipos penales que consagra afectaban al principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad. Entre las materias constitucionalmente relevantes de las que se ocupa el Alto Tribunal nos encontramos con la de los límites de la libertad del legislador a la hora de configurar las conductas delictivas y cómo se configura el principio de proporcionalidad en materia penal. En esta sentencia, el Pleno declara inconstitucionales algunos artículos del Código de Justicia Militar Policial por no superar el test del principio de proporcionalidad.

(12) Expediente N° 0014-2006-PI/TC. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2007 en la que se resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 28726 (a través de la cual se incorporan al Código Penal la reincidencia y la habitualidad). La petición de declaración de inconstitucionalidad por extensión también afectaba a la Ley N° 28730, que modificaba el artículo VIII del Título Preliminar. Como materias constitucionalmente relevantes para el esclarecimiento de la controversia, el Pleno hace referencia, entre otras, a la relación Derecho penal-Constitución, los fines de la pena en un Estado social y democrático de derecho, así como a la reincidencia y el principio de proporcionalidad. En el fallo, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de inconstitucionalidad.

(13) Sobre la estrecha relación entre Constitución y Derecho penal *vide* AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 31 ss. y la bibliografía allí citada. Incluso el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento jurídico 1 de la sentencia de 15 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, ha destacado este nexo, al hilo del análisis del sistema punitivo en el marco de la Constitución, recordándonos que el mismo se remonta a varios siglos: "La relación existente entre el Derecho penal y la Constitución no es reciente, sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando este ejerce su poder punitivo". Nos llama la atención que para fundamentar la relación existente entre el Derecho penal y la

de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico. En la base de todo texto constitucional, se encuentra latente una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico⁽¹⁴⁾, entre ellas, el Derecho penal. Y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional peruano, de forma expresa y clara, en la reciente Sentencia de 19 de enero de 2007 recaída en el Expediente 0014-2006: “En primer lugar, el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que, necesariamente, debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece los principios fundamentales tanto del derecho público como del derecho privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho (...) (FJ 1).

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal. De ahí que, en último término, las bases del Derecho penal y de todas las ramas del Derecho, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático” (FJ 2).

La relación entre Constitución y Derecho penal se acrecienta, frente a la que existe con otras ramas del Derecho, en la medida en que al ser la pena la principal consecuencia del delito y erigirse en el último recurso del poder del Estado, generalmente se contempla en los textos constitucionales, desprendiéndose de esa regulación consecuencias en lo que respecta a su concepto y finalidad⁽¹⁵⁾. Se puede afirmar, sin temor a equivocarnos, que el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más ligada se encuentra a la

Constitución haga alusión al artículo que, como el propio Tribunal reconoce, se considera uno de los primeros preceptos en los que se consagra el principio de proporcionalidad: “En efecto, en el referido artículo se establecía que ‘La ley no debe establecer más penas que las estrictas y manifestamente necesarias’, aludiéndose claramente a la obligación del legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho penal (...)”.

- (14) Como afirma CARBONELL MATEU, J., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, pp. 78-79, la Constitución no contiene en su seno una política criminal concreta ni, por tanto, establece unos criterios fijos, pero sí se marca unas líneas programáticas generales y contiene un sistema de valores.
- (15) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 45. Cfr. inciso 22 del artículo 139 de la Constitución peruana.

Constitución, lo cual no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que es la que afecta en mayor medida a los individuos y a sus derechos fundamentales⁽¹⁶⁾. En parte, este es el motivo por el que los cambios constitucionales suelen venir acompañados de una reforma correlativa del Código Penal, aun cuando la reforma completa pueda llevar tiempo.

III. Reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad

- 8 Hasta hace relativamente poco tiempo, el Tribunal Constitucional peruano no se había pronunciado sobre los preceptos constitucionales de los cuales se puede inferir el principio de proporcionalidad. En una de las primeras ocasiones que se pronunció sobre este principio y su reconocimiento constitucional⁽¹⁷⁾, el Tribunal Constitucional admitió que se trataba de un principio general del derecho expresamente positivizado⁽¹⁸⁾, en los siguientes términos: “En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución”⁽¹⁹⁾. No obstante, creyó necesario puntualizar esta afirmación y, a reglón seguido, añadió que, “En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona” (FJ 195).
- 9 Desde luego nos parece insuficiente el anclaje en el texto constitucional que realiza el Alto Tribunal en el último párrafo del artículo 200, dado que de la lectura del citado párrafo tan solo se desprende que el principio de

(16) Incluso en la “Exposición de motivos” de la ley orgánica a través de la cual se aprobó en España el Código Penal de 1995, se afirma que, no sin razón, se ha considerado al Código Penal como una especie de “Constitución negativa”, por el lugar preeminente que ocupa en el conjunto del ordenamiento al definir los presupuestos de aplicación de la pena, la “forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado.

(17) Expediente N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 195.

(18) En opinión de URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. *Op. Cit.*, p. 194, no existe ninguna norma en el texto de la Constitución de 1993 que evidencie un reconocimiento específico del principio de proporcionalidad.

(19) Este artículo, dedicado a las acciones de garantía constitucional, incluye en el último párrafo la siguiente afirmación: “Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia y sitio”.

proporcionalidad debe ser analizado por el juez cuando se interpongan acciones de garantía durante la vigencia de regímenes de excepción. De ahí, a afirmar que este principio se encuentra expresamente consagrado con carácter general en la Constitución peruana, hay una gran diferencia. Y este es el motivo, por el cual, en nuestra opinión, el Tribunal Constitucional, considera oportuno, tan solo con un fundamento jurídico de por medio, reafirmar la consagración constitucional de este principio acudiendo a la cláusula del Estado de Derecho: “En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho (...)” (FJ 197).

En posteriores resoluciones sigue esta línea, desde nuestro punto de vista 10 mucho más sólida, y fundamenta el principio de proporcionalidad en otros preceptos constitucionales, en concreto, en los artículos 3 y 43, en los cuales se consagra el Estado de Derecho⁽²⁰⁾. Así, en la Sentencia de 11 de octubre de 2004⁽²¹⁾, encontramos la siguiente afirmación: “El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo” (FJ 15). En parecidos términos se expresa en la Sentencia del 16 de noviembre de 2005⁽²²⁾: “Así mismo, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, configurado en nuestra Constitución en sus artículos 3, 43 y 200 último párrafo (...)” (FJ 5).

En la Sentencia de 15 de diciembre de 2006⁽²³⁾, dentro de las exigen- 11 cias de orden material o garantías materiales que la Constitución de 1993 ha establecido en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, el Tribunal Constitucional incluye entre las que destacan nítidamente, “el principio de proporcionalidad, (último párrafo del Art. 200)”⁽²⁴⁾ (FJ 4). Más adelante,

(20) GARCÍA CAVERO, P., “La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Público* N° 11, p. 153, opina que el Estado de Derecho se deriva de forma más exacta del artículo 44 de la Constitución, en el que se establece como deber primordial del Estado la plena vigencia de los derechos humanos, y de los diversos artículos de la parte orgánica de la Constitución que imponen la sujeción o respeto de las leyes a los poderes del Estado.

(21) Expediente N° 2192-2004-AA/TC. En esta sentencia se resuelve un recurso contra una sanción impuesta en un procedimiento administrativo disciplinario, siendo una de las cuestiones que se analizan, al ser relevante desde la perspectiva de los derechos que están en juego, el principio de proporcionalidad en el sancionador.

(22) Expediente N° 3567-2005-AA/TC.

(23) Expediente N° 0012-2006-PI/TC.

(24) En la enumeración le precede: a) el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, apartado d); b) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3 y 43), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1). En la letra d) se refiere al principio de proporcionalidad en los términos que hemos reproducido en el texto.

en el fundamento jurídico 31, cuando aborda el análisis del “principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en material penal”, no solo afirma que “Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución (...)”, sino que continúa esa frase con las siguientes palabras: “(...) por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad”. Y al hilo de esta coherencia interna cabe traer a colación el FJ 6, donde el Tribunal Constitucional nos recuerda, que “Además de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado Social y Democrático de Derecho. Como tal, este principio se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales”. En la Sentencia de 19 de enero de 2007 (Expediente N° 0014-2006-PI/TC, FJ 34), el Alto Tribunal se limita a recordarnos que ya en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, consideró que el principio de proporcionalidad se encuentra constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, y que como ya se describió en la citada Sentencia (FFJJ 197 y 198), nos encontramos ante un principio que se deriva de la cláusula del Estado de Derecho (FJ 34).

- 12 Por lo que respecta a las opiniones de los autores sobre el reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad, constatamos que aun cuando la doctrina penal se muestra de acuerdo en reconocer la importancia del mismo, no existe consenso, sobre los cuáles son los artículos del texto constitucional de los que se pueden derivar el principio de proporcionalidad. Así, hay quien lo deduce además de los artículos a los que acude el Tribunal Constitucional, de la propia dignidad de la persona humana, que, por mandato constitucional, se ha convertido en el fin de la existencia misma del Estado (Art. 1 CP) y del

valor justicia⁽²⁵⁾; o quien prefiere derivar su reconocimiento constitucional de la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes⁽²⁶⁾. Hay otros autores que optan por deducir el principio de proporcionalidad del carácter democrático y de derecho del Estado (Arts. 43 y 45 C)⁽²⁷⁾. Por su parte, URQUIZO OLAECHEA desprende el principio de proporcionalidad de la dignidad de la persona humana, además de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de la esencia del Estado de Derecho Social y Democrático⁽²⁸⁾, así como de la aplicación al ordenamiento jurídico de los valores de justicia, libertad e igualdad⁽²⁹⁾. Otro de los autores que defienden una fundamentación compleja es CASTILLO ALVA, para quien el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en la consagración constitucional al respeto de la dignidad de la persona (Art. 1 CP), obedeciendo, por otra parte, a criterios inmanentes de justicia “como realización de los valores sociales y constitucionales más importantes que integran la idea de Estado de Derecho”⁽³⁰⁾. Por último, nos referiremos a GARCÍA CAVERO quien en su día sostuvo⁽³¹⁾, siguiendo lo manifestado por el Tribunal Constitucional en un Expediente relacionado con un proceso disciplinario⁽³²⁾, que “el principio de proporcionalidad en el Derecho penal se encuentra comprendido en las reglas del proceso debido”⁽³³⁾.

IV. Principio de proporcionalidad y Derecho penal. Ámbito de aplicación

El principio de proporcionalidad posee actualmente en el Derecho penal⁽³⁴⁾ 13 un significado muy relevante, aun cuando mucho más restringido que en otras

(25) CASTILLO CÓRDOVA, L., “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Público* N° 11, p. 132.

(26) BRAMONT ARIAS, “Los principios rectores del nuevo Código Penal. Título Preliminar”, citado por GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 217.

(27) NAVARRO ALTHAUS, M., “El sistema de penas en el CP peruano de 1991”. En: *Anuario de Derecho penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal*, p. 76.

(28) URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. *Op. Cit.*, p. 195 ss.

(29) *Ibidem*, 209.

(30) CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 295-296.

(31) Bien es cierto que esta opinión la manifestó antes de que se dictasen las sentencias a las que hemos hecho referencia cuando hemos tratado el tema de la consagración constitucional de este principio.

(32) Expediente N° 061-2002-AA/TC, de 21 de octubre de 2002. En esta sentencia, el TC derivó de la idea del debido proceso material contemplado en el artículo 139.3 de la Constitución, la necesidad de una razonabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la sanción.

(33) GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 217. En su opinión, no hay ninguna razón que impida extrapolar esta conclusión al Derecho penal.

(34) No en vano la idea de proporcionalidad nació en el Derecho penal y, posteriormente, pasó al Derecho de policía en su etapa de concepción liberal, inspirando posteriormente otros ámbitos del Derecho administrativo. Cfr. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*,

ramas del ordenamiento jurídico⁽³⁵⁾, como pudieran ser el Derecho procesal penal o el Derecho administrativo⁽³⁶⁾. Ello se debe, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, a que el fin que se persigue a través de las normas penales es único: protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza penal. Al ser el fin del Derecho penal la protección de bienes jurídicos a través de la prevención⁽³⁷⁾, se introduce una limitación al medio que puede ser utilizado por el legislador para alcanzar dicho fin: las normas redactadas por el legislador así como las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por el juez, deben ser medios adecuados para prevenir la comisión de delitos⁽³⁸⁾. En segundo lugar, porque este fin se alcanza a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo, la mayor sanción de la que dispone el Estado⁽³⁹⁾.

- 14 El principio de proporcionalidad en sentido amplio es el primer test de legitimación que ha de superar cualquier intervención penal, vinculando a todos

pp. 56-57. No parece compartir esta idea sobre el origen del principio el Tribunal Constitucional, si nos atenemos a la afirmación vertida en el fundamento jurídico 16 de la Sentencia Expediente N° 2192-2004-AA-TC, "(el) control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración".

(35) *Vide* AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Op. Cit., p. 113.

(36) Sobre la importancia de este principio en esta rama del Derecho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: "En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas" (Expediente N° 2192-2004-AA-TC, fundamento jurídico 17). Cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*.

(37) En opinión de PRIETO DEL PINO, A., *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, p. 204, "La ya tradicional construcción del sistema penal tan solo desde el prisma de la protección de bienes jurídicos resulta insuficiente". Los fines del Derecho penal son de tipo preventivo y garantista: fin de prevención de delitos y de minimización de la violencia penal. Para esta autora, el Derecho penal moderno no se puede describir adecuadamente "prescindiendo de sus (denominados) límites, siendo preciso referirse en su caracterización al conjunto de garantías tendentes a la racionalización y atemperación de la violencia que lleva consigo la asunción del monopolio estatal del *ius puniendi*". Se trataría, según PRIETO DEL PINO, de contemplar todos los elementos que conforman los objetivos o fines del Derecho penal, todos los intereses que se ven implicados en el desenvolvimiento de este subsistema de control social: interés del autor del delito en su libertad, interés del grupo social en la prevención de comportamientos delictivos y el de este mismo grupo en la seguridad jurídica. *Vide infra* n.p.p. 51 lo afirmado por GARCÍA CAVERO al respecto.

(38) En el artículo que abre el Título Preliminar, se afirma que el fin del Código Penal no es otro que prevenir la comisión de hechos delictivos como medio de protección de la persona humana y de la sociedad.

(39) Así lo consideró en su día el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE* 90, 145 [172]).

los poderes públicos. Este principio debe ser respetado no solo en el momento de creación del Derecho penal, sino también en el momento de su aplicación por los jueces o tribunales e incluso en el momento de ejecución de las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por aquellos⁽⁴⁰⁾.

En el Derecho penal se destaca la funcionalidad de este principio en el momento de establecer el enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica⁽⁴¹⁾. Al poseer rango constitucional, ha de ser respetado no solo cuando se trata de la pena, sanción tradicional en Derecho penal, sino cualesquiera otra consecuencia jurídico-penal que se pueda derivar de la comisión de un hecho delictivo, a saber, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias. Tanto las normas redactadas por el legislador como las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por el juez —penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias— han de resultar medios adecuados para luchar contra los delitos⁽⁴²⁾. Pero también en el momento de ejecución de las sanciones, desarrolla este principio un papel fundamental.

(40) En el Expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano destaca la funcionalidad de este principio en los tres momentos o fases por los que pasa la determinación de la pena con estas palabras: “Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena” (fundamento jurídico 196).

(41) Ello no implica desconocer el importante papel que desempeña este principio en algunas categorías del delito, en concreto, en la tipicidad y en la antijuricidad. En primer lugar, el principio de proporcionalidad actúa como límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales. En segundo lugar, una vez afirmada la tipicidad, en el ámbito de la antijuricidad hay que comprobar la ausencia de causas de justificación, donde juega un papel fundamental este principio, siendo de aplicación no solo en relación con la legítima defensa o el estado de necesidad justificante, sino también en el ámbito de la causa de justificación de obrar por disposición de la ley en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sobre todo, *vide* AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 114 ss. Resalta, igualmente, la necesidad de destacar la importancia de este principio en las categorías del delito, URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. *Op. Cit.*, p. 194, cuando afirma que para cumplir este principio la función de garantía que del mismo se pretende en el ámbito jurídico-penal, es necesario “ubicarlo con relación a las diferentes categorías dogmáticas que reflejan el estado actual de la teoría del delito”.

(42) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 114. Y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-AI/TC: “El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido” (fundamento jurídico 33).

16 El principal ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de los derechos fundamentales⁽⁴³⁾, dado que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español, “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de desproporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza” (SSTC 55/1996, FJ 3; 139/1999, FJ 22). Y así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional peruano, en los siguientes términos: “Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal”⁽⁴⁴⁾. En sentido parecido se pronuncia en la Sentencia recaída en el Expediente 0014-2006- PI/TC, cuando afirma que “Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto que la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (Art. 2, inc. 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (FJ 41).

V. Contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio

17 En cuanto al contenido del denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional europeos, coinciden en afirmar que bajo esta expresión quedan abarcados varios límites al *ius puniendi*⁽⁴⁵⁾. Se habla del principio de idoneidad, del principio de necesidad y del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

(43) Cfr. La obra de BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

(44) Expediente N° 0012-2006-PI, de 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 33.

(45) En la terminología del Tribunal Constitucional Español se puede hablar de un principio cuya aplicación es regida por tres condiciones o requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En concreto, en la STC 55/1996, se afirma que “(...) las presentes cuestiones de inconstitucionalidad confrontan la sanción impugnada con dos de las condiciones que este Tribunal ha considerado (SSTC 50/1995 y 66/1995) que, junto a la idoneidad de la medida para alcanzar

Es obvio que al formular o dotar de contenido al principio de proporcio- 18
 nalidad en sentido amplio, el Tribunal Constitucional peruano ha utilizado, como en su día hicieran otros, el conocido como test de proporcionalidad alemán, es decir, la distinción y el análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el ámbito del Derecho penal, esta forma de proceder ha quedado plasmada en las Sentencias de 9 y 15 de diciembre de 2006 y 19 de enero de 2007, recaídas en los Expedientes N° 003-2005-PI/TC (FFJJ 69 y ss.), N° 0012-2006-PI/TC (FFJJ 32 y ss.) y N° 0014-2006-PI/TC (FFJJ 42 y ss.), respectivamente. De estas resoluciones, se puede deducir que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, está integrado por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que en esta rama del ordenamiento jurídico, y en relación con la principal consecuencia jurídica derivada del delito, la pena, se concretarían como sigue.

1. Idoneidad

Dado que la ley penal interviene en el derecho a la libertad personal y 19
 otros derechos fundamentales, en el examen de idoneidad hay que constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Examen que, a su vez, en primer lugar, exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental, ámbito en el que se manifiestan, según el Alto Tribunal peruano⁽⁴⁶⁾, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad. De manera que solo será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro esos bienes jurídicos. Tanto la relevancia constitucional del bien jurídico como la dañosidad social justifican que nos encontremos ante un bien jurídico merecedor de protección por parte del Estado⁽⁴⁷⁾. Identifica pues, esta parte del examen de idoneidad con el concepto de merecedor de protección penal⁽⁴⁸⁾. En segundo lugar, “se trata del análisis de una relación medio-fin”⁽⁴⁹⁾, de constatar que la idoneidad

el fin propuesto, rigen la aplicación del principio de proporcionalidad, a saber, la necesidad de su existencia y su proporción en sentido estricto”.

(46) Expediente N° 0012-2006- PI/TC, 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 32.

(47) Ídem.

(48) En su día afirmamos, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 151, que es a partir de la capacidad de protección del bien jurídico cuando se puede hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho penal, pues no todos los bienes jurídicos merecedores de protección penal son también aptos o idóneos para ser protegidos penalmente.

(49) Expediente N° 0012-2006- PI/TC, 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 32.

de la medida tenga relación con el objetivo, es decir, “que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”⁽⁵⁰⁾.

- 20 En esta relación medio a fin se debería tener en cuenta no solo el fin de protección de bienes jurídicos que se persigue a través del Derecho penal⁽⁵¹⁾, sino también los fines preventivos que se predicen de las penas, aun cuando el Tribunal Constitucional peruano, a diferencia de cómo procede cuando aborda el examen de la necesidad⁽⁵²⁾, parece no tener en cuenta estos a la hora de decidir la idoneidad de las medidas que se cuestionan. En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el fin de las normas que prevén penas es la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, general y especial, habrá que excluir del Derecho penal aquellas penas que se manifiesten como ineficaces por no servir a la prevención, como sucede, por ejemplo, con la pena de muerte⁽⁵³⁾ o la cadena perpetua⁽⁵⁴⁾.

(50) Expediente N° 003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006, fundamento jurídico 69; Expediente N° 0014-2006-PI/TC, de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 42.

(51) GARCÍA CAVERO, P., “La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Op. Cit.*, p. 158, sostiene que el Tribunal Constitucional parece que va en la línea de lo que se conoce como derecho garantista, es decir, de quienes defienden que el Derecho penal no solo cumple una función de prevención de delitos, sino también una función garantista frente al delincuente (hay que proteger también los bienes jurídicos de los delincuentes), y ello porque establece la observancia obligatoria de los principios de la dignidad de la persona y de libertad. Desde nuestro punto de vista, que el TC reclame la observancia obligatoria de estos principios no implica más que un reconocimiento del principio de proporcionalidad en sentido amplio en cuanto límite al *ius puniendi*, pero no que admita que el Derecho penal posea una finalidad garantista, pudiéndose sostener como una de las consecuencias de la vigencia del principio de idoneidad que el legislador penal contemple “formas de reacción penal que respeten las garantías básicas de la persona”. Además, de lo afirmado en el fundamento jurídico 11 del Expediente N° 0014-2006-PI/TC, de 19 de enero de 2007, se puede concluir que el TC sostiene que la función del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.

(52) En el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 32, cuando aborda el examen de necesidad alude a la conveniencia de tener siempre en consideración, entre otros aspectos, los fines de prevención de la pena, mientras que en las sentencias de 9 de agosto de 2006 (fundamento jurídico 71) y 19 de enero de 2007 (fundamento jurídico 44), cuando se ocupa del subprincipio de necesidad considera como fines constitucionales de las penas la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Cfr. en este sentido, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 152 ss.

(53) *Ibidem*, p. 153.

(54) En el fundamento de voto emitido por ALVA ORLANDINI en la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006-AI/TC, este magistrado reconoce que las diversas modificaciones sufridas por el Código Penal desde su aprobación en 1991, se han dirigido fundamentalmente al incremento de penas bajo el equivocado criterio de que la drasticidad del castigo influiría en disuadir al potencial agente del hecho ilícito, estableciendo incluso la “cadena perpetua”. Un importante sector doctrinal, denuncia también la incompatibilidad de la cadena perpetua con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que no puede ser graduada equitativamente por el juez o tribunal. *Vide*, entre otros FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 303; AGUADO

Las implicaciones del principio de idoneidad en el ámbito del Derecho penal no se agotan aquí, sino que también conlleva la necesidad de que el mismo sea realizable a través de las normas del Derecho procesal y de Derecho penitenciario. De nada serviría una regulación que no se pueda llevar a la práctica, no pudiéndose justificar los cambios legislativos que consisten en la elevación de penas por la falta de los medios necesarios para realizar el Derecho penal⁽⁵⁵⁾. Como en su día afirmara BECCARIA, “Tanto más justa y más útil será la pena cuando más pronta fuere y más vecina al delito cometido”⁽⁵⁶⁾

2. Necesidad

El principio de necesidad aglutina, en nuestra opinión, varios de los límites más importantes del *ius puniendi*, en concreto, el principio exclusiva protección de bienes y el principio de intervención mínima⁽⁵⁷⁾.

En una de las primeras resoluciones en las que el Tribunal Constitucional peruano se ocupó del principio de necesidad en el ámbito del Derecho penal, hizo referencia a la exigencia de que “el Legislador estime ineludiblemente” el respeto del principio de fragmentariedad o carácter fragmentario del Derecho penal⁽⁵⁸⁾. No obstante, al realizar el examen de necesidad, se centró únicamente en comprobar el respeto de otro de los principios que limitan el *ius puniendi*, el principio de subsidiariedad, el cual junto a aquel, conforman el que

CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Op. Cit., p. 303; URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. Op. Cit., p. 204.

(55) De ahí que no entendamos los argumentos que ofrece el magistrado ALVA ORLANDINI en el Expediente N° 0014-2006PI-TC, para fundamentar la constitucionalidad de la Ley N° 28726, si es consciente de esta exigencia del principio de idoneidad, como él mismo reconoce. En la fundamentación de su voto afirma que el cambio de política criminal por el que ha optado el legislador “tiene como sustento el acoso que afronta la sociedad por acción de la delincuencia (...) Los delincuentes atacan contra servicios y bienes públicos (...) sin recibir el condigno castigo; y otros atacan repetidamente contra las comunicaciones públicas con impunidad. Tales modalidades delictivas requieren de la sanción prevista en la Ley N° 28726 y, además, obviamente de la diligente acción policial y de la intervención de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial. Al Estado le corresponde adoptar las disposiciones legales y financieras para que en los establecimientos carcelarios se cumpla efectivamente el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, como lo dispone el artículo 139.22 de la Constitución. Desde hace dos décadas los criminólogos denuncian que dos de cada tres reclusos están sin sentencia”.

(56) BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 103.

(57) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Op. Cit., p. 159 ss.

(58) Expediente N° 0012-2006- PI/TC, 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 32. El Alto Tribunal afirma que este postulado implica que “el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables (...)”.

se ha denominado principio de intervención mínima. Así, en la Sentencia en la que analiza la proporcionalidad de algunos preceptos del Código de Justicia Penal militar, concluye el examen de necesidad afirmando: “De este modo, en el Estado Constitucional, el Derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como la libertad individual, solo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Solo si fracasan estos otros medios, se deben penalizar tales conductas”⁽⁵⁹⁾.

24 Pareciera que a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, el del Perú ha pasado por alto en este análisis un aspecto muy importante: el legislador debe buscar medidas alternativas menos gravosas pero igualmente eficaces⁽⁶⁰⁾. En España, el Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, cuando se refiere al control que él puede llevar a cabo “(...) acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada”⁽⁶¹⁾; o cuando afirma que en el juicio de necesidad, la tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada”⁽⁶²⁾. También el Tribunal Constitucional alemán aclaró en su día, que no se puede entender que el Derecho penal es subsidiario en el sentido de que tan solo debería ser aplicable cuando las medidas del resto del ordenamiento jurídico fracasan, sino que debe ser precisada en un doble sentido: por un lado, las medidas del resto del ordenamiento jurídico han de poseer la misma eficacia; por otro, han de ser menos gravosas que la amenaza penal⁽⁶³⁾.

(59) Expediente N° 0012-2006- PI/TC, 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 32.

(60) Bien es cierto que cuando se ocupa de desarrollar en qué consiste el examen de necesidad con carácter general, no en materia penal, afirma “(...) no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno que el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental” (Expediente N° 0012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 32).

(61) STC 55/1996, fundamento jurídico 8.

(62) STC 161/1997, fundamento jurídico 11. En el mismo sentido, STC 136/1999, fundamento jurídico 28.

(63) *BVerfGE* 80,182 (185).

De ahí lo acertado de la matización que el Alto Tribunal peruano realiza al ocuparse en otros expedientes del subprincipio de necesidad en el ámbito penal, cuando en relación con el mismo afirma: “impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revisitan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado”⁽⁶⁴⁾. Claro está, siempre que entendamos que la idoneidad en este contexto equivale a eficacia o funcionalidad⁽⁶⁵⁾.

No olvidemos que nos encontramos ante un principio de naturaleza empírica y comparativo, en la medida en que el legislador ha de buscar medidas menos gravosas pero igualmente eficaces⁽⁶⁶⁾. El propio Tribunal Constitucional español refrenda esta afirmación cuando sostiene que el control sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas o de la misma eficacia, se centra en constatar si a la “luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta insuficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”⁽⁶⁷⁾.

Si bien el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el momento legislativo, en el momento de seleccionar las conductas a incriminar, también opera en el momento de aplicación de la ley penal. Por ello, para los casos en los que no sea necesario castigar o no sea necesario hacerlo con una pena tan grave, el Código Penal debe prever mecanismos que permitan al juez o tribunal prescindir de la pena o que permitan sustituirla por otra menos grave o, incluso, por medidas de otra índole⁽⁶⁸⁾.

(64) Expediente N° 003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006, fundamento jurídico 71; Expediente N° 0014-2006, de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 45.

(65) La idoneidad de la intervención penal para proteger un bien jurídico constitucionalmente relevante y de la sanción penal deben abordarse en el examen previo correspondiente a la idoneidad.

(66) A diferencia de lo que ocurre con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual posee una naturaleza eminentemente normativa. Sobre todo ello *vide* AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 239 ss.

(67) STC 55/1996, fundamento jurídico 8; STC 161/1997, fundamento jurídico 11; STC 136/1999, fundamento jurídico 28.

(68) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 263 ss.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

28 Para considerar un comportamiento punible, junto al merecimiento y necesidad de pena, constituye un requisito imprescindible que exista una proporción entre la pena y el delito. La pena deberá aparecer, en abstracto y en concreto, como proporcionada⁽⁶⁹⁾. Se habla en el seno de la doctrina de proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta, para hacer referencia a los dos momentos o ámbitos en los que la proporcionalidad en sentido estricto actúa: momento legislativo y momento judicial, respectivamente. En tanto que la exigencia de proporcionalidad abstracta entendida como proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la que este se conmina se dirige al legislador; la exigencia de proporcionalidad concreta interpretada como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al juez o tribunal⁽⁷⁰⁾. El hecho de que entre el delito y la pena no exista relación natural alguna no es obstáculo para que la pena deba ser adecuada a este en alguna medida. Entre ambos existe un nexo legal y convencional, siendo esta la razón por la que le corresponde al legislador, en un primer momento, y posteriormente al juez, la elección de la cantidad y la calidad de la pena en relación con la naturaleza y gravedad del hecho⁽⁷¹⁾.

29 Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaría, “que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal”⁽⁷²⁾. En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto “es el que compara la gravedad del

(69) *Ibíd.*, p. 275 ss.

(70) *Ibíd.*, p. 282 ss.

(71) Una de las teorías de determinación de la pena que más influencia está teniendo en el ámbito europeo en la actualidad es la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho, como nos recuerda FEJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”. En: *Indret* 1/2007, p. 4 ss.

(72) Expediente N° 003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006, de fundamento jurídico 72; en el mismo sentido, Expediente N° 0014-2006, de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 45. En el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, de 15 de diciembre de 2006, se afirmó que el examen de proporcionalidad en sentido estricto “exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda” (fundamento jurídico 32).

delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales”⁽⁷³⁾.

3.1. Proporcionalidad abstracta

Debido a la heterogeneidad que existe entre delito pena, en el momento 30 de establecer el marco penal abstracto de la pena que le corresponde a un tipo delictivo, el legislador se rige por una multiplicidad de criterios. A falta de ese nexo natural al que hacíamos referencia, son criterios pragmáticos basados en consideraciones de oportunidad los que sirven al legislador para determinar la relación de proporcionalidad que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna⁽⁷⁴⁾. La proporcionalidad abstracta es fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que le corresponde en exclusiva al legislador y que, por consiguiente, no se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento, “según un hipotético baremo preciso y prefijado (STC 161/1997, FJ 12)”⁽⁷⁵⁾.

Dada la libertad de la que goza el legislador en el momento de estable- 31 cer la pena y el amplio poder de decisión que posee en este ámbito siempre que no vulnere la Constitución, el principio de proporcionalidad se presenta como una fórmula vacía en tanto que no se establezcan los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos. De ahí que la doctrina ha querido contribuir a establecer los criterios de proporcionalidad constitucionalmente legítimos que deben ser tenidos en cuenta para asegurar la proporcionalidad abstracta. Así, con carácter general, podemos afirmar que se exige que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto, resultando fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Entre los criterios que se deben tener presentes se apuntan, entre otros: la importancia

(73) STC 136/1999, fundamento jurídico 29.

(74) SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6; 131/1997, fundamento jurídico 12; 136/1999, fundamento jurídico 23.

(75) El Tribunal Constitucional Español nos recuerda reiteradamente la potestad exclusiva del legislador para configurar la proporción entre la conducta que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, al corresponderle el diseño de la política criminal en un Estado social y democrático de derecho, y de la libertad que goza para ello siempre que no prescinda de ciertos límites constitucionales que lleven a un desequilibrio patente o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. Cfr. SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6; 161/1997, fundamento jurídico 9 y 136/1999, fundamento jurídico 23.

del bien jurídico; grado de ofensa al bien jurídico protegido; elemento subjetivo del desvalor de acción; la trascendencia o nocividad social del hecho delictivo⁽⁷⁶⁾; grado de ejecución; y grado de participación⁽⁷⁷⁾.

- 32 A pesar de la simplicidad que ofrece a primera vista el problema de la proporcionalidad de la pena, este reviste más complejidad de lo que en un principio se pudiera pensar, al enfrentarnos, en definitiva, al problema del fin de las penas⁽⁷⁸⁾. De manera que si bien el legislador a la hora de determinar la pena que le corresponde a un delito ha de partir de criterios de proporcionalidad entre el injusto y la pena, siendo fundamental la gravedad intrínseca del hecho, su decisión debe incorporar además criterios de prevención⁽⁷⁹⁾, tanto general como especial. Y así lo ha considerado el Tribunal Constitucional español⁽⁸⁰⁾ y el propio Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la línea argumental

(76) En la Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 1999, Exp. N° 2521-99, se afirma que: “Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico”. ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal patrimonial*, p. 73.

(77) Sobre estos criterios no existe acuerdo en la doctrina, variando según el autor. Cfr. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 286 ss. Así, en el seno de la doctrina peruana, mientras que URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. *Op. Cit.*, p. 205 ss., destaca el criterio del bien jurídico y la nocividad social; CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 303 ss., considera que para determinar la proporcionalidad de la pena deben tenerse en cuenta tres elementos, a saber: importancia del bien jurídico, gravedad de la conducta (disvalor de la acción) y el elemento subjetivo; por su parte, GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 218, propone como únicos criterios relevantes para determinar la proporcionalidad de la pena, el bien jurídico y la modalidad del ataque.

(78) Fue DORADO MONTERO en 1916, quien puso de manifiesto esta complejidad y casi un siglo después nos enfrentamos al mismo problema. Cfr. DORADO MONTERO, P., “Sobre la proporción penal”. En: *RGLJ*, 1916, p. 39; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 282.

(79) No parece compartir esta opinión GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 218.

(80) STC 55/1996, fundamento jurídico 6; STC 161/1997, fundamento jurídico 9; STC 136/1999, fundamento jurídico 23. En los mismos sostiene que “(...) a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”.

de aquel cuando afirma: “En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no solo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución... Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena (...)”⁽⁸¹⁾. Aun cuando en esta Sentencia el Tribunal Constitucional peruano no haga una referencia expresa a la función preventiva general de la pena, no creemos que la descarte, como vamos a tener ocasión de constatar a continuación, sino que subraya o destaca los fines preventivos especiales de la misma consagrados en la Constitución, es decir, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado. Y así lo confirma cuando al abordar el examen de la constitucionalidad de la habitualidad, nos recuerda que los fines previstos en el artículo 139 inciso 22 “no son los únicos fines de la pena”; y que “(...) dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba la retribución absoluta como el fin de la pena (...). Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y cuanto, (...), sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad y con la doble dimensión de los derechos fundamentales (...)”⁽⁸²⁾.

La consideración de criterios de prevención general en el momento legislativo se debe a que esta es la función principal de la pena en el momento de conminación legal; la inclusión de criterios de prevención especial, como sostuvimos en su día⁽⁸³⁾, no es más que una consecuencia de la vigencia de los principios de resocialización y de humanidad de las penas en las distintas fases

(81) Expediente N° 010-2002 AI/TC, de 3 de enero de 2003, fundamentos jurídicos 198 y 199. En términos parecidos se ha pronunciado en los Expedientes N° 003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006, fundamento jurídico 73 y 0014-2006-PI-TC, de 19 de enero de 2007, fundamento jurídico 46.

(82) Expediente N° 0014-2006-PI-TC, de 19 de enero de 2007, fundamentos jurídicos 12 y 13.

(83) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 293-294.

de la pena, y no de manera exclusiva en la fase de imposición o determinación judicial de la pena, como sostiene CASTILLO ALVA⁽⁸⁴⁾. El propio Tribunal Constitucional peruano⁽⁸⁵⁾ ha reconocido que en el artículo 139 inciso 22 CP, se consagra un principio constitucional-penitenciario que “no por su condición de tal carece de eficacia. Comporta por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena, y singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora nos importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esta perspectiva, el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena: en efecto, cualquiera que sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en la que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de ‘reeducción’, ‘rehabilitación’ y ‘reincorporación’ del penado a la sociedad”. Por consiguiente, el legislador también deberá tener en cuenta los fines de prevención especial positiva en el momento de establecer la pena, sin que ello implique, como afirma CASTILLO ALVA, la admisión de “penas al gusto y a la medida del delincuente”⁽⁸⁶⁾. Y no podemos pasar por alto que es de las exigencias del artículo 139 inciso 22, de donde el Alto Tribunal deriva la obligación de que el legislador prevea la fecha de culminación de la pena, de manera que dentro de la amplia libertad de la que goza para configurar los alcances de la pena, tiene un límite de orden temporal directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad⁽⁸⁷⁾.

34 Una de las cuestiones que preocupa a la doctrina peruana es el establecimiento de los límites de la proporcionalidad abstracta, en especial, el límite mínimo⁽⁸⁸⁾. Sobre este se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006 PI/TC: “el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia

(84) CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 307-308. Este autor, aun cuando admite que cierta razón late en nuestra postura, la rechaza alegando que el legislador, cuando calcula el marco penal, no toma en consideración las consecuencias que la pena pueda cumplir en el potencial infractor.

(85) Expediente N° 010-2002-PI/TC, de 3 de enero de 2003, fundamentos jurídicos 179, 180 y 198.

(86) CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 308.

(87) Expediente N° 010-2002-PI/TC, de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 182.

(88) *Vide*, entre otros, CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 311 ss.; GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 219.

gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos afectados” (FJ 35).

3.2. Proporcionalidad concreta

La pena aplicada por el juez o tribunal debe ser proporcionada a la gravedad del hecho delictivo cometido. En este momento de determinación de la pena, la relación entre el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad se intensifica⁽⁸⁹⁾, pudiéndose afirmar que cuando hablamos de proporcionalidad en sentido estricto en el momento judicial, estamos haciendo referencia a la necesaria relación de proporción en que han de encontrarse el injusto y la culpabilidad del autor, con la pena que impone el juez o tribunal.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto en el momento de determinación de la pena, opera fundamentalmente cuando el legislador deja en manos del juez o tribunal un cierto grado de discrecionalidad en la imposición de la pena, estando obligado el juez o tribunal a ajustar la pena exacta a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad⁽⁹⁰⁾. No solo la determinación cualitativa de la pena por parte del juez o tribunal está inspirada en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que este también juega un papel fundamental en el margen de arbitrio que le queda en la determinación cuantitativa al apreciar las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido que atienden tanto a la gravedad del hecho como a las circunstancias personales del delincuente, es decir, a las necesidades de prevención especial⁽⁹¹⁾.

(89) Sobre la relación del principio de proporcionalidad y de culpabilidad *vide* AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Op. Cit., p. 309 ss. El Tribunal Constitucional peruano no se limita a destacar la estrecha relación que existe entre el principio de culpabilidad, por una parte, y los principios de legalidad y proporcionalidad por otra, como han hecho otros tribunales constitucionales de Europa, sino que va más allá y deriva aquel de estos. En concreto, señala que “(...) la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico” (Expediente N° 003-2005 PI/TC, fundamento jurídico 63; Expediente N° 0014-2006 PI/TC, fundamento jurídico 36). Particular resulta la definición que realiza el Alto Tribunal del “principio de culpabilidad constitucional”, frente a lo que se conoce como “principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes” (Expediente N° 003-2005 PI/TC, fundamento jurídico 64; Expediente N° 0014-2006 PI/TC, fundamento jurídico 36).

(90) En la Sentencia de 22 de mayo de 1986, el Tribunal Constitucional Español afirmó que la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización se plantea en aquellos casos en los que la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación con la gravedad de su culpabilidad.

(91) URQUIZO OLAECHEA, J., “Principio de proporcionalidad penal”. Op. Cit., p. 209, incluso llega a afirmar que nada le impide al juez, en el caso concreto, acudir a las normas constitucionales y al sentido y al fin de las penas, “para destacar el principio de proporcionalidad y en el caso concreto la necesidad de la pena”.

37 En el artículo 46 del Código Penal peruano, dedicado a la individualización de la pena, el legislador establece los criterios que el juez deberá tener en cuenta para determinar la pena concreta que le corresponde al sujeto por el hecho punible cometido, señalándose que atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho, considerando especialmente algunas circunstancias relativas, la mayoría de ellas, a la gravedad del hecho, debiendo respetar el juez el principio de proporcionalidad en sentido estricto en el momento de determinar la pena. No obstante, en relación con las circunstancias previstas en este artículo 46 CP debe tenerse presente que a través de la Ley N° 28276 se introdujeron dos nuevos criterios para la determinación de la pena, en concreto, la habitualidad del agente al delito y la reincidencia⁽⁹²⁾ y que, como consecuencia de este cambio, cuatro días después se publicó la Ley N° 28730, a través de la cual, entre otros preceptos, se modificó la redacción el artículo VIII del Título Preliminar con el fin de excluir los institutos penales de la reincidencia y de la habitualidad, del ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

38 Sobre todo comentario sobre la compatibilidad de las mismas con el principio de proporcionalidad de las penas consagrado en el artículo VIII del Código Penal, porque es el propio legislador, consciente de que la reforma operada por la Ley N° 28276 choca frontalmente con aquel, el que excluye ambos institutos penales de su ámbito de aplicación. No obstante, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006 PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Ley N° 28276, y ha defendido la compatibilidad de las circunstancias de reincidencia

(92) Este cambio de política criminal llama poderosamente la atención si se tiene presente la explicación que en su día ofreció la Comisión Revisora para no incluir la reincidencia y la habitualidad en el texto del Proyecto de Código Penal, ya que desde nuestro punto de vista en la actualidad conserva plenamente su validez: “Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem* (...) La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

y la habitualidad con el principio de proporcionalidad⁽⁹³⁾, si bien hay que destacar que reduce su análisis a determinar “si la intervención del legislador, al incorporar la agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad”⁽⁹⁴⁾. Desde nuestro punto de vista, se trata de un análisis a todas luces insuficiente, ya que debería haber entrado a examinar si la agravación de la pena prevista para los casos de reincidencia y habitualidad es proporcionada. Lo que cabe cuestionar desde el punto de vista del principio de proporcionalidad no es tanto la previsión de la reincidencia y la habitualidad entre las circunstancias a tener en cuenta a la hora de individualizar la pena⁽⁹⁵⁾, sino el efecto agravatorio de las mismas, es decir, si por ser rein-

-
- (93) Los argumentos que ofrece para negar la vulneración de los distintos subprincipios que integran el principio de proporcionalidad se pueden resumir como sigue: a) la inclusión de la reincidencia no vulneraría el principio de idoneidad, porque el legislador ha previsto “(...) un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido” (fundamento jurídico 43); b) por lo que respecta al subprincipio de necesidad, el Tribunal Constitucional centra su análisis en si el legislador “debió advertir la existencia de alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726”, concluyendo que no existen “(...) otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y la habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger” (fundamento jurídico 44); c) por último, también respetaría el principio de proporcionalidad en sentido estricto, “Y es que así como el Estado constitucional de derecho, tienen el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no solo subvierte el orden constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros”. Realmente no entendemos el argumento empleado por el Alto Tribunal para afirmar que la Ley N° 28726 cumple con este subprincipio, y menos aún por qué trae a colación los delitos de terrorismo si lo que se está cuestionando es la constitucionalidad de la agravante genérica de reincidencia. La única explicación que alcanzamos a dar es que se ha limitado a copiar los argumentos utilizados en su día en el Expediente N° 003-2005 PI/TC, en el cual analizó la constitucionalidad de la agravante específica de reincidencia para los delitos de terrorismo.
- (94) Según el Alto Tribunal, “(...) el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de la determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley” (fundamento jurídico 33).
- (95) La doctrina suele cuestionar la compatibilidad de las agravantes de reincidencia y multirreincidencia con el principio de culpabilidad y el principio *non bis in idem*. Vide el análisis que realiza el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento jurídico 53 y siguientes del Expediente N° 003-2005 PI/TC, y en el fundamento jurídico 19 y siguientes del Expediente N° 0014-2006

cidente o delincuente habitual la posibilidad de imponer una pena hasta un tercio (Art. 46-B) o hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (Art. 46-C; Art. 440)⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾, vulnera este principio⁽⁹⁸⁾. Bien es cierto, que la agravación de la pena cuando concorra algunas de estas circunstancias se prevé con carácter facultativo y no con carácter imperativo, pero la finalidad reeducadora que se le atribuye a la pena privativa de libertad en el texto constitucional no justifica que la dosificación de la pena deba adaptarse a la “personalidad del educando” requiriendo el reincidente “mayor dosis para que aumente la eficacia de lo que ya se demostró insuficiente”⁽⁹⁹⁾.

- 39 Una vez que hemos analizado el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, podemos posicionarnos sobre qué principio se consagra en el artículo que es objeto de comentario. En nuestra opinión, en lo atinente a las penas, se consagra el principio de proporcionalidad en sentido estricto, abarcando la proporcionalidad abstracta y la proporcionalidad concreta. Un argumento a favor de la consideración de que en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal no solo se contempla la exigencia de proporcionalidad abstracta dirigida al legislador, como afirma el Tribunal Constitucional

PI/TC, sobre la compatibilidad de la reincidencia con estos principios, debiéndose tener en cuenta que el Alto Tribunal deriva el principio de culpabilidad de los principios de proporcionalidad y de legalidad.

- (96) Para las faltas, en caso de apreciarse la reincidencia, “El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado”, a raíz de la modificación sufrida por el artículo 440 a través de la misma Ley N° 28726.
- (97) Debemos aclarar que en la actualidad, y tras la reforma sufrida por el artículo 66 a través de la LO 11/2003, en los casos de multirreincidencia –concurre la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza– se podrá imponer la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes como la gravedad del nuevo delito cometido. En el resto de los casos, la reincidencia se rige por las reglas generales de la determinación de la pena (pena en su mitad superior si es la única agravante o concurre con otra).
- (98) El Tribunal Constitucional Español (STC 150/1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 9), declaró en su día la compatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de proporcionalidad, en la medida en que “(...) ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de los límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad (...)”. En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente el Tribunal Supremo Español, en la Sentencia 18 de enero de 1991: “Y para el legislador la persistencia en la delincuencia es más grave que la sola ocasional y aislada; esto es así y se justifica por fines de prevención general y especial de la delincuencia que atenta contra la convivencia y la seguridad ciudadana; los medios son proporcionados e idóneos –medida individualizada de la misma pena–, y por tanto legítimos y perfectamente constitucionales. No se trata de una amenaza penal distinta sino de una posibilidad dentro de la misma tipificada *ad hoc* para el hecho; el grado podía ser máximo o medio y este es posible aún sin agravantes”.
- (99) Sentencia del Tribunal Supremo Español de 18 de enero de 1991.

en el Expediente N° 0010-2002/PI/TC, sino la necesidad de que la pena aplicada por el juez al autor sea proporcionada a la gravedad del hecho cometido, es el hecho de que el legislador se ha visto obligado a excluir del ámbito de aplicación de lo dispuesto en el mismo, los casos en los que el juez o tribunal tiene que apreciar la reincidencia o la habitualidad.

VI. Medidas de seguridad y principio de proporcionalidad

De la lectura del Título Preliminar del Código Penal peruano, se infiere la clara intención del legislador de someter la aplicación de las medidas de seguridad a las mismas garantías político-criminales que rodean a la sanción penal por excelencia, la pena, dada la restricción de derechos fundamentales que implican⁽¹⁰⁰⁾. Entre estas garantías se encuentra el principio de proporcionalidad denotando la relevancia que el mismo adquiere en el ámbito de las medidas de seguridad⁽¹⁰¹⁾, relevancia que se puede decir que es incluso mayor que en las penas⁽¹⁰²⁾. Todo ello sin desconocer que los criterios para determinar la proporción de las penas y de las medidas de seguridad deben ser diversos en atención a sus distintos presupuestos y finalidades. El principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la

(100) Sobre la importancia del respeto de los principios constitucionales en el ámbito de las medidas de seguridad, cfr. JORGE BARREIRO, A., "Crisis actual del dualismo en el Estados social y democrático de derecho". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, p. 151; FRISCH, W., "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem". En: *ZStW* 102, p. 343 ss. (la traducción al castellano de este artículo, conforme a la cual se citará, "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", se puede encontrar en *Indret* 3/2007, en la página web <www.indret.com>). En opinión de FRISCH, W., "Das Marburger Programm und die Massregel der Besserung und Sicherung". En: *ZStW* 94, p. 583, debemos a VON LISZT, que las medidas estén sometidas a garantías parecidas a las que rodean la imposición de la pena.

(101) Algunos afirman que el principio de proporcionalidad cumple en el ámbito de las medidas de seguridad una función de protección similar a la que el principio de culpabilidad desempeña de una manera mucho más intensa en las penas. Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 85. No obstante, autores como HANACK, E., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, § 62 Nm. 2, se muestran críticos con esta afirmación dado que, en su opinión, las medidas de seguridad no tienen la misma orientación que las penas y no procede realizar esa comparación.

(102) No en vano, algunos autores como MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 4/73, consideran que el principio de proporcionalidad nació para limitar las medidas de seguridad, siendo empleado como contrapartida del principio de culpabilidad para las penas. Cfr. en este sentido JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 85; o ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 3 Nm. 52, para quien "La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino solo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena".

ejecución de la medida de seguridad⁽¹⁰³⁾ se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo⁽¹⁰⁴⁾.

41 La importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad la ha resaltado el Tribunal Constitucional peruano, cuando en la Sentencia de 17 de enero de 2006, recaída en el Expediente N° 8815-2005-PHC, afirma que “las medidas de seguridad –internación y tratamiento ambulatorio– no pueden ser impuestas por el juez penal con absoluta y entera discrecionalidad; antes bien, para que una medida de seguridad sea constitucionalmente legítima, esta debe dictarse dentro de los límites que la ley prevé y en estricta observancia del principio de proporcionalidad”.

42 Tras una primera lectura del inciso del artículo VIII que nos ocupa, se puede pensar que el legislador no ha estado muy acertado al consagrar este principio en el ámbito de las medidas de seguridad, pues condiciona la proporcionalidad de la medida a “intereses públicos predominantes”⁽¹⁰⁵⁾, dando a entender que se decanta por una visión puramente utilitarista del individuo, de manera que el sujeto se convertiría en un medio al servicio de otros fines, en concreto, del interés público dominante. Pareciera que los fines de prevención especial de las medidas de seguridad proclamados en el artículo IX del Título Preliminar no se tienen en cuenta al decidir la proporcionalidad, sino que estas solo deban guardar proporción con los beneficios sociales que puedan aportar⁽¹⁰⁶⁾. Pero esto no es así, como nos recuerda el propio Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 8815-2005-PHC, en los siguientes términos: “No obstante, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la medida de internación no solo se justifica porque persigue evitar la comisión de futuros delitos, sino también porque su finalidad es la recuperación de la personas. Y no puede ser de otro modo, pues nuestra Constitución (Art. 1) establece que

(103) El principio de proporcionalidad alcanza una especial relevancia en estos dos últimos momentos debido a la regulación contemplada en el artículo 71 y siguientes. GARCÍA CAVERO, P., “Artículo VIII”. *Op. Cit.*, p. 222, parece limitar la virtualidad del principio de proporcionalidad al momento legislativo y judicial, olvidándose de la importancia del mismo en el momento de la ejecución de estas medidas.

(104) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 118.

(105) Recuerda a la expresión utilizada por ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 3 Nm. 57, para destacar la diferente justificación de pena y medida y, al mismo tiempo, la diferencia que existe entre las mismas: la limitación. En tanto que la pena se limita por el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad se limitan a través del principio del interés público preponderante.

(106) Como afirma MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, 4/76, las medidas de seguridad no deben guardar proporción solo con los beneficios sociales que pueden aportar, “sino, más en concreto, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que pueda cometer”.

la persona y la protección de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, condición que no se pierde por el hecho de haber sido condenado o, como en el presente caso, por haber sido sometido a una medida de seguridad” (FJ 5). Se subraya, por consiguiente, que la medida de internación además de perseguir la finalidad genérica de cualquier medida de seguridad, es decir, la evitación de la comisión de futuros actos delictivos, posee una finalidad específica⁽¹⁰⁷⁾, en particular, una finalidad correctora⁽¹⁰⁸⁾; ello sin desconocer que la medida de internación puede tener, conjunta o exclusivamente, una finalidad asegurativa⁽¹⁰⁹⁾.

Desde nuestro punto de vista, cabe interpretar que el artículo VIII de 43
Título Preliminar está condicionando la proporcionalidad de las medidas de seguridad al principio que un importante sector doctrinal⁽¹¹⁰⁾ considera el

(107) El propio legislador hace referencia a estas finalidades específicas en el artículo 74 CP. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, p. 237, sostiene que la prevención especial, referida a la neutralización de la peligrosidad criminal de un sujeto concreto, es la denominación de la función genérica que cumplen las medidas de seguridad; en tanto que “corrección” o “educación”, “aseguramiento” y “curación” son las funciones específicas o subfunciones asignadas a las diferentes medidas, respectivamente, educadoras, inocuizadoras y curativas.

(108) SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, p. 74, afirma que la finalidad preventiva especial de las medidas de seguridad se puede alcanzar de modos muy diversos que cabe reconducir en dos grandes grupos: técnicas correctoras (terapéuticas, pedagógicas) y asegurativas. Además, recuerda cómo los autores destacan la presencia de los contenidos correctores frente a los asegurativos. Así, HANACK, E., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, previos a § 61 Nm. 22, afirma que “corresponde a la esencia de un Derecho penal humano y respetuoso con el Estado de Derecho que tenga preferencia el pensamiento de la corrección, de modo que el asegurativo solo aparecerá en primer plano o se convertirá en fin exclusivo de la medida cuando no se manifieste posible la corrección”. Pero como señala el propio HANACK, la meta de la corrección jamás justifica por sí misma la imposición de una medida, dado que la corrección siempre tiene que referirse a la finalidad de prevenir el peligro de futuros delitos. Y así lo ha reconocido, incluso, Tribunal Constitucional alemán, *BVerfGE* 22,180, 218 ss., cuando afirma que “El Estado no tiene, sin embargo, la tarea de ‘mejorar’ a sus ciudadanos y por ello carece también del derecho de privarlos de libertad solo para ‘mejorarlos’ sin peligro para sí mismos (o los demás) en caso de permanecer en libertad”. Por su parte, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 3 Nm. 55, afirma que si bien en los internamientos de seguridad se manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial; cuando se trata de internamientos en hospitales psiquiátricos, están al mismo nivel los fines de aseguramiento y resocialización.

(109) Como señala MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, 3/61, las medidas terapéuticas, como es el caso de la internación, tienen como función específica básica, la curación o mejora de salud, aun cuando también pueden tener una finalidad asegurativa, única, en los supuestos de sujetos incurables o no mejorables, pero peligrosos.

(110) Entre otros, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 3 Nm. 57. GRACIA MARTÍN, L. / BOLDAVA PASAMAR, M. / ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 397; JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el Estados social y democrático de derecho”. *Op. Cit.*, p. 153, quien reconociendo que este planteamiento es el más apropiado, reclama el respeto de la dignidad humana como límite infranqueable en un Estado de Derecho. Sobre los distintos autores que, siguiendo la idea formulada por NOWAKOWSKI, defienden con distintos argumentos la justifi-

fundamento de las medidas de seguridad: el principio del interés público preponderante. Este se encuentra basado en la idea de ponderación de bienes, de manera que puede privarse al sujeto de libertad “cuando su disfrute conduzca con una alta probabilidad a perjuicios ajenos que pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”⁽¹¹¹⁾. Y es que el principio de ponderación de bienes no solo fundamenta la imposición de las medidas de seguridad, sino que también opera como límite: los daños y peligros que parten del autor han de soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que implicaría la medida para el sujeto. El principio de proporcionalidad concretaría el principio de ponderación de bienes, en el sentido de prohibición de exceso⁽¹¹²⁾.

44 Debe tenerse presente que en el artículo 73 CP es donde se formula de forma más explícita el principio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito de las medidas de seguridad. De su tenor literal se deduce que la proporcionalidad de las medidas de seguridad se decide en atención a tres parámetros: la peligrosidad delictual del agente; la gravedad del hecho cometido; y, por último, la gravedad de los que probablemente cometería si no fuese tratado⁽¹¹³⁾.

45 La importancia que cada uno de estos criterios debe tener a la hora de decidir la proporcionalidad de la medida debe ser distinta, aun cuando no se puede prescindir de una valoración global. Así, lo fundamental para decidir si la medida de internación es proporcionada o no, debe ser la peligrosidad criminal del sujeto y la gravedad de los hechos delictivos que se prevé que pueda cometer en un futuro de no acordarse la medida, debiendo pasar a un segundo plano la gravedad del hecho cometido dado que las medidas de

cación de las medidas de seguridad desde la perspectiva de la ponderación de intereses y de distintas causas de justificación, *vide* SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. *Op. Cit.*, pp. 81-82. En opinión de FRISCH, W., “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 21, el principio del interés preponderante constituye únicamente un segmento de la justificación, en la medida en que en él está ausente la idea de que el Estado tiene deberes ineludibles frente a los intereses en conflicto.

(111) ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. *Op. Cit.*, § 3 Nm. 57.

(112) *Ibidem*, § 3 Nm. 58.

(113) Los criterios conforme a los cuales se ha de valorar la proporcionalidad de la medida son muy parecidos a los utilizados por el legislador alemán en el parágrafo 62 *StGB*, cuyo tenor literal es: “No se debe imponer una medida de seguridad y corrección cuando esta no guarde proporción con el significado del hecho cometido por el autor y de los hechos que pueda cometer en el futuro, así como con el grado de peligro que proviene del autor”. Como señala JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho”. *Op. Cit.*, p. 160, una formulación adecuada del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad debe tener en cuenta estos tres criterios.

seguridad sirven para evitar futuras lesiones a bienes jurídicos⁽¹¹⁴⁾. De manera que la gravedad del hecho delictivo cometido no puede justificar por sí sola la imposición de una medida de seguridad si no existe peligro de que vuelva a cometer delitos⁽¹¹⁵⁾, al igual que en ocasiones, pese a no justificar la gravedad de la infracción delictiva cometida la imposición de una medida, la gravedad de los hechos que pueda cometer en el futuro y la peligrosidad criminal del sujeto justificarían que el juez o tribunal acuerde la misma⁽¹¹⁶⁾.

No obstante, debe tenerse presente que en el artículo 75 CP se establece 46 un límite a la duración de la medida de internamiento completamente ajeno a la finalidad de las medidas de seguridad: el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicar por el delito cometido. Es decir, que al igual que sucede en otros países como España, se acude a un criterio extraño al fundamento de las medidas de seguridad para determinar su proporcionalidad en sentido estricto. Aun cuando se suelen alegar razones de certeza y seguridad jurídica por parte de los defensores de este límite, no creemos que resulte respetuoso con el fundamento y la finalidad de las medidas. La proporcionalidad entre el hecho cometido y la consecuencia jurídica impuesta es el criterio de proporcionalidad propio de la pena, no siendo extrapolable este a la medida de seguridad. Más aún si tenemos en cuenta que en el Código Penal peruano se prevé que el internamiento únicamente se podrá imponer cuando concurra el peligro de que el sujeto cometa delitos considerablemente graves (Art. 74.2 CP), y que la medida deberá cesar cuando las causas que hicieron necesaria su aplicación desapareciesen (Art. 75.2 CP).

Además, la exigencia de que la duración de la medida de internación no 47 exceda “del tiempo de duración de la pena privativa de libertad, que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido” (Art. 75 CP), conduce a cierta contradicción interna entre, por una parte, este límite dado por la duración de la pena privativa de libertad y, por otra, la declaración general contenida en el artículo VIII del Título Preliminar y la formulación del principio de

(114) Así se pronuncia, entre otros, JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 803, ya que en las medidas, la necesidad de proteger a la colectividad ocupa el primer plano.

(115) *Ibidem*, p. 804.

(116) *Vide*, entre otros, JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 804; CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general. Introducción*, p. 43; SILVA SÁNCHEZ, J., “La regulación de las medidas de seguridad (Art. 6)”. En: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 45; JORGE BARREIRO, A., “Crisis actual del dualismo en el Estados social y democrático de derecho”. *Op. Cit.*, p. 161; SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 130.

proporcionalidad prevista en el artículo 73 CP. Se puede afirmar que con esta limitación se desvirtúa la medida de seguridad de internación si tomamos en consideración su fundamento y su finalidad.

- 48 Esta crítica no implica desconocer la importante función de garantía⁽¹¹⁷⁾ que cumple el hecho cometido, al acordar las medidas de seguridad⁽¹¹⁸⁾. No obstante, si se considera necesario imponer límites temporales se deberían establecer, en todo caso, dependiendo del tipo de intervención y de la función específica de la medida (terapéutica, pedagógica o asegurativa)⁽¹¹⁹⁾, y no en atención al delito cometido y a la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto al sujeto⁽¹²⁰⁾. Aun cuando de una primera lectura rápida se pudiera deducir que, afortunadamente, el legislador penal peruano no hace depender la posibilidad de acordar la medida de internamiento del hecho de que el delito se encuentre sancionado con una pena privativa de libertad, tal y como se exige

(117) En el seno de la doctrina española se destaca la triple función de garantía que corresponde al hecho cometido, a saber: refuerza el pronóstico de peligrosidad; fortalecimiento de la vigencia del principio de legalidad; y, por último, reducción de la función preventiva a límites tolerables. Subraya SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 130-131, que el hecho delictivo cometido posee un significado indiciario de la peligrosidad futura del sujeto y, por este motivo, se debería tomar en consideración su clase y gravedad, volumen y frecuencia (separación temporal), datos que habrá que tener en cuenta también en relación con los hechos futuros, debiéndose atender fundamentalmente, en estos casos, al peso de los bienes jurídicos amenazados y a la posibilidad de convertirse en víctima.

(118) Como señala SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 122, “una cosa es admitir la necesidad de la previa comisión de un delito, y otra muy distinta, es convertir al delito cometido en determinante de la clase y magnitud de tal medida”.

(119) El legislador alemán, dependiendo de la medida que se trate, establece o no límites temporales a las medidas de corrección y seguridad, si bien cuando estos límites existen, en ningún caso vienen dados por la duración que hubiese tenido la pena privativa de libertad que se le hubiese podido imponer. En concreto, en el §67 d *StGB*, se establece un plazo máximo de dos años para los internamientos en centros de desintoxicación (§67d.1) y de 10 años (§ 67.d. 3 *StGB*) para la custodia de seguridad, siempre que no exista peligro de que el internado, a consecuencia de su adicción, cometa hechos delictivos relevantes que puedan ocasionar graves perjuicios psíquicos o corporales a la víctima. En la Sentencia de 5 de febrero de 2004, el Tribunal Constitucional alemán declaró que el apartado 3 del §67 d *StGB* no vulneraba la Constitución al prever que en determinados supuestos la custodia de seguridad tuviese una duración indeterminada.

(120) Así, SILVA SÁNCHEZ, J., “La regulación de las medidas de seguridad (Art. 6)”. *Op. Cit.*, p. 45, afirma que en los casos en los que por “incongruencias objetivo-subjetivas” el hecho cometido exprese en sí menor peligrosidad en el injusto exteriorizado que el realmente existente (pone como ejemplos las tentativas frente a hechos consumados, lesiones frente a homicidios, daños frente a incendios, etc.) se podrían acordar medidas de internamiento de mayor duración que la pena que le hubiese correspondido de estar sano. Incluso, como apunta SILVA SÁNCHEZ, J., “La regulación de las medidas de seguridad (Art. 6)”. *Op. Cit.*, p. 47, podrían darse casos en los que el criterio de la peligrosidad futura fuese aun menos restrictivo para la libertad que el criterio de la proporcionalidad del hecho cometido, como ocurre cuando los hechos cometidos sean menos graves que el cometido, por tener carácter excepcional, como es el caso de los delitos pasionales.

en el Código Penal español⁽¹²¹⁾, una lectura más reposada nos hace extraer una conclusión totalmente contraria a la primera. Cuando el legislador peruano establece en el artículo 75 CP que la medida de internación “no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”, de forma indirecta está excluyendo la aplicación de la medida de internación a los casos en los que la conducta realizada no esté sancionada con una pena privativa de libertad. Y este límite, considerado por algunos plasmación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es del todo desacertado, en la medida en que, como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, se pueden cometer hechos que aun cuando no estén sancionados con penas privativas de libertad, sin embargo, denoten una peligrosidad derivada de una patología cuyo tratamiento requiera la privación de libertad del sujeto⁽¹²²⁾. Por otra parte, no cabe desconocer la dificultad que encierra determinar cuál debe ser ese límite. Como en su día afirmó el Tribunal Supremo español: “No es posible establecer como límite de la medida de seguridad aplicable al incapaz de culpabilidad la duración que le hubiere correspondido si hubiera sido culpable, pues nadie podría decir cuál hubiera sido la gravedad de su culpabilidad si hubiera tenido la capacidad que le faltó” (STS de 19 de enero de 1995).

En cuanto a este límite temporal, se puede plantear la misma cuestión ⁴⁹ que la formulada respecto a lo dispuesto en el Código Penal español⁽¹²³⁾: qué debe entenderse por “el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”, si se debe determinar o no la pena en concreto que le corresponde. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo español ha establecido la siguiente doctrina: “(...) esta Sala, no ha estimado necesaria, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el Juzgado o Tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos

(121) De forma innecesaria, lamentablemente, el Código Penal español, como se desprende de la interpretación del artículo 95.2 CP, hace depender la imposición de medidas de seguridad privativas de libertad a que el hecho delictivo esté sancionado con penas de la misma naturaleza.

(122) SILVA SÁNCHEZ, J., “La regulación de las medidas de seguridad (Art. 6)”. *Op. Cit.*, pp. 39, 41 y 45. En el mismo sentido SANZ MORÁN, Á., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 247 ss.

(123) Bien es cierto que las expresiones utilizadas en el Código Penal español (artículos 101, 102 y 103) para determinar la duración de la medida de internamiento en los supuestos de sujetos declarados inimputables difieren de la prevista en este artículo 75.1 CPP, pero ambas plantean, en nuestra opinión, las mismas dudas: “El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el juez o tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”.

que el Código Penal pone a su disposición para la individualización de la pena. Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente”⁽¹²⁴⁾. A mayor abundamiento se afirma que, “Dada la diferencia de naturaleza, fundamento y finalidad que hay entre las penas y las medidas de seguridad, estimamos que la pena concreta a imponer en el caso para las hipótesis en que haya de aplicarse una eximente (completa e incompleta) no constituye el límite de la duración del internamiento de la medida de seguridad aplicable. Entendemos que tal límite se encuentra en el tope máximo de la pena a imponer habida cuenta del tipo concreto de que se trate, su grado de ejecución (consumación o tentativa), su grado de participación (autoría o complicidad), así como las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir (siempre que estén desconectadas de aquello por lo que se aplicó la eximente —completa o incompleta—). Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente”⁽¹²⁵⁾.

- 50 En nuestra opinión, para satisfacer esa exigencia de proporcionalidad de las medidas, hubiese bastado con la formulación del principio de proporcionalidad en sentido estricto contenido en el artículo 73 CP, sobrando el límite previsto en el artículo 75 CP para la medida de internamiento.

VII. Consecuencias accesorias y principio de proporcionalidad

- 51 En este artículo VIII del Título Preliminar, el legislador no ha hecho referencia a la vigencia del principio de proporcionalidad en relación con las otras sanciones penales contempladas en el Código Penal⁽¹²⁶⁾, las denominadas “consecuencias accesorias”, aun cuando, como señalábamos anteriormente, al poseer este principio rango constitucional incluso el máximo intérprete de la Constitución reconoce su vigencia en este ámbito⁽¹²⁷⁾.

(124) Entre otras, Sentencia de 19 de noviembre de 2002 y Sentencia de 24 de abril de 2007.

(125) STS de 12 de noviembre de 2001.

(126) Igualmente, no ha dispuesto nada sobre la aplicación a estas consecuencias jurídicas del resto de las garantías contenidas en el Título Preliminar, aun cuando el contenido aflictivo de estas nos debe llevar a afirmar la aplicación de las mismas a las consecuencias accesorias, en la misma línea que el legislador español.

(127) Expediente N° 0012-2006-AI/TC: “El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine a pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada

Sin embargo, no podemos pasar por alto que el legislador ha plasmado expresamente el principio de proporcionalidad en sentido estricto en el artículo 103 CP en relación con algunas de estas consecuencias accesorias, en concreto, el comiso de efectos provenientes del delito. Este reconocimiento parcial por parte del legislador no nos impide reclamar la observancia de este principio y del resto de subprincipios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en relación con todas las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal peruano, más aún si tenemos en cuenta que las mismas inciden de una forma muy grave sobre terceros ajenos al comportamiento delictivo y que, al no encontrarnos ante penas, no pueden venir limitadas por el principio de culpabilidad sino, tal y como sucede con las medidas de seguridad, por el principio de proporcionalidad. Por consiguiente, el juez o tribunal deberá respetar este principio al acordar la privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas (Art. 104) y, especialmente, en relación con las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105 CP, ya que, tras la reforma sufrida por este artículo a través del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007, prevé la imposición obligatoria, y no facultativa como hasta entonces, de todas o algunas de las medidas en él contempladas. El juez o tribunal deberá optar de entre las medidas incluidas en el catálogo, por aquellas que sean idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto para prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, que es, en nuestra opinión, el fundamento que se puede predicar de estas consecuencias accesorias cuyos destinatarios son las personas jurídicas, aun cuando el legislador penal peruano no diga nada al respecto⁽¹²⁸⁾. Es decir el juez o tribunal deberá acordar todas o algunas de estas medidas, atendiendo al grado de peligro de lesión de los bienes jurídicos que a través de las mismas se pretende evitar. Ello sin perjuicio de recordar que el principio de proporcionalidad, al ser un principio constitucional, debe regir también en el momento legislativo y en el ejecutivo.

La formulación del principio de proporcionalidad en sentido estricto contenida en el artículo 103 del Código Penal peruano se hace en términos parecidos a los que utiliza el legislador penal español en el artículo 128⁽¹²⁹⁾, si bien

caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesiones el bien jurídico protegido" (fundamento jurídico 33).

(128) El apartado 3 del artículo 129 CPE reza así: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma".

(129) Artículo 128 CPE: "Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho

el legislador peruano ha ido más lejos al extender la aplicación del mismo no solo a los efectos e instrumentos sino también a las ganancias. Dada la similitud que cabe apreciar en la redacción de ambos preceptos, podemos reproducir las mismas críticas que formulamos en su día a los términos de comparación utilizados por el legislador español para decidir la proporcionalidad⁽¹³⁰⁾. En primer lugar, se hace depender el importante correctivo que implica el principio de proporcionalidad en esta materia, del carácter lícito o ilícito de los efectos o instrumentos. No tiene sentido que por ser de lícito comercio dejen de decomisarse objetos peligrosos, de ahí que debería haberse tenido en cuenta el fundamento del comiso en los respectivos casos (efectos, instrumentos y ganancias), y no la licitud o ilicitud de los mismos para proceder al decomiso. Tampoco tiene sentido la inclusión de magnitudes como la naturaleza y la gravedad de la infracción penal para decidir la proporcionalidad de esta medida al no ser magnitudes mensurables. Igualmente hubiese sido deseable que el legislador contemplase en este precepto, junto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, los otros dos subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

VIII. Bibliografía

- 54 AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*. Edersa, Madrid, 2000; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999; BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de DE LAS CASAS. Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura, Madrid, 1993; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Grifley, Lima, 2004; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Público* N° 11, 2005; CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general. Introducción*. Tecnos, Madrid, 1996; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; DORADO MONTERO, Pedro, “Sobre la proporción penal”. En: *RGLJ*, 1916; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional

completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso, o decretarlo parcialmente”.

(130) Con más profundidad *vide* AGUADO CORREA, T. *El comiso*, pp. 53 ss. y 84 ss.

al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”. En: *Indret* 1/2007; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995; FRISCH, Wolfgang, “Das Marburger Programm und die Massregeln der Besserung und Sicherung”. En: *ZStW* 94 (1982); FRISCH, Wolfgang, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”. En: *ZStW* 102, 1990 (“Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”. En: *Indret* 3/2007) <www.indret.com>; GARCÍA CAVERO, Percy, “La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Público* N° 11, 2005; GARCÍA CAVERO, Percy. “Artículo VIII”. En: *Comentarios al Código Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2003; GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDAVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5ª Auf., Duncker&Humblot, Berlin, 1996; JORGE BARREIRO, Agustín, “Crisis actual del dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho”. En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. UNED, 2001; HANACK, Ernst-Walter, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*. 11ª Auf. De Gruyter, Berlin, 1992; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; NAVARRO ALTHAUS, Martín, “El sistema de penas en el CP peruano de 1991”. En: *Anuario de Derecho penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Asociación Peruana de Derecho penal, España, 1999; PRIETO DEL PINO, Ana María, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial*. Grijley, Lima, 2000; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. C. H. Beck, München, 1994; SANZ MORÁN, Ángel, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. Lex Nova, Valladolid, 2003; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La regulación de las medidas de seguridad (Art. 6)”. En: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch, Barcelona, 1997; URQUIZO OLAECHEA, José, “Principio de proporcionalidad penal”. En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, Madrid, 2002.

§ VIII Principio de proporcionalidad

JOSÉ URQUIZO OLAECHEA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Presentación.....	1	211	1. Proporcionalidad abstracta.....	53	231
II. Consideraciones generales	10	214	2. Proporcionalidad concreta.....	59	235
III. Base legal	14	217	VIII. Conclusiones	61	236
IV. Igualdad	25	220	IX. Bibliografía	74	239
V. Libertad	32	223			
VI. Justicia	38	226			
VII. Proporcionalidad abstracta y concreta	52	231			

§ VIII.- Proporcionalidad de las sanciones

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

I. Presentación

El principio de proporcionalidad no existía en el Código Penal de 1924 y apareció en el Título Preliminar del Código Penal de 1991 en el artículo VIII: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Este texto original fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28730 de 13 de mayo de 2006, siendo su versión actual la siguiente: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Esto es, aparece dentro de la norma una exclusión que tiene relación a su vez con la reincidencia y habitualidad que pasaron a constituir normas positivas de aplicación concreta a través de los artículos 46-B y 46-C de conformidad con el texto del Decreto Legislativo N° 1181 de 27 de julio de 2015⁽¹⁾. En tal sentido, la modificación

(1) Vale la pena recordar lo que se precisó en la “Exposición de motivos” del Código Penal al respecto: “Reincidencia y habitualidad. Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal los institutos penales de la

extiende el Derecho penal y, por tanto, bajo ese esquema el principio de proporcionalidad queda absolutamente sesgado, con el agregado que el sujeto pasa de ser autor y responder por su autoría a convertirse desde el punto de la aplicación de la pena un sujeto que responde por su modo de vida.

- 2 El principio de proporcionalidad no ha sido planteado de forma expresa en una norma como sí lo ha sido –por ejemplo– el principio de legalidad (Art. 2 inc. 24 apartado d) en la Constitución de 1993 para el ámbito penal. La razonabilidad y proporcionalidad han sido descritas para figuras constitucionales excepcionales, así el artículo 200 párrafo final: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza [se refiere a acciones de garantía como el hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de inconstitucionalidad, acción popular, acción de cumplimiento. Anotación nuestra] en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la *razonabilidad y la proporcionalidad* del acto restrictivo (...)”.
- 3 La norma constitucional está vinculada a procesos de excepción en el marco de los derechos fundamentales, por ello no es de extrañar que el análisis respecto tanto a la razonabilidad y proporcionalidad, el Tribunal Constitucional –vía interpretación– haya precisado a modo de regla básica lo siguiente: “Este colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, (...)”. Fundamento 19, p. 14, Expediente N° 0090-2004-AA/TC 5-7-2004.
- 4 Y, en concreto, respecto del principio de proporcionalidad, dicha sentencia señaló: “Es por ello que este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni [se] puede limitar a constatar a que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad en relación a la motivación de los

reincidencia y habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (Derecho penal de autor) (...)”. El TC, en su Sentencia N° 0014-2006-PI-TC de 19 de enero de 2007, declaró la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad. El Plenario N° 1-2008/CJ-116 de 18 de julio de 2008 estableció las directivas sobre la aplicación de la reincidencia y habitualidad.

hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada convierte esta última en una manifestación de arbitrariedad” Fundamento 36, página 21, sentencia arriba citada. Y con mayor precisión: “La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal (...) la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)”. Fundamento 36 *in fine*, p. 21 de la Sentencia N° 0090-2004.

El Tribunal Constitucional evidencia con claridad que la razonabilidad y proporcionalidad se encuentran en la línea de neutralizar actos arbitrarios y bajo el membrete de “interdicción de la arbitrariedad” desarrolla el principio: “El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa en cada caso (...) la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho (...) la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”. Fundamento 12, p. 9 y 10, Sentencia N° 0090-2004-AA/TC 5-7-2004.

En el caso Marcelino TINEO SILVA, Expediente N° 010-2012-AI/TC de 6 03/01/2003 en el fundamento 195 precisó: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. (...) En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”. En el fundamento 196 remarca lo siguiente: “... el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también de concretas exigencias de justicia material (...)”.

En el mismo sentido, la Sentencia N° 014-2006-AI/TC, 19/01/2007, fun- 7 damento 35: “De este principio (el de proporcionalidad) se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe

sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable”.

- 8 De ello deriva que su campo de aplicación es abierto y, por tanto, procede tanto para los aspectos fácticos de un planteamiento jurídico como para la aplicación de la norma positiva y desde una perspectiva amplia, se refiere a la creación misma de las normas en general y entre ellas las penales. En síntesis, el TC considera que dado que la proporcionalidad penal es un principio, como tal es un criterio rector de interdicción de la arbitrariedad en cualquier fase en que aparezca.
- 9 En lo que sigue se estudiará el principio de proporcionalidad y su relación con la filosofía del Derecho y un segundo aspecto vinculado directamente al Derecho penal.

II. Consideraciones generales

- 10 El ejercicio del *ius puniendi* requiere de “límites jurídicos definidos” que impidan una cosificación de la persona humana o su destrucción a través del Derecho penal. En el plano de la realización del sistema punitivo existe una línea de valores y principios que tienen como misión hacer compatible la dureza del Derecho penal con el mantenimiento de la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad⁽²⁾, la seguridad jurídico-penal y todo aquello que patentice garantías a favor del sujeto.
- 11 El principio de proporcionalidad debe cumplir una función neutralizante de situaciones que por su naturaleza o por sus orígenes se corresponda con situaciones arbitrarias y, por tanto, incompatibles con el valor justicia. El principio de proporcionalidad se ubica, por tanto, en relación a todo el ordenamiento penal y al sistema punitivo en general, así se desprende también de lo señalado en el artículo X del Título Preliminar del CP: “Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”. El principio de proporcionalidad, dada su estructura, tiene la capacidad de revisar las normas penales tanto sustantivas como adjetivas, esto es, de colocarlas en una línea tal que se pregunte: esta norma penal es “idónea”, es decir, dicha norma promueve el fin deseado (por ejemplo, si la norma y su descripción tal

(2) Ampliamente, CEREZO MIR, J., “Derecho penal y derechos humanos. Experiencia española y europea”. En: *Temas de Derecho penal*, p. 363; BACIGALUPO, E., “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”. En: DONNA, E. (director), *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, p. 9 ss.

cual aparece, realmente promueve su finalidad, *verbi gratia*, evitar la violencia contra la mujer); dicha norma es “necesaria” o existe otro medio para lograr ese fin y que ese medio signifique un menor costo desde el punto de vista punitivo y, por tanto, se evite lo más posible afectar derechos fundamentales (por ejemplo: la libertad) y bajo el test se pregunta: dicha norma es “proporcional en sentido estricto”: ¿en la relación causa efecto es razonable?; ¿en la fundamentación de una y otra existe una verdadera ponderación?; ¿realmente ofrece un equilibrio entre lo afectado y lo protegido? Todo ello con el objetivo de revisar y armonizar desde la perspectiva de los derechos fundamentales –por ejemplo, la libertad– si efectivamente en el caso concreto estamos ante una marcada desproporción carente de fundamentación material y, por tanto, arbitraria⁽³⁾. Ahora bien, las bases del análisis quedan determinadas en sede de un Estado de Derecho moderno y en el caso del ordenamiento jurídico peruano un punto esencial es la preservación de la dignidad de la persona humana en todas sus facetas y en todos los procesos de realización propios al libre desarrollo de la personalidad, teniendo como punto a considerar intereses individuales e intereses de la comunidad de forma lineal y simultánea⁽⁴⁾.

En Derecho penal, el principio de proporcionalidad, por razones obvias, se vincula con la aplicación de la pena, dado que la pena es el medio más severo que posee el sistema punitivo en cuanto afecta la libertad de la persona⁽⁵⁾. Así,

- (3) ALEXY, R., “Los principales fundamentos de mi filosofía del Derecho”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 32, señala que: “Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimalidad de Pareto. En cambio, en el caso del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) en sentido estricto –que también cabe denominar, sin más, ‘principio de proporcionalidad’ (*Proportionalität*)–, se trata de una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. (...) Este es el terreno de la ponderación, pues la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos. De ahí que esta teoría de los principios sea, ante todo, una teoría de la ponderación”, p. 17; en contra de que la proporcionalidad considerada en este sentido es un razonamiento únicamente aplicable a los principios: FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, p. 33 ss., quien afirma que: “Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el caso concreto sometido a juicio. (...) En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces ‘en los casos concretos’ no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación”.
- (4) KLUTH, W., “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán”. En: *Cuadernos de Derecho Público* N° 5, pp. 220-221.
- (5) PRADO Y UGARTECHE, J., *El método positivo en el Derecho penal*, p. 22. Debo precisar que el texto original data de 1890. El autor señala: “Ninguna de las ciencias jurídicas presenta para mí mayor importancia que la ciencia del Derecho penal (...) ninguna es (...) más sagrada que el Poder Judicial castigando al hombre”.

se dice que al comportamiento jurídicamente desvalorado del sujeto no debe seguir una desproporción grosera con el mal que ha provocado⁽⁶⁾. Esto no significa que se confunda culpabilidad con proporcionalidad, pues una pena para ser tal debe previamente responder a los criterios de culpabilidad en cuanto “la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro y de exceso en legítima defensa (...)”⁽⁷⁾.

- 13 Culpabilidad penal se vincula a un hecho en el sentido de realización típica y antijurídica de la que se desprende el juicio de valor respecto de los alcances de responsabilidad penal personal en el caso concreto. El principio de proporcionalidad respecto de la aplicación de la pena vela para que esta no constituya en su esencialidad un agravio al sujeto culpable, mas allá de su hecho, esto es, que no se constituya en un plus punitivo y que como consecuencia se pierda la perspectiva de los límites propios al enjuiciamiento penal, que sea desproporcional por sí misma y, por tanto, pierda a su vez toda racionalidad. Visto así, en la actualidad, mediante la figura de la *prisión preventiva*, que afecta la libertad de los imputados se ha puesto en entredicho la validez de la misma, en tanto, en su desarrollo por la jurisprudencia, parece haberse invertido la regla de lo excepcional o extraordinario de la prisión preventiva por lo regular o normal, esto es, de enviar vía prisión preventiva a las personas a las que *prima facie* se les imputa uno o más delitos. La materialidad del principio de proporcionalidad queda expuesto en cuanto frente a estos casos se impone el control de la actuación de los poderes públicos, en el caso aquí mencionado resulta imperativo el control a los jueces penales en sus decisiones vinculadas a los derechos de las personas objeto de imputación penal, ello es posible debido a que ninguna norma ordinaria es autónoma respecto a los fines y objetivos del ordenamiento jurídico de base constitucional, el desarrollo lógico de una norma es su adscripción a los derroteros señalados en la

(6) ZAFFARONI, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 123, señala el autor: “Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión”.

(7) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 791.

Constitución del Estado⁽⁸⁾. Entonces, el principio de proporcionalidad también se traspola a los procesos de interpretación de la norma penal que realizan los jueces y esto tiene sentido en cuanto una regla propia del Derecho penal viene a considerarse al mismo tiempo *ultima ratio* o reconducirlo a la regla de “intervención mínima”⁽⁹⁾.

III. Base legal

La Constitución peruana de 1993 no ha señalado ninguna norma expresa 14 que describa el principio como tal, pero si lo ha mencionado en el artículo 200 parte final a título de razonabilidad y proporcionalidad y el TC desarrolló su contenido basado en que es un principio general del derecho expresamente positivizado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que ya en 1968 indicó son reglas generales cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional de Estado de Derecho⁽¹⁰⁾.

El Código Penal (Decreto Legislativo N° 635) fue promulgado el 3 de 15 abril de 1991, publicado el 8 de abril de 1991 y entró en vigencia el 24 de abril de 1991, como se puede comprobar el CP es anterior a la Constitución de 1993. El adelantamiento del principio de proporcionalidad en el Código Penal de 1991 fue mencionado en la Exposición de Motivos: “(...) proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho y de la medida de seguridad a intereses públicos predominantes (Art. VIII)”. La Comisión consideró la necesidad de imponer lo que denominó: “un conjunto de principios garantistas (...)” y en ese sentido mencionó el principio de legalidad.

El Código Penal en su artículo VIII (Título Preliminar) denota la prohibi- 16 ción de exceso, pero en realidad centra el tema en el principio de proporcionalidad⁽¹¹⁾. Ahora bien, tal prohibición de exceso, vía principio de proporcionalidad,

(8) KLUTH, W., “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán”. *Op. Cit.*, p. 225.

(9) *Vide* BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, pp. 104-105; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 117-119; LUZÓN PEÑA, D., *Derecho penal. Parte general*, pp. 89-93. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, pp. 464-480.

(10) *Vide* Expediente N° 0010-2000-AI/TC, 3 de enero de 2003, fundamentos jurídicos 138 y 140.

(11) VILLAVICENCIO, F., *Código penal comentado*, pp. 38-39. Dicho autor denomina principio de proporcionalidad al artículo VIII del Título Preliminar del CP, para lo cual se remite a la “Exposición de motivos” que señala “proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho”. Y recuerda que se le conoce como prohibición de exceso; CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal*, p. 294 ss. “En realidad, el legislador lo único que declara es una prohibición de exceso que constituye uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad o, como algunos afirman, la formulación negativa del principio, pero ello no puede llevar al error de identificarlos o entenderlos como

busca extraer mayores consecuencias valorativas desde un prisma de la justicia material propia al Estado de Derecho moderno en concordancia con el respeto a la dignidad de la persona humana. Sin embargo, la redacción del artículo VIII –tal como lo ha advertido el profesor peruano Percy García–⁽¹²⁾ se presta a entender *prima facie* que describe el principio de culpabilidad, aún así, siempre se va a desprender los valores propios al principio de proporcionalidad. Siguiendo a Winfried Hassemer cuando establece precisiones respecto de la “imputación subjetiva” afirma: “Posibilitar la imputación subjetiva, (...) no son tareas que el Derecho penal cumple por un interés puramente académico. Su misión es la de fundamentar y medir una consecuencia jurídico-penal que pueda calificarse como justa. Conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal solo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual (...). El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificios”⁽¹³⁾.

- 17 El principio de proporcionalidad se puede estructurar a partir de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de la esencia del Estado de Derecho Social y Democrático. La libertad entendida en el sentido del artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH): (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; (...)” y el artículo 3: “Todo individuo tiene derecho (...) a la libertad”). Se deduce el derecho fundamental de la libertad en la Constitución peruana cuando indica como derecho de la persona humana la libertad (artículo 2 inciso 24) y a renglón seguido menciona “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal” (Art. 2 inc. 24 apartado b).

sinónimos”. Esta toma de posición obedece a la doctrina constitucional alemana de prohibición de exceso (*Übermassverbot*) que sostiene que la prohibición de exceso tiene un contenido más amplio que el principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeit*). Al respecto véase: KLUTH, W., “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán”. *Op. Cit.*, pp. 219-220. Ha sido la naturaleza y el contenido del principio de proporcionalidad, el que se impone más allá de la relación hecho-pena (del cual se puede predicar la culpabilidad) para verlo como un instrumento material que frene los posibles excesos en todos los niveles. GARCÍA CAVERO, P., “Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad”. En: CASTILLO ALVA, J. (director), *Código Penal comentado*, p. 212. Señala el autor: “(...) el requerimiento de culpabilidad, como juicio de reproche al autor, parece dejarse en manos del artículo VIII, en tanto se vincula la pena con la responsabilidad con el hecho”.

(12) GARCÍA CAVERO, P., “Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad”. *Op. Cit.*, p. 211 ss.

(13) HASSEMER, W., “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 18, p. 478.

El valor justicia no aparece expreso en la Constitución aunque se puede 18 desprender de los derechos que asisten a los ciudadanos: observancia del debido proceso (Art. 139 inc. 3), no ser penado sin proceso judicial (Art. 139 inc. 10), no ser privado del derecho de defensa (Art. 139 inc. 14). En el contexto del Derecho penal es necesario precisar la existencia del principio de legalidad (Art. 2 inc. 24 apartado d), a la preeminencia de la norma constitucional por encima de la norma legal (Art. 138 segundo párrafo), a la publicidad de los procesos (Art. 139 inc. 4), la irretroactividad de la ley penal salvo cuando favorece al reo (Art. 103 segundo párrafo).

Sin embargo, la referencia a la justicia es posible encontrarla en los trata- 19 dos sobre derechos humanos suscritos por el Perú. Así, por ejemplo el artículo 10 de la DUDH: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y *con justicia* por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Al compás de las normas arriba mencionadas, debe considerarse de especial 20 importancia el artículo 2 inciso 24 apartado h de la Constitución que señala: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)” concordado con el artículo 5 de la DUDH: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Estas normas, del más alto valor moral indican que procede interdictar a los poderes públicos o los particulares que intenten o sometan a una persona humana. Es decir, es nula toda actividad de los poderes del Estado –Legislativo, Ejecutivo o Judicial– que contraría los valores de humanidad y dignidad de la persona. En el caso de los particulares se convierten en criminales (Art. 321 CP).

Como señala TORÍO LÓPEZ: “La idea rectora de la prohibición de los tra- 21 tos inhumanos y degradantes se proyecta, pues, sobre toda actividad posible del Estado. No limita su radio, como a primera vista pudiera parecer, al Derecho penal o procesal penal. Puede decirse que se extiende a todos y cada uno de los actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial que poseen tendencia a producir sufrimiento físico o moral o que puedan contribuir a la degradación ético-espiritual de la persona”⁽¹⁴⁾.

(14) TORÍO LÓPEZ, Á., “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”. En: *Poder Judicial* N° 4, p. 69.

- 22 Cabe aquí destacar el principio de *dignidad de la persona humana* como derecho fundamental y valor del ordenamiento jurídico peruano⁽¹⁵⁾. El artículo 1 de la Constitución señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En el caso extremo que el ciudadano purgue prisión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en el artículo 10: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.
- 23 Con relación a la incidencia que dentro del Derecho penal tendría el valor “dignidad de la persona humana” y principio de proporcionalidad esta se establece como la limitación a punir. Así, afectará a la relación entre la gravedad de la acción y la imposición de las penas básicamente. Colateralmente, el Derecho penal que ha de preocuparse del desarrollo de los derechos fundamentales deberá optar por una aplicación limitada y absolutamente necesaria de su arsenal punitivo, esto como consecuencia directa de la consagración constitucional como valor de la dignidad de la persona humana. Los supuestos de pena de muerte, penas corporales y penas de larga duración son rechazadas desde la perspectiva del valor de la dignidad de la persona. Los efectos finales y no superables de la pena de muerte, o los casos de intervención del sujeto y cosificación del mismo en cuanto se le instrumentaliza (v. gr. mutilación de órganos) o los casos en que la pena larga genera efectos devastadores e irreversibles, convirtiéndose en penas inhumanas⁽¹⁶⁾.
- 24 No se puede interpretar el contenido aquí señalado del valor dignidad de la persona y creer que los conflictos en el seno de nuestra sociedad y las nuevas formas de criminalidad impiden legislar. Lo que el valor dignidad de la persona pretende es engarzar entre las necesidades coactivas del Estado dentro de límites concretos que no afecten aspectos esenciales de la persona humana. No olvidemos que el Derecho penal se encuentra sometido a la Constitución⁽¹⁷⁾.

IV. Igualdad

- 25 La igualdad es un valor esencial y como tal reconocido en la Constitución del Estado. Debe entenderse que este valor superior no se reduce solo a

(15) HERNÁNDEZ GIL, A., “La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución española”. En: *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, p. 152. El autor sostiene: “(...) los valores son una categoría ordenadora superior a la de los principios, como estos son superiores a las normas”.

(16) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, pp. 408-409.

(17) En este sentido MAIHOFFER, W., *Estado de derecho y dignidad humana*, p. 89 ss.

la “igualdad ante la ley” (Art. 2 inc. 2 de la Constitución). En Derecho penal se espera una aplicación material al valor igualdad [“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...)”], artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966).

Igualdad indica —entre otras cuestiones— que el ordenamiento jurídico ²⁶ intrasistémicamente debe expresar similitud en el trato y en esa línea respetar los valores inherentes a la rama a la cual pertenece. En el caso del Derecho penal será —a modo de ejemplo— el bien jurídico protegido el motor de los procesos de graduación de los bienes valiosos y el orden de precedencia⁽¹⁸⁾.

Desde un punto de vista general, si el bien jurídico representa un proceso ²⁷ de valoración de hechos que llevan fuertes componentes de dañosidad social y pasan a ser relevantes y constituir injustos, tal contenido también puede ser objeto de referencia con la finalidad de comparar figuras penales y excluir o neutralizar posibles desproporciones entre las mismas, es decir, marcadas desigualdades. El principio de proporcionalidad podrá recurrir a la comparación de tipos legales con tal fin.

Consecuencia de esta comparación a nivel general, esto es, de los tipos ²⁸ penales, en el caso concreto podrá comprobarse —de existir— casos de marcada desigualdad desde la perspectiva de la protección penal y, su consecuencia, la pena. Así, en términos gráficos no es lo mismo un homicidio o un asesinato frente a una extorsión dado que en ambos casos existen valoraciones de la naturaleza lesiva de conductas, es decir, no se pretende introducir cargas penales marcadamente irracionales: un hurto que es un delito contra el patrimonio, asimilarlo a una figura como el homicidio y asignarle penas similares. La discusión del bien jurídico se encuentra en pie y en el presente estadio, pese a la discusión, es útil en cuanto referencia a los tipos legales⁽¹⁹⁾. Ahora, el bien jurídico no se encuentra exento de someterse a lo que es propio a un Estado de Derecho moderno, esto es, en un Estado Democrático todos los bienes jurídicos se encuentran en constante revisión. Esto significa en buena cuenta que pueden aparecer desproporciones en la normatividad penal y si se

(18) Véase: HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 37 ss.

(19) ROBLES PLANAS, R., “Introducción a la ed. española de los límites al Derecho penal”. En: *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, pp. 23-24. Véase también Sentencia plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433, fundamento jurídico 14: “Respecto al principio de proporcionalidad, empero, es de apuntar que no resuelve ninguno de los dilemas que hoy divide a la ciencia penal aunque sí explica todo aquello en lo que existe acuerdo —entre otros—, no permite inclinar la balanza a favor de quienes optan por una u otra teoría de la pena ni proporciona en fin, criterio decisivo alguno acerca de por qué una conducta se castiga con pena más severa que otra”.

quiere mantener dentro de la regulación de igualdad, racionalidad y proporcionalidad constitucional —y, por lo tanto, excluir tipos penales extremos o amplios o indeterminados, tanto en la descripción típica como en la pena que resulten elementos desconfiguradores del sistema penal— deben ser revisados bajo el prisma del principio de proporcionalidad y también de otros principios derivados del mismo, como de *ultima ratio* o aplicación subsidiaria del Derecho penal. Lo mismo puede trasladarse al proceso penal en cuanto los medios aplicados socaven las bases mismas de la posición del sujeto en el marco de una imputación penal. Por ejemplo, en el ejercicio del derecho de defensa, esta debe tener todas las posibilidades de actuación con la menor restricción posible y seguidamente ser objeto de valoración bajo criterios de igualdad como las que se conceden al Ministerio Público.

- 29 Esto arroja una sola conclusión, no existe una relación de semejanza valorativa en materia de punición de tipos penales, lo justo, es la diferencia, lo justo es la valoración intrínseca, esto es, desde la descripción del tipo penal, que en lo esencial debe ser altamente precisa para lograr una razonable conformidad con la conducta imputada y las consecuencias de la misma. *De lege ferenda* debe plantearse la necesidad de ponderar la naturaleza de la pena en virtud de la importancia y graduación del bien jurídico en los casos en que resulten visibles desproporciones y lo mismo en cuanto a la creación de normas que por su descripción reduzcan la posibilidad de defensa del imputado por su naturaleza abierta o indefinida; de lo anterior también se colige la necesidad de una interpretación de la ley de forma acorde con los fines del ordenamiento jurídico, sustentado en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Así, en casos que resulten complejos por la diversidad de circunstancias, situaciones, personas, objetos, lo necesario será plasmar criterios de “reducción teleológica” en la interpretación, esto es, interpretaciones restrictivas *a favor rei*, y ello en virtud de no criminalizar bajo el puro formato de la ley y su textualidad, sino atrapar el sentido antijurídico de la norma y colocarla en su verdadera dimensión⁽²⁰⁾.

(20) SILVA SÁNCHEZ, J., *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*, comentando la obra de Lothar KUHLEN, y en referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*BverfGE* 123-124) de 2003 que se ocupó del blanqueo de capitales por parte de abogados defensores, pp. 15-16. Al respecto, el autor Lothar KUHLEN, en la obra citada respecto a la interpretación restringida: “(...) en noviembre de 2003, el Tribunal Constitucional Federal resolvió que el párrafo 261, párrafo 2, número 1 es inconstitucional si se interpreta entendiendo que ‘el abogado defensor penal’ entra ‘en consideración igual que cualquier otro como autor idóneo de un blanqueo de capitales’. Sin embargo, sostuvo el Tribunal, es posible y obligada una ‘interpretación restrictiva conforme a la Constitución’, según la cual ‘el tipo penal abarca la aceptación de honorarios o anticipo de honorarios por parte del abogado defensor penal solamente en el caso en que el abogado

Resulta importante resaltar esta línea de análisis en cuanto en el Perú 30 los casos de lavado de activos, donde el delito previo o fuente ha sido llevado a la sospecha y de la misma sospecha surge la presunción del delito de lavado de activos, por mucho que se diga que la figura de lavados de activos es una norma con autonomía, evidencia un cierto grado de arbitrariedad en el sentido de difuminar las reglas de actuación de los poderes públicos⁽²¹⁾.

En síntesis: el planteamiento que aquí se desarrolla es la igualdad con base 31 en relaciones jurídicas concretas y que permite diferenciar situaciones distintas y otorgarles un trato diferenciado. El principio de igualdad neutralizará y negará cualquier opción discriminatoria en el marco de la ley. En lo que al Derecho penal corresponde, la igualdad cumple funciones esenciales en relación a la justicia (sin igualdad no hay justicia) y, en tal sentido, por mandato constitucional existe un mecanismo vinculatorio que obliga a juez y legislador a apoyarse en la igualdad y desarrollarla en la dación de leyes como en la aplicación de las mismas, esto es, desde la interpretación que sobre las normas realizan los jueces⁽²²⁾.

V. Libertad

Libertad y principio de proporcionalidad no se niegan. El principio de pro- 32 porcionalidad en Derecho penal actúa sobre los comportamientos que tienen como consecuencia restringir la libertad de los sujetos y se presenta dentro de este esquema como un medio jurídico capaz de demostrar a nivel general (la norma en abstracto), en el aspecto especial (el caso concreto) y también respecto a la interpretación de la norma si la respuesta jurídico penal es excesiva.

La demostración para definir si una respuesta penal es excesiva se funda- 33 menta en el contenido de la libertad (libertad jurídica: los límites a nuestras acciones en sociedad quedan definidos por normas) que indica una preeminencia a mayores y mejores zonas de libertad dentro del entramado social y cuando la libertad quede afectada verificar que tal medida no sea un medio de opresión (también en el sentido de opresión a la libertad, no sea un exceso y que, por tanto, pierda cualquier finalidad, que además cualquier límite a la

defensor penal sepa seguro en el momento de su aceptación que el dinero proviene de un hecho de la lista del parágrafo 261, párrafo 1 número 2", p. 87.

(21) Vide URQUIZO OLAECHEA, J., "Estudio introductorio. A propósito del Plenario N° 1-2017 sobre el delito de lavado de activos". En: *El delito de lavado de activos*, pp. 5-38.

(22) OLLERO TASSARA, A., "Relevancia constitucional de la igualdad en funciones y fines del Derecho". En: *Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, p. 548 ss.

libertad sea expresamente necesario, idóneo y exigible, esto es, que sea aceptable desde el punto de vista del Derecho: “(...) como criterios de trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano)”⁽²³⁾. En este sentido se puede decir que es una libertad respecto del Estado⁽²⁴⁾.

34 En síntesis, la significación de la libertad de la persona humana se convierte en límite político y jurídico que el Derecho penal debe explicar si quiere afectarlo. La libertad es uno de los pilares que desarrolla el moderno Estado de Derecho y se entiende del siguiente modo: “(...) ser persona significa ser un fin en sí. El hombre no es persona en cuanto ser viviente compuesto de cuerpo y alma, sino porque él, ante el parecer del orden jurídico, se manifiesta como un fin en sí”⁽²⁵⁾. Si el hombre es un fin para el Derecho no se concibe que la libertad del hombre no tenga la misma valoración, por ello, toda sanción que afecte la libertad no puede ligarse solo a la destrucción de la libertad, porque finalmente sería la destrucción de la vida. En esa línea, las penas severas se entienden por su propia naturaleza como penas desproporcionadas.

35 Es tarea del Estado de Derecho mantener las condiciones que fomenten la libertad como el mecanismo adecuado de realización del ciudadano. Ahora bien, la relación del Derecho penal con la libertad se entiende bajo el contexto del Estado de Derecho. Señala el profesor ROXIN: “Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”⁽²⁶⁾. Esto

(23) HASSEMER, W., “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”. *Op. Cit.* Respecto a la exigibilidad conocida también como proporcionalidad en sentido estricto, nos dice el profesor HASSEMER: “(...) el principio de ponderación en su último componente formula directamente la finalización de la ponderación, a saber, la protección de espacios que deben permanecer inmunes incluso a intervenciones razonables y moderadas y que están protegidos mediante prohibiciones fundamentales en nuestra cultura jurídica. Una intervención de ese tipo, que podría parecer idónea y prudente, pero que en tanto inexigible no puede tomarse en consideración, fue lo que recomendó Caifás en la Pasión de Cristo para apaciguar una situación difícil: ‘Sería bueno que un hombre muriera por todo el pueblo’”, pp. 196-197. Respecto a la cita: Juan 18, 14.

(24) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, p. 109.

(25) RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, p. 172.

(26) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 65-66.

significa que el principio de proporcionalidad se concibe al rasero de los principios de protección de bienes jurídicos y de intervención mínima⁽²⁷⁾.

Existe consenso en aceptar que la intervención del Derecho penal solo se debe hacer en virtud de *protección de bienes jurídicos* y que solo a partir de ellos se puede establecer penas o medidas de seguridad⁽²⁸⁾. Así, la aplicación de los bienes jurídicos penales se entiende bajo el contexto que es un mecanismo limitador al poder punitivo y fundamentador de los procesos sociales que se quiere proteger en una sociedad en concreto. Esto significa que la determinación de lo valorado y relevante para la sociedad debe pasar por filtros rigurosos si quieren llegar a ser determinados como objetos de protección jurídico-penal. Así, no es posible sustentar como un valor (hipotético) la sexualidad de las personas y convertirlas en bien jurídico exaltando un moral sexual; no, en un Estado de Derecho se protege la libertad sexual, la indemnidad sexual, absolutamente distantes de la moral sexual, que no es objeto de valoración del Derecho penal y así existen otras situaciones o casos donde a través de la discusión del contenido del objeto de protección se puede apreciar un “falso bien jurídico”, por ejemplo, cuando se pretende instrumentalizar hechos por criterios de protección de intereses específicos, *verbi gratia*, criminalizar la tenencia de moneda extranjera o criminalizar los matrimonios interracialles, caso que ya ocurrió.

En esa misma y con la misma significación se aprecia el principio de *intervención mínima del Derecho penal*⁽²⁹⁾. Solo se justifica la intervención penal en cuanto sea necesario para lograr objetivos preventivos. Esta referencia marca la pauta en el sentido de que la tendencia debe orientarse a la utilización de los controles no penales con mayor asiduidad. Esto no afecta la protección de los bienes jurídicos que pueden encontrar cabida y protección en otras áreas del ordenamiento jurídico. Asimismo, este planteamiento desarrolla la ideología del rechazo a la huída al Derecho penal y, por el contrario, la necesidad de confrontar en términos reales los procesos de relación y convivencia social

(27) Cfr. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 149 ss.; GONZALES-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 187 ss.

(28) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Tomo I, p. 13.

(29) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*. Manifiestan los autores: “El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter ‘subsidiario’ frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”, p. 79.

al margen del Derecho penal⁽³⁰⁾. Lo dicho indica que el principio de proporcionalidad solo puede obtener rendimiento material en cuanto sirva como instrumento para el mayor mantenimiento de la libertad bajo situaciones definidas y comprometidas con la aplicación del Derecho penal. El principio de proporcionalidad viene referido a la creación de los tipos penales, de las reglas generales del Derecho penal, la aplicación de la pena en el caso concreto y la aplicación de las normas procesales penales y administrativas (de ejecución penal).

VI. Justicia

38 El estudio del principio de proporcionalidad tiene como finalidad exponer el valor justicia en el ámbito del Derecho penal. Por ello, no debe llamar la atención que en el proceso de la argumentación se toque ramas del saber como la filosofía del Derecho. Como en ningún otro caso, este principio, visto desde la perspectiva del Derecho penal, actúa como el “factor justicia”⁽³¹⁾ que complementa las exigencias de seguridad jurídica, valor nuclear del Derecho penal.

39 GIORGIO DEL VECCHIO, explicando la doctrina de Aristóteles, recuerda la concepción del filósofo estagirita respecto de la justicia. El principio de la justicia es la igualdad y hay varias clases de justicia. La *justicia distributiva* que se aplica al reparto de los honores y de los bienes y consiste en que cada uno de los asociados reciba, una porción adecuada a su mérito. Si las personas no son iguales, tampoco deberán tener cosas iguales. La *justicia conmutativa* consiste en una relación proporcional, una proporción geométrica. A esta justicia se la conoce también como rectificadora o igualadora o sinalagmática, es decir, reguladora de las relaciones de cambio. Se aplica el principio de igualdad, pero se mide impersonalmente la ganancia o el daño sin considerar los méritos personales. Lo que se quiere es establecer una relación de paridad: que ninguno dé, ni reciba ni más ni menos⁽³²⁾.

(30) Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pp. 53-54. En el mismo sentido SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, pp. 105-106.

(31) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, pp. 345-346, indica que “los elementos lógicos de la justicia son la proporcionalidad, la igualdad y la alteridad. Todo ideal de justicia entraña la idea de una ordenación según una cierta proporcionalidad. Todo ideal de justicia implica a su vez la idea de un nivel desde que conviene proceder a una cierta igualación (...), los elementos lógicos de la justicia están en el Derecho. El Derecho es siempre alteridad y siempre una cierta proporcionalidad y una cierta igualdad, y por eso es, ontológicamente, una cierta justicia”.

(32) DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, pp. 12, 13, 14 y 15. Véase CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, p. 48; RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho. Op. Cit.*, pp. 47-171; FASSO, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, pp. 62-63; VILLEY, M., *Compendio de filosofía del Derecho. Definición y fines del Derecho*, p. 88; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho. Op. Cit.*, pp. 345-346; ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, pp. 262-264 y 268-277; HENKEL, H., *Introducción*

En síntesis: la *justicia distributiva* presupone la existencia de lo repartible 40 entre los miembros de la comunidad, una instancia encargada de la distribución y un criterio que determine la rectitud del acto distributivo: “si los sujetos no son iguales no recibirán cosas iguales”; o los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad.

La *justicia particularis* es la *rectificadora* que tiene lugar en las relaciones 41 interpersonales voluntarias o involuntarias. Lo justo consiste también en cierta igualdad, y lo injusto en cierta desigualdad, mas no según la mencionada proporción, sino según la aritmética: “cuando uno es herido y otro hiere, uno mata y otro es muerto, la pasión y la acción resultan desigualmente divididas. El juez trata entonces de restaurar la igualdad por medio de una sanción pecuniaria, es decir, quitando el provecho al agresor”⁽³³⁾.

La filosofía ha señalado *normas de justicia*⁽³⁴⁾ que plantean supuestos de 42 proporcionalidad:

a la filosofía del Derecho, pp. 492-518; RADBRUCH, G., *El hombre en el Derecho. Conferencias y otros artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, pp. 103-105; Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, p. 49 ss.; GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, pp. 439-445; HART, H., *El concepto de Derecho*, pp. 193 a 208.

- (33) Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, I., “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”. En: *Poder Judicial* N° 4, p. 1114. Señala la autora lo siguiente: “La justicia conmutativa se traduce en una igualdad absoluta y opera en el ámbito del Derecho privado. La justicia distributiva, en cambio, determina una igualdad de signo relativo ‘proporcionada’, y es característica del Derecho público”. CASTILLO ALVA, J., *Principios de Derecho penal. Op. Cit.* El autor considera que la proporcionalidad jurídica se ubica en la justicia distributiva: “La proporcionalidad jurídica si bien pertenece a la idea de justicia, su lugar genuino es la justicia distributiva (...). La justicia distributiva, y en particular la proporcionalidad, no implica solo una distribución según una medida objetiva de cargas, restricciones o sanciones negativas, sino también de beneficios o sanciones premiales”, *passim*; GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho. Op. Cit.*, pp. 441-442; BRIESKORN, N., *Filosofía del Derecho*, pp. 110-113; NINO, C., “Justicia”. En: *El Derecho y la justicia*, p. 472.

- (34) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. En: Kelsen, H. / Bobbio, N. y otros, *Crítica del Derecho natural*, p. 42. Hans Kelsen desarrolla lo que él llama las diferentes normas de justicia. Interresa destacar aquí la distinción que hace: “Pueden distinguirse dos tipos de normas de justicia: el metafísico y el racional. Las normas de justicia de tipo metafísico pueden caracterizarse del modo siguiente: por su misma esencia se presentan como emanando de una instancia trascendente, existiendo por encima de todo conocimiento humano de carácter empírico (o sea fundado sobre la experiencia): presuponen, pues, esencialmente que se crea en la existencia de dicha instancia trascendente. (...) Las normas de justicia del tipo aquí llamado racional, por oposición al ‘metafísico’, presentan los siguientes caracteres: no postulan ninguna creencia en la existencia de una instancia trascendente, pueden representarse como establecidas por actos humanos pertenecientes al mundo de la experiencia y resultan susceptibles de comprensión por la razón humana”. Véase: PERELMAN, Ch., “La idea de la justicia en sus relaciones con la moral, el Derecho y la filosofía”. En: *Crítica del Derecho natural*. El autor menciona cinco casos de fórmulas racionales de justicia: “1) no hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti; 2) obra para con los demás como quisieras

43 1. *Suum cuique*, norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir, lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. En opinión de Kelsen, dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se debe dar, la fórmula del *summ cuique* resulta no ser sino una vana tautología⁽³⁵⁾.

44 2. *No bagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti*, está formulada en términos positivos y señala que hay que dar a los demás el trato que se desea le den los demás a uno mismo. Como ejemplo de esta norma Kelsen toca la pena de muerte. La mayor parte de los hombres estiman la vida y, en consecuencia, desean que no se exija de ellos un comportamiento que ponga la suya en peligro. Ahora bien, cuando, contra sus deseos, se les exige ese comportamiento, se conforman no obstante a esa exigencia, superando su miedo. Tomada aquella regla al pie de la letra, un legislador que no es menos susceptible al miedo que la mayor parte de los hombres, no debería dar ninguna norma jurídica que estableciese como deber un similar comportamiento, contrario a los deseos de todos⁽³⁶⁾. Sin embargo, esta regla no resuelve las interrogantes siguientes: ¿cómo se debe tratar y ser tratado? ¿Cuál es el contenido de esta norma general?

45 3. *El imperativo categórico* de Kant está emparentado con esta regla y se presenta bajo la siguiente formulación: “Obra de modo que puedas querer que la máxima de tu comportamiento se convierta al mismo tiempo en ley universal”. Es una norma de carácter universal y supremo de moral que contiene el principio de justicia. Ahora bien, ¿cómo debo obrar para que mi acción sea moralmente buena? Tu acción es moralmente buena si obras según una máxima que te permita querer que tu comportamiento se convierta en ley universal. Según Kant una máxima (obrar) inmoral está en contradicción consigo mismo por tanto no puede ser ley universal: poner fin a la propia vida a través del suicidio cuando la vida promete más cosas malas que buenas. Una naturaleza cuya ley fuese destruir la vida a través del mismo sentimiento que tiene como fin favorecer la vida, estaría en contradicción consigo mismo, no puede hacerse ley universal y se opone totalmente al supremo

que los demás obrasen contigo; 3) no exijas a los demás más que lo que tú mismo estás dispuesto a cumplir; 4) admite que se te trate como tú tratas a los demás; 5) obra del modo en que tu desearías que obrasen todos los demás hombres” p. 168-169.

(35) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. *Op. Cit.*, p. 43. Véase Henkel, H., *Introducción a la filosofía del Derecho*. *Op. Cit.*, p. 499.

(36) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. *Op. Cit.*, pp. 44-45 y 46.

deber del imperativo categórico⁽³⁷⁾. KANT no precisa qué máxima (obrar) puede convertirse en ley universal, por lo que en opinión de Kelsen todo acaba en “obra de acuerdo con una ley universal”⁽³⁸⁾.

4. *Haz el bien y evita el mal*, se encuentra en el pensamiento de Santo Tomás 46 de Aquino, quien indica que debe procurarse a los hombres un trato no malo sino bueno. Bueno será tratarlos conforme indica la norma, lo que presupone una norma justa y no como los hombres deseen ser tratados⁽³⁹⁾.

5. *La justicia de la costumbre*, lo justo sería adoptar frente a los demás el 47 comportamiento que siempre, o al menos durante un largo período de tiempo, los miembros de las comunidades han mantenido entre sí mismos, pues es así como había que comportarse. Dicha norma hace de la costumbre el valor de justicia y la justificación del derecho consuetudinario.

6. *La justicia de la medida; la fórmula de la “mesotes”*, plantea que el justo 48 medio es lo correcto. Ni mucho ni poco. Queda pendiente ¿qué significa demasiado o demasiado poco en relación con el bien, es decir, en relación con lo que hay obligación de hacer? La ética aristotélica supone construir un sistema de virtudes en el cual la justicia es la virtud suprema, la virtud perfecta. Aristóteles descubre la virtud a modo de un geómetra que encuentra el punto equidistante. La virtud será el punto medio entre dos extremos, entre dos vicios, uno por demasiado y otro por demasiado poco. La virtud de la valentía es el punto medio entre el vicio de la cobardía (demasiado poca valentía) y el vicio de la temeridad (demasiada valentía). Esta es la teoría del mesotes. Nada se dice acerca de qué es la injusticia. Para Aristóteles injusticia es todo lo que según la moral y el derecho positivo constituye injusticia. La teoría del mesotes no responde que es justicia, pero refuerza la validez del orden social y en ese sentido constituye un valor político⁽⁴⁰⁾.

(37) Ídem. Kelsen se refiere a la tesis de KANT aparecida en su obra “Metafísica de las costumbres”: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. En: *Kants gesammelte Schriften*, editada por la Kgl. Preussischen Akademie der Wissenschaften, Vol. IV. p. 421. Véase citas de pie de página 6 ss., p. 46 ss.

(38) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. *Op. Cit.*, p. 52.

(39) Ibídem, p. 54, cita de pie de página 19: SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica* I-II, 94, artículo 2: “Hoc est ergo primum preeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum; et super hoc fundatur omnia alia preecepta legis naturalis”.

(40) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. *Op. Cit.*, pp. 55-57. El autor utiliza la obra de ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco 1129, b. Véase: ADOMEIT, K. / HERMIDA DEL LLANO, C., *Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca*, p. 95. Mencionan los autores respecto a la teoría del *mesos* la moraleja “¡Evita los extremos!” y la ilustran con la cita de Homero: Ulises le dice a su timonel que dirigía el barco por las turbias aguas del estrecho entre Escila y Caribdis: “Ve teniendo a la nave alejada de aquel torbellino y de los torrentes de olas”.

49 7. *Principio de retribución*, exige que la falta o delito sean castigados. Es la reacción de un mal por el delito cometido. El principio de retribución exige recompensa por el mérito, siendo, por tanto, una aplicación del imperativo moral de reconocimiento o gratitud: a cada cual según su mérito. Entonces, este principio prescribe: hacer el bien a quien hace el bien y el mal a quien hace el mal. El principio de retribución es un principio de igualdad. Así, exige un trato diferente y no igual: mal y recompensa son categorías aplicables en la retribución. Hombres iguales deben recibir igual trato o en las mismas condiciones deben producirse iguales consecuencias.

50 Primitivamente, la retribución se manifestó a través del Talión: ojo por ojo diente por diente. Nadie acepta una versión primitiva de la retribución, pues acción y reacción representan valores y la igualdad en la acción debe darse en igualdad de valores. “La norma de retribución exige, en su primera parte, el mal para el mal: el mal de la acción consiste en que es contraria a la norma que viene presupuesta por el principio de retribución, en particular a la norma jurídica que prohíbe, por ejemplo, el homicidio, el robo o la estafa. Se trata, pues, de un valor negativo, de un disvalor en sentido objetivo, puesto que consiste precisamente en una no conformidad con una norma objetiva (...)”⁽⁴¹⁾.

51 8. *Proporcionalidad en la retribución*. El vínculo que une acción y reacción en la norma de justicia de la retribución no constituye una relación de igualdad, sino de proporcionalidad. A mayor falta, mayor pena. Se establece una proporcionalidad entre valores positivos y valores negativos que representan la acción y la reacción y se admiten diversos grados. Ahora bien, un comportamiento no puede ser más o menos contrario a la norma, solo se es conforme o no conforme. Esto no lleva a reconocer que el principio de proporcionalidad no es una regla exacta solo mensurable en aspectos cuantitativos, por ello, la proporcionalidad solo aparece en sentido aproximativo⁽⁴²⁾.

(41) Kelsen, H., “Justicia y Derecho natural”. *Op. Cit.*, p. 60.

(42) *Ibidem*, p. 64. Véase también Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*. *Op. Cit.*, pp. 261-280. En el capítulo XII: La idea de justicia, el autor desarrolla las normas de justicia: a) a cada uno según su mérito; b) a cada uno según su contribución; c) a cada uno según sus necesidades; d) a cada cual según su capacidad; e) a cada uno según su rango y condición; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*. *Op. Cit.*, p. 347. Respecto a la proporcionalidad nos dice: “Todo Derecho establece una cierta proporcionalidad entre los hechos y las consecuencias, entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo que se exige y lo que se presta. En los pueblos primitivos, esta expresión es también primitiva: es la ‘ley del Talión’: ‘ojo por ojo, diente por diente’. Es pues, la proporcionalidad en las penas respecto de los delitos (...) en cualquier aspecto de la vida que indagemos, hallaremos siempre establecida una proporcionalidad sin la cual no existiría el Derecho”.

VII. Proporcionalidad abstracta y concreta

El principio de proporcionalidad tiene dos ámbitos claramente delimitados. Uno dirigido al legislador en cuanto creador de la norma y otro dirigido al Juez en cuanto tenga posibilidades reales de ponderar la pena a aplicar en el caso concreto. Así, los supuestos de cadena perpetua no hay nada que ponderar y se quiebra el principio de proporcionalidad⁽⁴³⁾.

1. Proporcionalidad abstracta

Se admite que es potestad exclusiva del legislador el realizar un juicio de ponderación al momento de crear la norma. Pero tal exclusividad no es sinónimo de libertad, pues, el legislador se encuentra ligado a mantener y preservar una línea jurídica acorde con los derechos fundamentales, valores y principios de orden constitucional al momento de estructurar el tipo penal. Es decir, existen límites constitucionales, baste el ejemplo del principio de dignidad de la persona humana, para determinar que la pena no puede cumplir finalidades degradantes o inhumanas. La naturaleza del Estado de Derecho en cuanto promotor del imperio de la ley y la libertad de la persona humana, indicará que el contenido de las normas deben respetar el valor justicia y, por tanto, negar cualquier posibilidad de arbitrariedad o abuso a través de la ley penal.

El Derecho penal y la dogmática jurídico penal enseñan que un límite al legislador se establece según la necesidad de fundamentar el motivo de la creación de la norma y esta solo se encuentra en el *bien jurídico protegido* y para

(43) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 84; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 282-283; JAÉN VALLEJO, M., "Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional". En: *Revista General de Derecho* N° 507. Menciona el autor la STC 65/86, transcribo el párrafo correspondiente: "(...) el juicio sobre proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los tribunales de justicia solo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto (en conclusión) no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito (F.J. 3)". JAÉN VALLEJO en la nota de pie de página (17) señala: "Que si entendemos que el principio de proporcionalidad en abstracto está reconocido en el CE, sería vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos, claro está, el judicial y, por consiguiente, debe tenerse en cuenta por los órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si estima que su precepto legal en concreto es contrario a la Constitución y concretamente al principio de proporcionalidad (...)", pp. 4931-4932. La opinión del autor en mi criterio es la correcta. Véase, SÁNCHEZ GARCÍA, I., "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal". *Op. Cit.*, p. 1118; PERELLO DOMÉNECH, I., "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional". En: *Jueces para la democracia*, pp. 72, 73 y 74.

ello se utilizan criterios fijos de carácter material, por ejemplo la “dañosidad social” o “nocividad social”, los cuales indican que las inmoralidades o los hechos mínimos no merecen protección penal⁽⁴⁴⁾. El “merecimiento de pena” evidencia que existe un tiempo histórico en que la norma puede existir y que debe responder a ella en cuanto filtro natural de los valores de la sociedad. Un caso gráfico lo constituye el delito de adulterio, que en el marco del Derecho penal actual carece de trascendencia penal en cuanto no perturba los procesos de relación en un sentido relevante como para convertirlo o mantenerlo como delito. Un comportamiento será *merecedor de pena* solo cuando afecte gravemente o ponga en peligro, estremezca o perturbe la posición de los miembros de la comunidad y que cuestiones la esencia del ordenamiento jurídico, v. gr. la vida, la libertad, la integridad física u otros⁽⁴⁵⁾.

- 55 La “necesidad de pena” es una fase terminal. Para llegar a la necesidad de pena se tiene previamente que afirmar la nocividad social, el merecimiento de pena y solo así estimar que no existe otro medio disponible y menos afflictivo que la aplicación de la pena. Por ello, se ha dicho que la “Necesidad de pena se vincula a la racionalidad del Derecho penal, la cual declara que la necesidad de pena solo se puede establecer si es justa e igualitaria, esto es, que afirme justicia material, que vincule y proteja a todos”⁽⁴⁶⁾. Caso paradigmático de la

(44) URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6, p. 827; véase, SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. El autor señala: “La intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas”, p. 267. En relación con la “dañosidad social”, sostiene lo siguiente: “(...) la idea de dañosidad social se halla especialmente marcada por su finalidad coyuntural: concretamente, la de excluir del ámbito jurídico penal los hechos exclusivamente inmorales. Esto último es, según creo, de gran importancia. En efecto los conceptos sociológicos del bien jurídico tienen como *leitmotiv* la separación de moral y derecho (...). El Derecho penal habría de compararse (...) tan solo de casos de dañosidad social especialmente grave”, pp. 269-270.

(45) URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”. *Op. Cit.*, pp. 828-832. Véase especialmente HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 65 ss.; ROMANO, M., “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito en fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal”. En: *Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 140; DA COSTA ANDRADE, M., “Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencia de una doctrina teleológico-racional del delito”. En: *Fundamentos de su sistema de Derecho penal*, p. 153 ss.; LUZÓN PEÑA, D., “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”. En: *Fundamento de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 115 ss.

(46) URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”. *Op. Cit.*, pp. 832-834; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L. y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 12. Conforme a estos autores: “El Derecho penal constituye la *ultima ratio* entre los instrumentos del Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado, medios que son más complejos y eficaces cuanto mayor es la intervención del Estado en la sociedad (...). En este sentido es difícil pensar en un bien jurídico que solo sea defendible por el Derecho penal”.

“necesidad de pena” se presenta en la defensa del patrimonio. El Derecho penal no protegerá ilimitadamente el patrimonio (lo que llevaría a la prisión por deudas), sino solo en la medida que la naturaleza del comportamiento manifieste fraude, engaño, abuso de confianza, apoderamiento ilegal u otro. Por lo demás, el patrimonio quedará protegido por otras áreas del sistema jurídico.

Problema distinto es determinar cuáles son los bienes jurídicos importantes que nos deben llevar a protegerlos. No existe una única respuesta, por el contrario, la tendencia doctrinaria es utilizar una variedad de criterios dada la complejidad del tema⁽⁴⁷⁾. Se utiliza como criterio rector la Constitución y todo lo que ella plasma, en el sentido de lo que quiere o lo que aspira. Así, se puede entender que la Constitución no quiere una relación entre los sujetos que afirme la tortura (“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)”, Art. 2 inc. 24 apartado h de la Constitución). Así, se pueden encontrar componentes que revelan un dato constitucional importante, por ejemplo, la vida, el honor, la intimidad u otros. Desde el punto de vista de las relaciones institucionales se percibe que existe una necesidad innegable de proteger el Estado y el sistema jurídico propio a ese modelo (me refiero al Estado de Derecho Social y Democrático y no otro). En consecuencia, todos los comportamientos que por su naturaleza intrínseca propendan a afectar esta línea valorativa pueden constituirse en bien jurídico protegido⁽⁴⁸⁾. Las relaciones macrosociales o los subsistemas que la Constitución plasma también son objeto de protección solo si cumplen los requisitos enumerados respecto del bien jurídico. Por ejemplo, el subsistema tributario, por el lado del comportamiento elusivo o fraudulento puede y debe ser protegido en cuanto mantenimiento de programas macrosociales de gran envergadura como son la creación de escuelas hospitales y otros servicios que reflejan procesos de distribución y redistribución (Art. 74 de la Constitución)⁽⁴⁹⁾.

(47) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Política criminal y Derecho penal en control social y sistema penal*, p. 31 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., “Bienes jurídicos colectivos”. En *Control social y sistema penal. Op. Cit.*, p. 181 ss.; HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal. Op. Cit.*, p. 113 ss.

(48) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M., *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, p. 1 ss., el autor ilustra la complejidad de determinación del bien jurídico en las falsedades, véase su introducción; SANTA VEGA, D., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, p. 37 ss.

(49) Véase la ley penal tributaria, Decreto Legislativo N° 813 del 20 de abril de 1996. En la “Exposición de motivos” de dicha ley se plantean dos orientaciones: una dirigida al fin de la norma y la segunda, al objeto de protección: “Por su parte la existencia de una norma penal especial origina un mayor conocimiento y difusión de la materia que se legisla, así como un mayor efecto preventivo en la sociedad. Estos efectos deben ser necesariamente considerados al momento de legislar sobre el delito de defraudación tributaria, a fin de ganar una mayor conciencia tributaria y una abstención en la comisión del citado ilícito, dado que el mismo afecta de manera significativa a la sociedad,

57 Esto no significa que el dato constitucional se convierta en un programa penal. Si no se quiere vaciar de contenido al referente constitucional es necesario dotarlo de sentido y significación, lo cual se logra fundamentando la orientación de la norma penal escogida. También debe recordarse que el referente constitucional, por cierto, no agota el Derecho penal. El Derecho penal recurrirá a otros medios de carácter material a fin de sustentar el bien jurídico protegido⁽⁵⁰⁾.

58 El sistema de Derecho penal ha subsistido en la medida que ha recogido en su interior criterios de proporcionalidad (con más o menos éxito). Existe una ponderación en la conformación de las instituciones jurídico-penales que denotan una correlación (graduación) de la gravedad de los comportamientos y su correlativa sanción⁽⁵¹⁾. Así, no es lo mismo un delito intentado que uno consumado, ni tampoco es lo mismo ser autor que cómplice. Tampoco tienen el mismo nivel de gravedad los comportamientos dolosos en relación con los culposos, pues estos últimos reflejan una menor rebelión al Derecho. Estos casos, evidencian el poder de la dogmática que en su análisis establece niveles que inciden en la conformación de los criterios a seguir y que quedan absorbidos por la estructura penal. Esto no significa que existe una real armonía entre el Derecho penal y el principio de proporcionalidad, por el contrario, en un mundo de tensiones son problemas latentes. Así, cuanto más seguridad se aspira a través del Derecho penal, esta “aparente” seguridad –en el pensamiento de la clientela del Derecho penal– se confirma con penas duras⁽⁵²⁾.

por cuanto perjudica el proceso de ingreso y egresos a cargo del Estado, imposibilitando que este pueda cumplir con su rol principal de brindar los servicios básicos a los miembros de la sociedad y generando además planes de desarrollo global”. Respecto al bien jurídico protegido y al principio de proporcionalidad en los delitos tributarios IBÁÑEZ GARCÍA, I., “Delito fiscal y principio de proporcionalidad y de intervención mínima”. En: *Actualidad Penal* N° 24, pp. 334-336.

(50) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 108-109; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción. Op. Cit.*, p. 371, en su opinión: “No puede cuestionarse obviamente la estrecha vinculación de la norma penal al orden constitucional y sus valores. La Constitución desde luego constituye un punto de referencia obligado –aunque no el único– para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho penal está llamado a proteger. Ahora bien, no es correcto confundir los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, con los bienes jurídicos: porque, mientras aquellos encuentran su tutela en la Constitución solo algunos de ellos –y exclusivamente respecto a cierta clase de ataques– se convierten en bienes jurídicos y alcanzan protección penal”. Véase también GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático. Op. Cit.*, p. 46 ss.

(51) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 289-292, la autora menciona diversos criterios de proporcionalidad, por ejemplo, la gravedad de la ofensa, la relación entre delito de peligro abstracto o remoto frente a delitos de peligro concreto, el desvalor de la acción (dolo-culpa), la nocividad social, el grado de ejecución del delito (tentativa-delito consumado), formas de participación (complicidad-autoría), la finalidad penal (pena adecuada al fin).

(52) SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, pp. 24-25. Describe la sociedad del riesgo: “Nuestra sociedad puede definirse todavía

2. Proporcionalidad concreta

La proporcionalidad concreta esta, vinculada al sistema judicial y ciertamente queda en manos del juez penal. El juez penal al momento de valorar los hechos en relación con las lesiones jurídicos penales deberá tener en consideración que su decisión no debe afectar la dignidad de la persona ni los fines de la pena. La decisión punitiva se tiene que asentar en el principio de necesidad⁽⁵³⁾. El Tribunal Constitucional alemán ha señalado las pautas a seguir respecto al principio de proporcionalidad: “(...) el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es necesario cuando el legislador habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara, o que lo hiciera en menor medida, el derecho fundamental”⁽⁵⁴⁾. La sentencia de 1957 del Tribunal Constitucional alemán señala: “De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio de Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con la que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor (...), no debe ser ni desproporcionada ni inhumana (...) una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional”⁽⁵⁵⁾. En España, las sentencias 66/85 de 23 de mayo y 18/88 de 16 de febrero establecen lo siguiente: “(...) la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo solo puede dar lugar a su enjuiciamiento en este Tribunal cuando esa

mejor como la sociedad de la ‘inseguridad’ (o la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad. Es cierto, desde luego que los ‘nuevos riesgos’ existen. Asimismo, que la propia complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad (...)”. Establece el siguiente marco referencial: “El caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta”, p. 29.

- (53) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 87: “En el plano aplicativo, la exigencia de necesidad se concretaría, normalmente, en el marco de las facultades discrecionales que la ley concede al Juez para individualizar la penalidad. Así, la ausencia de necesidad de castigar, o de castigar tan gravemente en el caso particular, podrá provocar la sustitución de la pena por otra más leve o por medidas de otra índole, o la entrada en juego de institutos cual la suspensión del fallo o la condena condicional, en la medida que la ley lo permita”; SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, J., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 109, señala lo siguiente: “(...) hoy le queda al juez, después de aplicar las reglas pertinentes, un margen de arbitrio que tiene que aplicar proporcionalmente a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido”. Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 264.

- (54) Véase AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 66.

- (55) Ídem.

falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza⁽⁵⁶⁾.

- 60 Nada impide que el juez penal en el caso concreto pueda acudir a las normas constitucionales y al sentido y fin de las penas, para destacar, el principio de proporcionalidad y en el caso concreto la necesidad de la pena. La Constitución emerge como un todo valorativo informador del resto del ordenamiento jurídico que, precisamente, lo preside y que se reflejan en la libertad, igualdad y justicia.

VIII. Conclusiones

- 61 1. No existe en nuestra Constitución una norma expresa que contenga el principio de proporcionalidad tal como ahora se conoce, ahora bien, ha sido suficiente recurrir a los alcances del Estado de Derecho: “En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material (...)”⁽⁵⁷⁾. Ahora bien, se parte del presupuesto que el Derecho en sí es un límite, la validez del Derecho refrena los excesos, aquello que aparezca como deficiente no tiene justificación en el Derecho, el Derecho debe proveer posibilidades jurídicas y fácticas a fin de que los procesos de comunicación personales, comunitarios e institucionales se realicen, tal proceso de realización comporta en sí mismo medios adecuados y racionales válidamente asumidos en una colectividad concreta y que a su vez representen todo aquello que la Constitución ha diseñado.
- 62 2. El principio de proporcionalidad se encuentra en relación directa a la dignidad de la persona humana, que consagra el Estado de Derecho. Así: “El Estado (...) tiene la potestad de penar los comportamientos antijurídicos, sirviéndose para ello del Derecho penal. (...) A fin de evitar que el ejercicio se convierta en un instrumento irracional o de uso arbitrario, el Derecho ha creado mecanismos jurídicos de carácter material que impulsan la limitación del derecho a punir y que dicho derecho se guíe por diversos principios penales. Uno de los principios limitadores a la potestad de penar del Estado es el principio de la dignidad de la persona humana, que se convierte en base y fundamento de todas las limitaciones punitivas, con el agregado que obliga a vincular el resto del ordenamiento jurídico a interpretaciones bajo el sesgo

(56) GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Op. Cit., pp. 52-53.

(57) Así, en la STC Exp. N° 010-2002-AT/TC de 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 197.

de la dignidad humana. El principio de dignidad de la persona humana pertenece a la esfera de desarrollo del Estado moderno en cuanto este lo acoge a nivel de derecho fundamental⁽⁵⁸⁾.

3. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente responde al contenido de la “prohibición de exceso”, que a su vez comporta el principio de proporcionalidad en sentido amplio y, por tanto, lleno de propuestas y consecuencias en los diversos ámbitos punitivos donde se desarrolla. Al respecto Santiago Mir precisó: “La terminología revelaba claramente que se hacía referencia no solo al principio penal de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino a un principio más general de rango constitucional que debe limitar toda actuación estatal que afecte algún derecho fundamental (...)”⁽⁵⁹⁾.

4. El principio de proporcionalidad establece estructuras relacionales, que de alguna manera se sobreentienden; así, el “valor justicia”, que el TC ha reconocido: “En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula de Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (...)”, fundamento 197. El factor justicia en materia penal y su proceso de realización afecta tanto la estructura del tipo penal en cuanto comportamiento antijurídico, la sanción y todas las fases de aplicación del instrumental jurídico penal. Pero ya en una etapa anterior, esto es, en la dación de la norma punitiva, la idea de justicia subyace como límite natural frente a la creación de normas penales. Ahora, las decisiones de los jueces no se pueden apartar del valor justicia, pues dada su entidad es un criterio de ponderación valorativo y preventivo frente a posibles excesos o situaciones extremas surgidas de la propia norma.

(58) URQUIZO OLAECHEA, J., “Derecho penal: dignidad de la persona humana”. En: *Actualidad Jurídica* T. 99, p. 17. Vide STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC de 24 de noviembre de 2004, fundamento jurídico 23: “(...) el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *leitmotiv* que debe informar toda actuación estatal (...) El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que haya cometido un delito (...)”.

(59) MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”. En: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanza y estudios con motivo del 70º aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II, p. 1358. De manera puntual, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 132.

- 65 3. La proporcionalidad penal es un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, de carácter preventivo; así, frente a la necesidad de legislar hechos concretos, y los mismos por su complejidad presentan marcadas “incompatibilidades” con otros derechos esenciales, como: justicia, libertad e igualdad, debe optarse por la regla de “intervención mínima”, en el sentido de que la intervención del Derecho penal (la aplicación de la pena) debe darse solo cuando otros medios han resultado insuficientes para combatir los fenómenos relevantes de perturbación social y sea necesario para la protección de condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques contra esos bienes valiosos.
- 66 El principio de proporcionalidad en su relación con el bien jurídico penal establece una línea mínima de materialidad concreta: nocividad social, merecimiento de pena y necesidad de pena. De esta forma los tipos penales quedarán afectados por el contenido del bien jurídico y en la aplicación de la norma se ponderará dicha secuencia jurídico-penal, en realidad, aquí el bien jurídico se presenta desde la perspectiva de una función limitadora al Derecho penal: ¿cuándo se justifica aplicar el Derecho penal? Lo que plantea el problema de la legitimidad de las prohibiciones⁽⁶⁰⁾.
- 67 Característica del principio de proporcionalidad en su aplicación será:
- 68 El medio utilizado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto (regla de idoneidad). Será medio adecuado aquel que pueda lograr el resultado deseado, el fin deseado.
- 69 Es necesario cuando no se pueda utilizar otro medio para lograr el fin deseado, esto es, cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz (el medio adecuado) que no limitará el derecho fundamental.
- 70 Debe compararse la relación: gravedad del ataque / injerencia y la interpretación de los motivos que lo justifican ha de aparecer (el ataque) como razonable para el afectado (la medida no debe ser gravosa para el afectado).
- 71 La pena no debe ser desproporcionada ni inhumana con relación al caso que se resuelve (y si la norma establece penas desproporcionadas) el juzgador en el caso concreto puede apoyarse en el principio y seguir el camino de

(60) ROBLES PLANAS, R., “Introducción a la ed. española de los límites al Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 23.
STERNBERG-LIEBEN, D., “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”. En: *El principio de proporcionalidad penal*, p. 535 ss.

“disminuir la pena prudencialmente”⁽⁶¹⁾. Bajo el principio de proporcionalidad se exige que el juez limite al máximo la aplicación de la pena.

El principio de proporcionalidad y la culpabilidad penal son elementos ⁷² que ni se niegan ni contradicen, pero son categorías distintas y operan en niveles diferenciados. El principio de proporcionalidad aquí propuesto ocupa todas las áreas de la punición desde la creación de la norma hasta el proceso de ejecución de la pena.

El principio de culpabilidad se realiza materialmente sobre un caso espe- ⁷³ cífico y obliga al juez a precisar si al sujeto se le atribuye penalmente el comportamiento antijurídico y si se da dicha atribución, entonces, se podrá fundamentar la punibilidad. El juez llegará al punto de atender la gravedad del injusto y la culpabilidad concreta (pues no hay pena sin culpabilidad). El principio de proporcionalidad actúa después que se establezca el comportamiento antijurídico y la culpabilidad, promoviendo que la pena sea lo más proporcional posible al hecho acaecido.

IX. Bibliografía

- ADOMEIT, Klaus / HERMIDA DEL LLANO, Cristina, *Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca*. Trotta, Madrid, 1999; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999; ALEXY, Robert, “Los principales fundamentos de mi filosofía del Derecho”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 32, Alicante, 2009; BACIGALUPO, Enrique, “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”. En: DONNA, Edgardo Alberto (director), *Garantías constitucionales y nulidades procesales*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Praxis, Barcelona, 1999; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales* (estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María ROMERO CAVONA). Comares, Granada, 2000; BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho*. Herder, Barcelona, 1993; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Bienes jurídicos colectivos”. En *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y Derecho penal en control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CATHREIN, Víctor, *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*. Traducción

(61) Recurso de Nulidad N° 1149-2016-Lima Norte, 11 de julio de 2011.

a la 2ª edición alemana por Alberto JARDÓN y César BARJA). 7ª edición española. Reus, Madrid, 1958; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*. 5ª edición. Tomo I (Introducción). Tecnos, Madrid, 1996; CEREZO MIR, José, “Derecho penal y derechos humanos. Experiencia española y europea”. En: *Temas de Derecho penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DA COSTA ANDRADE, Manuel, “Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencia de una doctrina teleológico-racional del delito”. En: *Fundamentos de su sistema de Derecho penal*. Boch, Barcelona, 1995; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho* (revisada por Luis LEGAZ Y LACAMBRA). 9ª edición española. Bosch, Barcelona, 1980; FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del Derecho*. Traducción de José LORCA NAVARRETE. 2ª edición. Ediciones Pirámide, Madrid, 1980; FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34, Alicante, 2011; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1989; GARCÍA CAVERO, Percy, “Principio de proporcionalidad de la pena y de interés público de la medida de seguridad”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (director), *Código penal comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*. 7ª edición. Porrúa, México D. F., 1994; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*. Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. 2ª edición. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990; HART, Herbert, *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro CARRIÓ. 2ª edición (reimpresión). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”. Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 18, Edersa, Madrid, 1982; HASSEMER, Winfried, “El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales”. En: *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Atelier, Barcelona, 2012; HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; HENKEL, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Taurus, Madrid, 1968; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución española”. En: AA. VV. *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Tecnos, Madrid, 1987; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Eddili, Lima, 1987; IBANEZ GARCÍA, Isaac, “Delito fiscal y principio de proporcionalidad y de intervención mínima”. En: *Actualidad Penal* N° 24, junio, 1993; JAÉN VALLEJO, Manuel, “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional”. En: *Revista General*

de Derecho N° 507, Valencia, diciembre de 1986; Kelsen, Hans, “Justicia y Derecho natural”. En: Kelsen, Hans / Bobbio, Norberto y otros, *Crítica del Derecho natural*. Traducción e introducción de Elías Díaz. Taurus, Madrid, 1966; Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?* Edición española a cargo de Albert Calsamiglia. 2ª edición. Ariel, Barcelona, 1992; Kelsen, Hans / Bobbio, Norberto y otros, *Crítica del Derecho natural*. Traducción e introducción de Elías Díaz. Taurus, Madrid, 1966; Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán”. En: *Cuadernos de Derecho Público* N° 5, INAP, septiembre-diciembre 1998; Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*. 5ª edición. Bosch, Barcelona, 1979; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. B de f, Montevideo, Buenos Aires, 2016; Luzón Peña, Diego-Manuel, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”. En: *Fundamento de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Bosch, Barcelona, 1995; Maihofer, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. B de f, Buenos Aires, 2015; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Reppertor, Barcelona, 2002; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición. B de f, Montevideo, Buenos Aires, 2011; Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”. En: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanza y estudios con motivo del 70º aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Ollero Tassara, Andrés, “Relevancia constitucional de la igualdad en funciones y fines del Derecho”. En: *Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*. Universidad de Murcia, Murcia, 1992; Nino, Carlos, “Justicia”. En: *El Derecho y la justicia*. Trotta, Madrid, 1996; Perello Doménech, Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. En: *Jueces para la democracia* N° 28, marzo, 1997; Perelman, Chaim, “La idea de la justicia en sus relaciones con la moral, el Derecho y la filosofía”. En: *Crítica del Derecho natural*. Taurus, Madrid, 1966; Prado y Ugarteche, Javier, *El método positivo en el Derecho penal*. Pacífico, Lima, 2014; Radbruch, Gustav, *El hombre en el Derecho. Conferencias y otros artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*. Traducción de Aníbal del Campo. Depalma Ediciones, Buenos Aires, 1980; Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*. 4ª edición. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; Robles Planas, Ricardo, “Introducción a la ed. española de los límites al Derecho penal”. En: *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Atelier, Barcelona, 2012; Romano, Mario, “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito en fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal”. En: *Libro homenaje a Claus Roxin*. J.M. Bosch, Barcelona, 1995; Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*. Traducción Genaro Carrió. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963;

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción a la 2ª edición alemana por los catedráticos Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAS Y GARCÍA CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL). Civitas, Madrid, 1997; SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”. En: *Poder Judicial* N° 4, diciembre de 1986; SANTA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, Madrid, 2000; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*. Gráfica Horizonte, Lima, 1999; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 1999; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012; STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”. En: AA. VV. *El principio de proporcionalidad penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2014; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”. En: *Poder Judicial* N° 4, 1980; URQUIZO OLAECHEA, José, “Estudio introductorio. A propósito del Plenario N° 1-2017 sobre el delito de lavado de activos”. En: *El delito de lavado de activos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018; VILLAVICENCIO, Felipe, *Código Penal comentado*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2001; URQUIZO OLAECHEA, José, “Derecho penal: dignidad de la persona humana”. En: *Actualidad Jurídica* T. 99, Gaceta Jurídica, Lima febrero 2002; URQUIZO OLAECHEA, José, “El bien jurídico”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6, año 3. Lima; VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del Derecho. Definición y fines del Derecho*. Traducido por Jesús VALDÉS Y MENÉNDEZ VALDÉS. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

§ IX

Fines de la pena y medidas de seguridad

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona
(España)

		Sumario			
	Nm	P		Nm	P
I. Finalidad de la pena.....	1	243	III. Bibliografía.....	35	259
II. Finalidad de las medidas de seguridad.....	32	258			

§ IX.- Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

I. Finalidad de la pena

Un nuevo Código Penal peruano era una exigencia derivada de la promul- 1
gación de la Constitución. La finalidad esencial de este cuerpo legal pasaba por adaptarlo al Estado social y democrático de Derecho, que la Carta Magna consagra, atendiendo a las nuevas realidades sociales. En su redacción ha sido necesario tomar en consideración el estado actual de la dogmática penal y la política-criminal, así como las más recientes doctrinas criminológicas y penitenciarias. La finalidad que se atribuye a la pena es uno de los aspectos relevantes, que debe infundir tanto la creación del Código Penal como su aplicación. La función del Derecho penal depende de la finalidad que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, por ser los instrumentos específicos de intervención del Derecho penal.

En la Constitución la única referencia expresa a la finalidad que se attri- 2
buye a la pena se encuentra en el artículo 139, donde se proclama que la pena de prisión debe tener como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado. No obstante, siendo estas las finalidades inmediatas de la ejecución de las penas privativas de libertad, no son las únicas que se atribuyen a la pena en el Código Penal. Esta afirmación se fundamenta, entre otras razones, en que, en el artículo IX del Código Penal, junto a la resocialización, se asigna a este cuerpo legal una función preventiva y protectora y, por lo demás, en el artículo 139 de la Constitución solo se hace una referencia expresa a la pena de prisión. Al respecto, es importante reseñar que, aun

cuando en la Exposición de Motivos del Código Penal se hace referencia a la función retributiva que se atribuye a la pena, esta finalidad no está incorporada en el referido Art. IX del Código Penal. Esta omisión no debería interpretarse como accidental sino como voluntad del legislador de excluir esta finalidad como uno de los objetivos a alcanzar directamente por la imposición de una pena. Cuestión diferente es que toda pena tiene un componente retributivo, en cuanto conceptualmente es un castigo que se impone a quien se imputa la comisión de un delito.

- 3 La *función protectora* que se asigna al Derecho penal debe interpretarse como *función de protección de bienes jurídicos*, tal y como se establece en el artículo IV del Código Penal, en relación con el principio de lesividad. Lesividad que se concreta en la exigencia de que el injusto típico se fundamente en la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico protegido en el correspondiente delito, como contenido de la antijuricidad material. Es importante poner de manifiesto que, por lo demás, la función *de protección de bienes jurídicos* es al mismo tiempo función, fundamento y límite de la intervención penal. Por ello, la función de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe ponerse en relación con la Exposición de Motivos del Código Penal, en la que se afirma que el Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas, entre los que, junto a la finalidad preventiva, se hace referencia a la “finalidad protectora de la persona humana”. La referencia a la protección de la persona no implica que solo esté legitimada la protección penal de los bienes jurídicos estrictamente personales. Por el contrario, la protección de bienes jurídicos colectivos será legítima siempre que se trate de proteger bienes que constituyen valores preponderantes en la sociedad, en tanto en cuanto, con ello, se protege también el libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos. Interpretación avalada expresamente por el artículo I Código Penal, donde se establece que la prevención de delitos es un medio para proteger a la persona y a la “sociedad”.
- 4 Partiendo de que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, el criterio rector de la rehabilitación y la resocialización aparece como uno de los objetivos del nuevo Código Penal, por lo que, manteniendo las penas privativas de libertad para los delitos más graves, se trata de limitarla atendiendo especialmente a dos razones. La primera, basada en finalidades preventivas generales y especiales, parte del reconocimiento expreso de la “potencia criminógena de la prisión”. La segunda es de corte utilitarista, con base en los elevados costes de la construcción y mantenimiento de un centro penitenciario. De estas premisas se desprende la urgencia de buscar otras

medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictivos de menor gravedad. En consecuencia es necesario idear “nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas”. En otra dirección, la finalidad de resocialización, atribuida a la pena por la Constitución, determina que no sean legítimas penas que por su propia naturaleza impidan alcanzarla. Consecuentemente, no estarían legitimadas ni la cadena perpetua ni la inhabilitación a perpetuidad. Por ello es incongruente que, en el artículo 29 del Código Penal, se establezca la posibilidad de imponer cadena perpetua, previsión incompatible con la finalidad resocializadora que se atribuye a la pena. No plantea problemas, sin embargo, en orden a la finalidad de resocialización, la posibilidad de que la suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego sea definitiva (Art. 38 en relación con el Art. 36.6. CP), por cuanto, en los demás supuestos de privación de derechos los marcos no son muy elevados. No es de recibo considerar que portar o hacer uso de armas sea un derecho fundamental y menos aún que su prohibición, aun cuando sea a perpetuidad, impida la resocialización. Por el contrario, por ejemplo, la inhabilitación, cuya interdicción sí puede impedir o dificultar la resocialización, como criterio general, tiene una duración máxima de cinco años. Conforme a la finalidad de resocialización atribuida a la pena, tampoco hubiera sido legítima cualesquiera otra pena de naturaleza irreversible, como sería la castración o la pena de muerte. No obstante, en el artículo 140 de la Constitución, se mantiene la pena de muerte para casos de traición en situación de guerra y para el terrorismo. La gravedad y la peligrosidad que entrañan estos supuestos no justifican la excepcionalidad. Y ello con independencia de la nula eficacia intimidatoria que pueden ejercer estas previsiones en las situaciones descritas.

En relación con la finalidad de la pena, desde la política-criminal, actualmente se defienden, mayoritariamente, teorías eclécticas que atribuyen a la pena finalidades tanto de prevención general positiva, en sus diferentes vertientes, como de prevención general negativa o intimidatorio y de prevención especial. Partiendo de estas finalidades, en cierta medida contrapuestas, que se atribuyen a la pena, se trata de buscar su equilibrio, armonizándolas. En la consecución de compatibilizar los diversos fines de la pena, en el Código Penal se han previsto diversas penas privativas de derechos, que pueden aplicarse de forma autónoma, o sustitutivas de penas privativas de libertad, cuando estas no sean superiores a tres años. Todas estas penas, junto a la menor afectación de los derechos fundamentales del penado, sirven a la resocialización, ya que posibilitan que este mantenga su trabajo (pena limitativa de días libres) e incluso

pueden ser útiles para la sociedad resarciendo, en parte, el daño causado por el delito (prestación de servicios a la comunidad). Compatibilizar la resocialización con las finalidades preventivas se alcanza desde el momento en que está previsto que el incumplimiento no justificado de estas penas conlleve su conversión en privación de libertad, lo que se corresponde con la finalidad de prevención general negativa o intimidatoria, asimismo atribuida a las penas.

6 La idea rectora de la resocialización también está presente en la previsión de la posibilidad de suspender la ejecución de la pena, cuando la privación de libertad impuesta no sea superior a cuatro años, con un período de prueba de tres años. Cabe incluso que el juzgador se abstenga de dictar la parte resolutive de la sentencia en la que estaría fijada la pena, cuando el delito esté sancionado con privación de libertad no superior a tres años o que no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. En ambos casos se impondrán reglas de conducta expresamente previstas en el Código Penal (Art. 64). Es posible, por último, la exención de pena cuando la sanción privativa de libertad señalada para el delito no sea mayor de dos años, así como también cuando la pena a imponer sea limitativa de derechos o de multa, siempre que la responsabilidad penal del imputado sea mínima.

7 La previsión de una posible coculpabilidad de la sociedad es una cuestión novedosa y respetuosa con el respeto a las minorías y el principio de igualdad material. En este sentido, la finalidad de prevención especial, que se atribuye a la pena privativa de libertad por la Constitución, se complementa con el principio de la coculpabilidad de la sociedad en la comisión del delito al prescribir que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (Art. 48 del CP). Se trata de reconocer que la sociedad no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales y, en consecuencia, aceptar una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, que enerva o limita el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. Ello posibilita disminuir o excluir la culpabilidad cuando el delincuente no haya tenido oportunidad de comportarse según las normas de convivencia social.

8 Asimismo, la configuración de la pena de multa conforme al sistema de días-multa respeta en la medida de lo posible el principio de igualdad material, en cuanto posibilita adecuar el importe de la multa a la capacidad económica del penado (Art. 41 del CP). En la determinación de la capacidad económica se toman en consideración diversos indicadores que contribuyan a determinar

los ingresos reales del penado. Hubiera sido conveniente también una referencia a las obligaciones del penado, puesto que su capacidad económica depende de la puesta en relación de sus ingresos con sus obligaciones. Por el contrario, en relación con el respeto al principio de igualdad material, es relevante la previsión del artículo 43 del Código Penal, estableciendo un límite a la cuota a establecer para los días-multa, de forma que en ningún caso pueda ser superior al cincuenta por ciento de los ingresos ni inferior al veinticinco por ciento.

Como se ha enunciado la consecución de las finalidades atribuidas a la pena no puede ser absoluta, puesto que tiene límites. Por ello, partiendo de que la configuración del Estado como social y democrático de Derecho es el fundamento del *Ius puniendi*, las finalidades que se atribuyen a la pena deben respetar los límites derivados de esta concepción del Estado. Las finalidades preventivas deben respetar, en todo caso, el principio de legalidad, que tiene su origen en el Estado de Derecho. Respeto, no tan solo en sentido formal, de sujeción a la ley, sino material, de interpretación de la ley respetando tanto la letra como el espíritu, incluyendo la prohibición de analogía contra reo. Los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, utilidad de la intervención penal, subsidiariedad y fragmentariedad se derivan de la concepción del Estado como social. Ello implica que solo esté legitimada la incriminación de conductas que sirvan para evitar las lesiones más graves de los bienes jurídicos prevalentes en la sociedad, a los que podemos denominar bienes jurídico-penales, en cuanto son merecedores de la intervención penal. La exclusiva protección de bienes jurídico-penales, en un segundo momento, limita la intervención del Derecho penal al castigo de aquellos hechos que, en el caso concreto, han lesionado o puesto en peligro un bien jurídico-penal. Es decir, el respeto al principio de lesividad o antijuricidad material. La concepción del Estado como democrático obliga a una concepción del principio de igualdad, en su vertiente material, de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales. Ello conlleva, asimismo, el respeto de los principios de humanidad y culpabilidad. Principio de humanidad que se manifiesta en dos vertientes: a) supresión de penas infamantes y progresiva sustitución de penas privativas de libertad por otras menos lesivas de los derechos del condenado; b) humanización del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, de forma que se respete la dignidad de la persona y se posibilite la resocialización.

El principio de proporcionalidad, en abstracto, requiere de una correlación entre la gravedad del hecho incriminado y la gravedad de la pena prevista en la ley. Lo que, a su vez, sirve a las necesidades de prevención general, armonizando las finalidades que se atribuyen a la pena y los principios que

la informan. En el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal, se regula expresamente este principio de proporcionalidad de las sanciones prescribiendo que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. En el mismo precepto se establece, no obstante, una excepción a este principio en caso de reincidencia o habitualidad del autor del delito. El principio de proporcionalidad, en el caso concreto, es un criterio de ponderación que posibilita disminuir o sustituir la pena, por debajo de lo exigido por el injusto, con base en necesidades de prevención especial o de resocialización. Por el contrario, aumentar la pena por encima de la gravedad del injusto, sobre la base de la peligrosidad del autor, tal y como se prevé en el artículo VIII del Código Penal, es una forma de Derecho penal de autor que no respeta el principio de culpabilidad. El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con las ideas de merecimiento y necesidad de pena, como criterios rectores del injusto y la culpabilidad, respectivamente. El principio de proporcionalidad determina que el grado máximo de la pena aplicable será el que corresponda en atención al desvalor de injusto, atendiendo al merecimiento de pena, gravedad que podrá limitarse en atención a razones de necesidad de pena, atendiendo a las circunstancias concretas del autor.

11 El respeto del principio de proporcionalidad es requisito indispensable para que puedan cumplirse adecuadamente las finalidades preventivas, tanto generales como especiales. Ello supone redefinir el principio de proporcionalidad que no debería examinarse exclusivamente en su vertiente cuantitativa, proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, sino que debería considerarse también el aspecto cualitativo, es decir, proporcionalidad o adecuación entre la modalidad delictiva y la modalidad de pena, así como respecto del grado de culpabilidad del autor. En esta dirección son indispensables estudios criminológicos que ofrezcan datos del perfil de las personas que cometen determinados grupos de delitos y a partir de ahí el análisis y determinación de la modalidad de pena que posibilite tanto la eficacia del Derecho penal como la reinserción del condenado.

12 La adecuación entre la personalidad del delincuente y la pena se puede perseguir en abstracto, estableciendo un sistema de penas abierto, que tome en consideración este factor, o, en concreto, ampliando el arbitrio judicial de forma que se posibilite al juez adecuar la condena a la personalidad del delincuente, y a sus circunstancias personales de ese momento, no solo respecto de la cuantía concreta de la pena, sino incluso seleccionando la clase de pena a imponer. En esta línea deben inscribirse las posibilidades establecidas en este Código Penal de sustitución de la pena, suspensión de la condena o del fallo,

así como la culpabilidad de la sociedad en los supuestos en los que el imputado está afectado por carencias sociales. Culpabilidad que sería mejor denominar co-responsabilidad por cuanto, aun cuando la disminución o supresión de la pena se fundamenta en la menor culpabilidad del autor, respecto de la sociedad más que de culpabilidad se trata de un problema de responsabilidad.

Un importante déficit, que puede suscitarse de la aplicación de este Código, ¹³ en atención a la proporcionalidad entre el hecho y la pena, se plantea a partir de la existencia de numerosos delitos que podríamos denominar cualificados por el resultado, en cuanto, literalmente la gravedad de la pena viene determinada por el resultado finalmente producido. El hecho de que en el artículo VII Código Penal se proscriba toda forma de responsabilidad objetiva puede no ser suficiente, al no referirse expresamente a la concurrencia de dolo o imprudencia, requiriendo únicamente la “responsabilidad penal del autor”. Las previsiones, en el artículo 11 del Código Penal, de limitar la intervención penal a los hechos dolosos o culposos y, en el artículo 12 del Código Penal, de establecer un sistema de *numerus clausus* para los hechos culposos, pueden resultar ineficaces frente a la técnica legislativa utilizada en múltiples delitos. Una situación existe en España a partir de la promulgación del Código Penal de 1995, con previsiones muy similares a las mencionadas, en relación con la responsabilidad subjetiva. El problema se ha planteado, en varios supuestos y muy especialmente en la aplicación judicial de los delitos de lesiones, que hasta los últimos años, y pese a las previsiones de exigencia de dolo o imprudencia, han sido calificados ateniendo exclusivamente al resultado producido. Incluso en la actualidad, en la distinción entre delito y falta de lesiones no se atiende a la gravedad del hecho, abarcado por el dolo o la imprudencia, sino al resultado que finalmente se ha producido.

El principio de proporcionalidad entre el hecho y la pena se incumple ¹⁴ también a través del artículo VIII del Código Penal, donde, con referencia expresa al principio de proporcionalidad, se “legitima” su incumplimiento en los supuestos de reincidencia y habitualidad (previstas, expresamente, como criterios para la individualización de la pena, en los artículos 46, 12, y 13 y 46-B y 46-C del Código Penal). Previsión que responde a la situación actual de la política-criminal donde cada vez con mayor fuerza, y a nivel global, el principio *favor securitatis* viene a sustituir a los principios de responsabilidad por el hecho y de *in dubio pro reo*. También puede tener su origen en las nuevas corrientes político-criminales la previsión, en el artículo 45.3 del Código Penal, de tomar en consideración, en la determinación concreta de la pena, los intereses de la víctima, su familia y las personas que de ella dependen. Cuestión

que poco o nada tiene que ver con la responsabilidad por el hecho, como criterio rector de la gravedad de la pena, y que, difícilmente, puede servir a una finalidad distinta a las ideas de retribución y venganza que, en ningún caso, pueden ser consideradas finalidades legítimas de la pena en un Estado Democrático de Derecho, máxime cuando está prevista la responsabilidad civil derivada de delito en los artículos 92 a 101 del Código Penal. Responsabilidad civil que abarca no solo la restitución del bien o el pago de su valor, sino también la indemnización por daños y perjuicios (Art. 93 del CP). Tampoco responde al criterio rector de la responsabilidad por el hecho de que, conforme al artículo 46.6 del Código Penal, se tomen en consideración los móviles y fines del autor en la individualización de la pena.

15 En este contexto hay que añadir que el Derecho penal lleva a efecto una *función de control social formal*. Aun cuando este término es peligroso y ambiguo, no puede negarse que el Derecho penal lo ejerce y debe ejercerlo. La legitimación de la función de control social formal que ejerce el Derecho penal se produce cuando su intervención es más beneficiosa que otras formas de control social formales e informales, es decir, cuando el Derecho penal cumple con la función de reducir la violencia estatal y privada. Por consiguiente, el sistema de penas y medidas debe atender también a este aspecto esencial: la legitimación del Derecho penal requiere de un autoanálisis, con el fin de responder a la regla de “mínimo daño social” o “mínima violencia” comparando el Derecho penal vigente y sus instituciones con otro Derecho penal, eventualmente surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia.

16 En la consecución de la función de control social referida, tiene una importancia clave el cumplimiento de la finalidad de prevención especial y resocialización. Por ello es consecuente que una de las propuestas de mejora del Derecho penal, recogida en el artículo IX del Código Penal, esté en la línea de las posturas resocializadoras. La resocialización pone el acento en la finalidad de reinserción de los condenados, como variante de los fines de prevención especial, cuyas diferentes propuestas tienen como elemento común el incidir sobre la persona que ya ha delinquido tratando de proteger a la sociedad evitando que quien ya ha delinquido vuelva a cometer delitos en el futuro. La pena privativa de libertad, en concreto, se justifica en cuanto esté dirigida a reinsertar a los penados disminuyendo en una elevada medida las tasas de reincidencia. Las elevadas tasas de reincidencia que se producen en todos los países llevaron al auge de estas corrientes que tienen su origen en el último tercio del S. XIX. Las posturas más radicales dentro de las doctrinas de la resocialización

proponen la sustitución de las penas por medidas de seguridad, no sujetas a los límites tradicionales de la pena, en especial, del hecho, la culpabilidad y la proporcionalidad, sino tan solo a la peligrosidad del sujeto. Estas tesis suponen la desaparición del concepto tradicional de delito y solo han logrado imponerse, en una cierta medida, en los países escandinavos y en Estados Unidos. Por el contrario, la medida de seguridad, como consecuencia jurídico-penal, junto a la pena y la finalidad preventivo especial, como una de las finalidades del Derecho penal, sí que se han impuesto en todos los países de nuestro entorno jurídico.

La resocialización no tiene un carácter negativo de intimidación e in- 17
cuización del delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le posibiliten una vida futura en libertad dentro de la sociedad. Desde esta perspectiva, la resocialización no solo está legitimada, como finalidad del Derecho penal, sino que es imprescindible. Ello es así porque no solo cumple la finalidad inmediata de reinsertar al delincuente, sino que, mediatamente, es indispensable para cumplir la función de protección de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal. Estas razones están en el origen del auge que tuvieron las teorías resocializadoras, no solo en la doctrina sino también en la legislación, aun cuando al mismo tiempo que aparecían estas referencias legislativas se producía la crisis del ideario resocializador, como construcción teórica legitimadora de la intervención penal. Las razones de la crisis son diversas y, entre ellas, son especialmente relevantes las que hacen referencia a que la resocialización, como criterio rector de los fines de la pena, olvidando principios tan esenciales como el de proporcionalidad con el hecho cometido, así como las exigencias de prevención general, tanto en los casos en los que la referencia a la peligrosidad del delincuente implique una condena excesivamente leve, como si, por el contrario, es demasiado grave. En otra dirección, se cuestiona la posibilidad efectiva de reinserción, ya sea con carácter general, en el sentido de que es imposible la resocialización en condiciones de falta de libertad, como las que se refieren a casos concretos, en los que la resocialización no es necesaria o es imposible.

Por consiguiente, las críticas a la resocialización se derivan de su absoluti- 18
zación. Algunos sectores doctrinales, la legislación e incluso la práctica en algunos países, como los escandinavos y los Estados Unidos, llevaron a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, centrándose en el pronóstico sobre la peligrosidad del individuo y sus posibilidades de reinserción. En relación con la “ideología del tratamiento”, en los países escandinavos, en los años cincuenta, se llegó a creer que “el preso medio

podía ser reformado a través de esfuerzos rehabilitadores científicamente planificados”. Esta filosofía obtuvo una legión de partidarios, pareciendo ser más humana y benévola comparada con la justicia criminal ordinaria. Sin embargo, poco a poco, el creciente volumen de investigaciones condujo a la conclusión de que, en general, existía un soporte empírico muy escaso para este modelo médico o ideológico del tratamiento. También se demostró claramente que este modelo no llevaba necesariamente a un sistema más humano y benévolo. Por el contrario, a menudo favoreció largas sentencias indeterminadas, algunas de ellas por delitos relativamente triviales. Ignorando, así mismo, el principio de igualdad ante la ley. El problema fundamental se encuentra en la posibilidad de dictar sentencias indeterminadas que no se ajustan a la gravedad del hecho cometido. En Estados Unidos es donde alcanzó una mayor práctica la posibilidad de dictar sentencias indeterminadas, puesto que los Tribunales fijaban marcos penales amplísimos. Marco penal que podía ir de pena privativa de libertad desde un año hasta cadena perpetua, dejando la decisión definitiva sobre el momento de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos —*parole board*— dependientes del Poder Ejecutivo, que decidían la libertad cuando se hubiera logrado la plena reinserción del delincuente. El arbitrio incontrolado de los *parole board*, la escasa fiabilidad de los criterios seguidos y la ruptura con el principio de proporcionalidad llevaron a que los resultados de estas experiencias deban ser tildados de negativos. Todo ello ha conducido a que, en esos países, se hayan impuesto unas nuevas corrientes doctrinales que reconocen que la prevención general positiva es la principal finalidad legitimadora del Derecho penal, poniendo el acento en la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como dando relevancia a todas las garantías formales, especialmente, de legalidad y seguridad jurídica.

- 19 En posturas resocializadoras menos extremas estas críticas no son válidas pero, a pesar de ello, se les achaca la imposibilidad de conseguir una educación para la libertad, en condiciones de ausencia de libertad, a lo que se añade el efecto desocializador de la misma privación de libertad, tanto si es calificada como pena o como tratamiento. Los efectos desocializadores de la privación de libertad han llevado a sostener la necesidad de prescindir del internamiento, no solo en las penas cortas privativas de libertad, sustituyendo la privación de libertad por formas de *diversión*. El problema, sin embargo, subsiste porque no se han encontrado hasta el momento sustitutivos válidos que sean de aplicación de una forma más o menos generalizada. La cuestión es que ni tan siquiera se plantea como una dificultad económica o de decisión política sino que a nivel teórico tampoco se ofrecen alternativas válidas.

Desde la defensa de los derechos fundamentales del individuo, se con- 20 sidera que el tratamiento constituye una injerencia injustificable en la esfera interna del individuo que ha delinquido, puesto que si la resocialización quiere tener éxito no solo se ha de dirigir a modificar su comportamiento sino esencialmente su actitud interna. En una sociedad donde el “libre desarrollo de la personalidad” se configura como el resumen de los derechos fundamentales se rechaza el carácter moralizante del tratamiento que tiene como objetivo el hacer participar al delincuente del sistema de valores dominante. La posibilidad de resocialización a través de la legalidad, desde una perspectiva utilitarista de adecuar el comportamiento del delincuente al sistema de normas imperante es de difícil consecución si no se fundamenta en un tratamiento que consiga la internalización de esas normas, con lo que llegamos a los mismos resultados que por la otra vía, lo que conduce a la ilegitimidad de toda intervención resocializadora.

El rechazo de la resocialización, como fundamento de la legitimación de 21 la intervención penal, no excluye un hecho evidente: mientras no se encuentren sustitutivos válidos a las penas privativas de libertad, en su ejecución no se puede renunciar a la resocialización. Por consiguiente, es necesario determinar el alcance y el modelo en que debe configurarse la propuesta resocializadora. Respecto de cuándo se puede aplicar un tratamiento resocializador, se establece un primer límite, en el sentido de que no pueda imponerse el tratamiento sino que este debe ser aceptado por el delincuente. En relación con el concepto de resocialización, se propone como “terapia social emancipadora”, en términos negativos, con la única finalidad de ayudar al sujeto a ser libre respecto de un pasado que, en la mayoría de casos, es opresivo y doloroso, con lo que se pretende una humanización del sistema. Humanización que tampoco se pierde, sino que incluso puede facilitarse, aceptando que la resocialización también se plantee en un sentido positivo, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal. Esto último siempre que se mantenga el límite propuesto del consentimiento por parte del delincuente. Límite que, por lo demás, no solo sirve al respeto a los derechos fundamentales sino que tiene una clara vertiente pragmática, puesto que un tratamiento de esta naturaleza difícilmente será eficaz si no es aceptado por la persona que lo recibe.

Como alternativa a la ideología del tratamiento, surgen nuevos movi- 22 mientos que propugnan la legitimación de la *prevención general* de delitos como finalidad básica del Derecho penal y de la pena, siempre y cuando se respeten las garantías formales del Estado de Derecho. La denominación de esta teoría como *neoclasicismo* puede ser equívoco, por cuanto el único elemento

aglutinador de las tendencias denominadas *neoclásicas* es su rechazo a la ideología del tratamiento resocializador, como finalidad legitimadora de la pena, siendo su objetivo poner freno a los posibles abusos de esta. La razón de la denominación proviene de que estas tendencias suponen un retorno a planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX, que algunos autores consideran como un retorno a KANT. No obstante, este denominado neoclasicismo, tiene más de “neo” que de “clásico”, por cuanto, del “clasicismo” los aspectos que en estas corrientes recuerdan las tesis clásicas son el rechazo de la resocialización y el principio de culpabilidad, como fundamento de la aplicación de una pena, mientras que lo *novedoso* es que todo ello debe encuadrarse en una concepción moderna del Derecho penal orientado a fines.

23 El *neoclasicismo* pretende someter el poder punitivo del Estado a través de una estrecha vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad, por cuanto son los principios que más gravemente se lesionaron con la resocialización, sobre todo en Estados Unidos y Escandinavia. Junto a la defensa de principios como los de proporcionalidad y seguridad jurídica, tras el fracaso de la resocialización, también se profundiza en la idea de *humanización*, como uno de los intereses a valorar junto a la prevención general. Desde esta perspectiva, las posturas neoclásicas que pretenden afianzar las garantías formales como límite al poder punitivo del Estado deben ser aceptadas. Cuestión distinta es si el respeto de las garantías formales es suficiente para legitimar el sistema de Derecho penal y, por otro lado, si estas tendencias introducen algún elemento innovador respecto del marco en el que se mueve el Derecho penal en los países de nuestro entorno. El profundo cambio que introducen estas tendencias en aquellos países en los que la resocialización se llevó efectivamente a la práctica no se produce en los Estados en los que las garantías formales siempre fueron respetadas, al menos a nivel de principios. En estos últimos las posturas neoclásicas suponen, en todo caso, un cierto cambio de orientación pero no una variación sustancial respecto de la situación anterior.

24 La principal, y más fundamentada, crítica que se plantea contra el *neoclasicismo* estriba en que las garantías formales, como único límite al poder punitivo del Estado, olvidando los aspectos relativos al principio de intervención mínima, como resumen de los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal, no sirven para disminuir la intervención penal a lo estrictamente necesario y en la medida estrictamente necesaria. La certeza de esta apreciación se demuestra con lo ocurrido en Estados Unidos

donde, pese a que se impusieron con fuerza estas posturas neoclásicas, tras el auge y posterior fracaso de la resocialización, no se ha producido una disminución de las penas ni de la incriminación de comportamientos, sino que, por el contrario, ha supuesto un endurecimiento de las penas y una mayor incriminación. Por otro lado, el neoclasicismo ha llevado a un rechazo de todas las tendencias político-criminales que tengan pretensiones de reinserción, a través de una flexibilización de la ejecución de la pena privativa de libertad o su sustitución, en determinados casos, por consecuencias jurídicas orientadas a la resocialización o no desocialización del individuo, soluciones que pueden consistir, incluso, en la suspensión de la pena, de la condena o del fallo.

Por ello, es necesario introducir, junto al mantenimiento o fortalecimiento,²⁵ según los países, de las garantías formales, nuevas exigencias que traten de conciliar las finalidades preventivo-generales, de protección de la sociedad, con las finalidades preventivo-especiales y los principios de proporcionalidad y humanidad. En esta línea se planteaba la finalidad de la pena en el Proyecto Alternativo del Código Penal alemán, según el cual la pena es una “amarga necesidad”. En la actualidad, se ha llegado a un amplio nivel de consenso en el sentido de que las penas solo son legítimas cuando son necesarias. La **necesidad de pena** se constituye así en un principio rector tanto en la determinación en abstracto como en concreto de la pena. Las discrepancias surgen, sin embargo, en cuanto se trata de determinar cuál es el mínimo necesario y para qué es un mínimo necesario. Ferrajoli entiende como “mínimo necesario” aquel que sirva para evitar la “violencia social informal”, lo que implica que la finalidad de prevención se duplica: junto a la prevención de delitos se trata de evitar las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. Este autor define este Derecho penal como: “la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva”.

Esta propuesta explica lo que pretende este Derecho penal, pero nada se²⁶ nos dice de cuál ha de ser ese “mínimo necesario”. En otras palabras, no establece pautas sobre cuáles son los objetos de protección, en qué medida pueden ser protegidos, y cuál ha de ser la respuesta en cada caso. En relación con cuál es el mínimo necesario, la respuesta la debemos buscar a través de una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico. No obstante, esta restricción, a partir de la función legitimadora y fundamentadora de la exclusiva protección de bienes jurídicos, no justifica las actuales tendencias sobre la concepción del Derecho penal mínimo que reducen los bienes jurídico-penales a los derechos fundamentales de vida, salud, patrimonio y libertad. Las

decisiones sobre cuáles son los bienes jurídico-penales son cambiantes en cada momento histórico al modificarse los intereses o valores predominantes y al existir una situación de tensión dialéctica entre el interés intimidatorio y los intereses garantistas. Por consiguiente, la decisión sobre qué bienes jurídicos deben calificarse como bienes jurídico-penales depende de los valores prevalentes en una determinada sociedad y ello solo puede decidirse a través del consenso de todas las fuerzas sociales y, muy especialmente, de la sociedad civil.

27 En relación con cuál y cuánta es la pena necesaria, la *prevención general negativa* –intimidatoria–, como base de la construcción político-criminal, parte de concebir la pena como mal y nos permite entrar en consideraciones restrictivas sobre cuándo ese mal es necesario y sobre qué medida ha de tener ese mal. La *prevención general positiva* –integradora o estabilizadora–, en cuanto concibe la pena como reacción frente al delito, desde una perspectiva puramente normativa, como demostración de la vigencia de la norma, no posibilita esta restricción. A la determinación restrictiva de la necesidad de pena ayuda el hecho de que, por vía empírica, se haya demostrado que la gravedad de las penas no aumenta la eficacia intimidatoria, por lo que, en principio, nada se opone a la humanización de las penas. En este sentido, es de reseñar que el movimiento político-criminal que ha surgido en los últimos años, y que continúa creciendo, proclamando la necesidad de penas graves y de cumplimientos íntegros no se fundamenta en necesidades de prevención ni general ni especial, sino en finalidades retributivas, demasiado cercanas a la idea de venganza. Venganza que no deja de ser tal porque esté formalmente legitimada a través de la ley.

28 No se pueden, por consiguiente, olvidar los avances que ha supuesto la teoría de la resocialización, especialmente, en relación con las consecuencias que ha tenido en el sentido de humanización de las penas, con las propuestas de eliminación de las penas cortas privativas de libertad y de las muy largas, con la creación de penas alternativas a la pena privativa de libertad y con un sistema penitenciario atento a los progresos que ha supuesto la resocialización, si se mantiene dentro de los límites que planteábamos. La síntesis se ha de buscar poniendo en relación estas tendencias humanizadoras con el cumplimiento de las garantías formales, dentro del marco de una política-criminal orientada fundamentalmente a la prevención general.

29 La prevención general, como se enunciaba, tiene diversas acepciones, siendo esencial diferenciar entre la prevención general negativa y positiva y dentro de ellas distintos posicionamientos. La *prevención general positiva* –integradora– concibe el Derecho penal con una función de conformar valores

morales de la sociedad. WELZEL, predecesor de estas teorías, sitúa, por encima de la función de protección de bienes jurídicos, la tarea de asegurar la vigencia inquebrantable de los valores fundamentales de la actitud jurídica, “conformando el juicio ético-social del ciudadano y fortaleciendo su actitud permanente de fidelidad al derecho”. Uno de sus discípulos, JAKOBS, va más allá y, partiendo de la concepción del Derecho de Luhmann, como instrumento de estabilización social, llega a la conclusión de que la única meta que corresponde al Derecho penal es mantener la vigencia de la norma, confirmando la confianza del ciudadano en la norma. Desde esta perspectiva desaparece la referencia al bien jurídico como límite y fundamento de la intervención penal y en su lugar se sitúa la norma, cuyo único límite es la decisión del legislador. Las doctrinas de la prevención general positiva integradora tienen en común el predominio de los fines de índole ético-social, al tratar de influir positivamente sobre el arraigo social de las normas. Desde estas posturas, se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad, ejercitando al ciudadano en la fidelidad al Derecho. La sanción refuerza contrafacticamente la vigencia de la norma, puesta en tela de juicio por la comisión del delito, mostrando que lo incorrecto es el delito y siendo imputado ese defecto al autor como culpa suya.

El llamado *Derecho penal simbólico* está cercano a estas teorías puesto que trata de conformar los valores fundamentales de la sociedad incriminando conductas sin tomar en consideración si el Derecho penal sirve para proteger esos valores. Las críticas al Derecho penal simbólico niegan la legitimidad de un Derecho penal que no sea eficaz, es decir, que no tenga capacidad de prevención. Siendo cierto este punto de partida, ello no excluye que el Derecho penal pueda ejercer también una función simbólica en cuanto, por su carácter de *ultima ratio*, la incriminación de determinadas conductas que protegen bienes jurídicos de nuevo cuño supone la consagración de esos bienes como valores fundamentales en esa sociedad. Por consiguiente, no sería legítimo tratar de proteger bienes jurídicos a través del Derecho penal si ello no es posible o no es necesario, pero cuando sí es posible y es necesario que además ejerza una función simbólica está legitimado.

Se trata, por consiguiente, de superar las teorías absolutas, y acoger *teorías eclécticas*, que, como afirma SILVA SÁNCHEZ, “sobre un fundamento preventivo-general, han dado cabida en su seno a consideraciones derivadas del pensamiento retributivo (en términos garantísticos), así como a la necesidad (reconocida en la Constitución) de que las penas mantengan una vertiente que posibilite la resocialización”. Ecléctica es la teoría de la *prevención general positiva*

limitadora, propugnada por Mir Puig, que se muestra partidario de lo que él llama prevención general compensadora o integradora socialmente, propugnando una prevención general positiva limitada por el principio de culpabilidad. Mir Puig entiende que del mismo modo que es rechazable una concepción fundamentadora de la prevención, es progresiva, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. La limitación tiene que venir no solo del principio de culpabilidad, sino que a este se le han de añadir otros, como los de legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización y, esencialmente, su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Desde la perspectiva de un Estado democrático, el Derecho penal ha de apoyarse en el consenso de los ciudadanos y, el objetivo de una intimidación que goce, además, del consenso social, “se conseguirá siempre cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad (...), y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora”.

II. Finalidad de las medidas de seguridad

32 En el Código Penal, conforme a lo previsto en el artículo 72, solo cabe imponer medidas de seguridad postdelictuales, que respondan a la comisión de un hecho delictivo, respetando el principio de responsabilidad por el hecho. No cabe, por tanto, la imposición de medidas de seguridad predelictuales que respondan, exclusivamente, a la hipotética peligrosidad del sujeto.

33 En las medidas de seguridad, deben introducirse también principios garantistas, como el de proporcionalidad, que impida la imposición de medidas de seguridad indeterminadas, así como sustituir las medidas de seguridad privativas de libertad por tratamientos ambulatorios, o por otras medidas. En el Código, posiblemente por razones económicas de falta de medios, solo están previstas dos medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio (Art. 71 del CP). Conforme con este precepto el fundamento de la imposición de la medida se encuentra en “el pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos” (Art. 72 del CP). Previsión acorde con la doctrina mayoritaria al respecto, que entiende que la finalidad de las medidas de seguridad es esencialmente de prevención especial. Es decir, a las medidas de seguridad les corresponde la prevención de delitos frente a un sujeto peligroso. En este sentido, el artículo VIII del Código Penal, en relación con la proporcionalidad de las sanciones establece

que “La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

No puede, sin embargo, obviarse en las medidas de seguridad la finalidad de resocialización, en atención a la cual debe complementarse la finalidad preventivo especial con la naturaleza de las medidas de seguridad que será, en todo caso, de tratamiento. Naturaleza de tratamiento que se confirma con el concepto de internación, previsto en el artículo 74 del Código Penal, y el de tratamiento ambulatorio (Art. 76 del CP). Idea que se corrobora por la redacción del artículo 73 del Código penal, donde se establecen los parámetros que deben tomarse en consideración para determinar la medida de seguridad conforme al principio de proporcionalidad. La referencia a la “peligrosidad delictual del agente” se corresponde con su concepto, puesto que las medidas de seguridad son respuesta a la peligrosidad del sujeto no al delito cometido, como sucede con las penas. No obstante, la gravedad del hecho cometido se toma en consideración como límite a la posibilidad de tratamiento, de forma que, en ningún caso, la medida podrá tener una duración mayor que la pena que le hubiera correspondido conforme a la gravedad del hecho cometido (Art. 75 del CP). En esta misma dirección, en el artículo 77 del Código Penal, se adopta el sistema vicarial que permite descontar de la duración de la pena el tiempo de cumplimiento de la medida que se ejecuta primero (Art. 77 del CP).

III. Bibliografía

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal*. AdHoc, Buenos Aires, 2001;
- ANTTILA, Inkeri, “La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales”. Traducción DEL ROSAL BLASCO. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 28, 1986;
- BARATTA, Alessandro, “Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 24, 1984;
- FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho penal mínimo”. En: *Poder y Control* N° 0. PPU, Barcelona, 1986;
- HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”. Traducción Elena LARRAURI. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. 45, Fasc./mes 1, 1992;
- LUZÓN PEÑA, Diego, “Alcance y función del Derecho penal”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. 42, Fasc./mes 1, 1989;
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Desviación social y resocialización”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 23, 1984;
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007;
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª edición. B de f, Montevideo, 2003;
- MIR PUIG, Santiago, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. 39, Fasc./mes 1, 1986;
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “La resocialización del

delincuente, análisis y crítica de un mito". En: *La reforma del Derecho penal* (MIR PUIG. comp.). Bellaterra, Barcelona, 1980; NAUCKE, Wolfgang, *Die Wechselwirkung*. F. Steiner Verlag, Wiesbaden, 1985; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992; WEIGEND, Thomas, "Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA". En: *ZStW* (90) 1976; WELZEL, Hans, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2004.

§ X Aplicación supletoria de la ley penal

MADELAINE REYES GASTELÚ
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades	1	261	V. Aplicación preponderante		
II. Fundamento del artículo X	3	262	(¿o supletoria?) de las nor-		
III. Concepto de norma general	6	263	mas del Código Penal.....	14	267
IV. Concepto de ley penal es-			VI. Bibliografía.....	25	272
pecial.....	11	266			

§ X.- Supletoriedad de la ley penal

“Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”.

I. Generalidades

El Código Penal peruano de 1991, a diferencia del Código Penal de 1924¹ que no hacía referencia alguna a la aplicación de las categorías generales del Derecho penal a otros ámbitos punibles, otorga un especial valor a la vigencia y alcance de las instituciones generales que estructuran y fundamentan la configuración de las normas jurídico-penales relativas a la tipificación de los comportamientos como delitos, esto es, a las conductas que son sancionadas con pena. Este especial interés por la vigencia y ámbito de aplicación de las instituciones jurídico-penales de carácter general se expresa en el artículo X del Título Preliminar del Código Penal, el cual señala: “Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”. Conforme a ello, una lectura preliminar nos sugiere que el ámbito de aplicación de todas las instituciones de naturaleza general que están consagradas en el Código Penal abarcan a todas las normas especiales —aquellas que se encuentran formalmente reguladas en los extramuros del Código Penal— en las que se establecen delitos y penas. De forma más precisa, la existencia del artículo X obliga a que toda la legislación penal especial se estructure bajo la observancia de las reglas generales que se encuentran consagradas en el Código Penal.

Ahora bien, una correcta interpretación y, en consecuencia, una coherente² aplicación del artículo X del Título Preliminar del Código Penal a los injustos

punibles contenidos en leyes especiales se encuentra sujeta a la dilucidación de cuatro problemáticas: el fundamento del artículo X, el concepto de norma general, el concepto de ley especial, y la aplicación principal o supletoria del precepto en cuestión a los hechos punibles que se encuentran contemplados fuera del Código Penal.

II. Fundamento del artículo X

3 El fundamento del artículo X está relacionado con la explicación del porqué se justifica la vigencia de artículo X. En nuestra opinión —coincidiendo con CORTÉS BECHIARELLI—, la existencia del dispositivo acotado se debe a que el legislador no ha querido despojar a las disposiciones punitivas especiales de las garantías que demanda el sistema punitivo de un Estado de Derecho⁽¹⁾. Ello, en virtud de que, para el legislador de 1991, tanto las normas jurídico-penales especiales como las normas punitivas del Derecho penal material común poseen la misma naturaleza normativa: afectan derechos fundamentales de las personas⁽²⁾. En ese sentido, uno de los objetivos —por no decir el objetivo más importante— que busca el artículo X es otorgar coherencia sistemática y valorativa a todo el ordenamiento jurídico-penal.

4 En efecto, el legislador penal de 1991 considera que toda la estructura del sistema punitivo material encuentra su columna vertebral en la adaptación positiva de sus instituciones generales y especiales a los valores constitucionales de respeto a la dignidad humana, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, etc. Por eso, consagra dos cosas: en primer lugar, que la estructura y fundamentación de todos los injustos penales y sus respectivas consecuencias se lleven a cabo respetando las garantías que contienen las normas de carácter general y, en segundo lugar, que la aplicación de las garantías referidas se extienda a los delitos y las penas que están regulados en leyes especiales. En la perspectiva del legislador que elaboró el vigente Código Penal, los injustos penales previstos en leyes especiales no pueden quedar fuera del radio de acción de las garantías recogidas en las normas de carácter general, debido a que la restricción de estas al fuero exclusivo del Código Penal implicaría amputarles injustificadamente tales garantías a los hechos punibles de las leyes especiales, por el simple hecho de no estar contemplados en el mismo cuerpo legal. Esto obedece a una razón muy simple: las leyes penales especiales también forman

(1) Cfr. CORTÉS BECHIARELLI, E. En: COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, artículos I al 18, p. 346.

(2) Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, p. 398.

parte del sistema punitivo del Estado Constitucional de Derecho, y, como tales, están investidas de todas las garantías y principios que fundamentan el *ius puniendi* de dicho Estado. Por lo demás, coincido con CORTÉS BECHIARELLI⁽³⁾ en postular que en el terreno de las garantías penales y de la aplicación de la ley penal, no conviene que surjan dudas, ni que se deje una ventana para la improvisación y la arbitrariedad. Más bien, la aplicación de las normas generales del Código Penal a los delitos previstos en leyes especiales es necesaria para lograr una verdadera armonía del ordenamiento jurídico-penal bajo la vigencia de las garantías del Estado de Derecho.

En este contexto, estamos en condiciones de afirmar que la legislación penal que se expresa en leyes especiales, aunque no contemple en su articulado el enunciado de los principios elementales que troquelan el Derecho penal, siempre están sujetas a los principios y normas generales que el Código Penal consagra como instituciones de vocación universal.

III. Concepto de norma general

La segunda problemática a dilucidar del artículo X es la connotación de norma general, es decir ¿qué se entiende por norma general? Sobre esta cuestión, existen dos posiciones doctrinales: la primera vertiente, que se caracteriza por poseer una visión restrictiva, señala que las normas jurídico-penales de carácter general son todos aquellos institutos punitivos que se encuentran regulados tanto en el Título Preliminar como en el Libro Primero del Código Penal; por su parte, la segunda posición doctrinal, partidaria de una perspectiva amplia, postula que las normas generales son aquellas que, independientemente del lugar en que se encuentran ubicadas, sirven para precisar aspectos comunes a todos los delitos o a un cierto grupo de ellos⁽⁴⁾. Así las cosas, conforme al primer punto de vista, solo serán aplicables al ámbito de las leyes penales especiales las instituciones del Derecho penal común que están reguladas en los diez artículos del Título Preliminar y en los ciento cinco primeros artículos del Código Penal. Por el contrario, en la óptica de la segunda perspectiva también se aplicarán a las leyes punitivas especiales las disposiciones del Libro II del Código Penal que contienen instituciones que afectan a todos los delitos o a un grupo de ellos.

(3) CORTÉS BECHIARELLI, E. En: COBO DEL ROSAL, M. (director), *Op. Cit.*, p. 351.

(4) En la doctrina nacional, este es el parecer seguido por GARCÍA CAVERO, P. "Aplicación supletoria de la Parte general a las leyes penales especiales". En: CASTILLO ALVA, J. (coordinador), *Código Penal comentado*, p. 258. Asimismo, BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano (visión histórica)*. Parte general, pp. 201-202.

7 Por lo que concierne a nuestro punto de vista, el significado de las normas generales no está relacionado con la ubicación que estas ocupan en el Código Penal, sino con la naturaleza de las instituciones. La ubicación formal de una norma en la Parte Especial resulta irrelevante cuando la esencia de aquella es de índole general y no especial, es decir, lo que determina la naturaleza general o especial de una norma es su esencia material. En este contexto, son normas generales –independientemente de que estén ubicadas en el Título Preliminar, en el Libro Primero (Parte General), en el Libro Segundo (Parte Especial)⁽⁵⁾, o en el Libro Tercero (Faltas)⁽⁶⁾– todas aquellas disposiciones del Código Penal que contienen instituciones normativas que afectan a la estructura y/o a las consecuencias de todos los tipos penales o de un grupo de ellos.

8 De esta manera, en tanto constituyen los cimientos de todas las instituciones punitivas, son normas generales los principios del Derecho penal que están regulados en el Título Preliminar. Instituciones como el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de proporcionalidad, el principio de responsabilidad subjetiva, los fines de la pena y de las medidas de seguridad, etc., afectan directamente a la estructura y a las consecuencias jurídicas de todos los tipos penales, independientemente de que estén ubicados en el Código Penal o en leyes especiales. Así, por exigencia del principio de legalidad, la estructura de los tipos penales y sus consecuencias jurídicas como la pena y la medida de seguridad solo pueden ser creados por leyes escritas, taxativas e inequívocas; del mismo modo, en virtud del principio de lesividad, la creación de delitos y el establecimiento de penas o medidas de seguridad solo tienen lugar cuando se lesionan o ponen en peligro bienes jurídico-penales; asimismo, por imperio del principio de proporcionalidad, las penas y las medidas de seguridad deben guardar relación cualitativa con la gravedad del delito cometido y con los fines preventivos y resocializadores que aquellas persiguen; finalmente, en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, la imposición de pena al sujeto activo (autor o partícipe) de un delito requiere que este actúe de manera culpable y que concurren necesidades preventivas.

9 Lo mismo ocurre con las instituciones normativas del Libro Primero. De manera ejemplificativa, las reglas de la tentativa, las reglas de la autoría y participación, etc., repercuten directamente en todas las instituciones punitivas que están reguladas en la Parte Especial del Código Penal y en otros cuerpos legislativos especiales. Es inimaginable pensar que pudiesen crearse delitos

(5) De esta manera, BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general. Op. Cit.*, p. 201.

(6) Ídem.

mediante leyes especiales en los que no tengan vigencia las instituciones de carácter general arriba expuestas. Así, por ejemplo, conforme a los presupuestos de punibilidad de la tentativa establecidos en el artículo 16 del Código Penal, no pueden criminalizarse las tentativas imprudentes mediante leyes especiales, ya que en el ordenamiento jurídico-penal común solo son punibles las tentativas dolosas. De igual forma, en virtud de las reglas de la participación que se encuentran consagradas en los artículos 24 y 25 del Código Penal, está prohibida la criminalización no solo de la participación imprudente, sino incluso de la participación dolosa cuando no existe autoría; y, es que, por un lado, de acuerdo con los presupuestos subjetivos de la participación criminal, la cooperación necesaria, la inducción y la complicidad son punibles solo cuando el interviniente actúa con dolo; y, por otro lado, está el impedimento legal (accesoriedad de la participación) de criminalizar la participación sin la existencia de autoría. El mismo *modus operandi* tienen las demás normas de carácter general que regula el Libro Primero del Código Penal (v. gr., la punibilidad solo de las conductas dolosas y excepcionalmente de los comportamientos culposos, el error de tipo, el error de prohibición, las causas de ausencia de comportamiento, las causas de atipicidad, las causas de justificación, las causas de inimputabilidad, etc.). Estas instituciones y todas las que aquí no se han mencionado —pero que están comprendidas en los primeros 105 artículos del Código Penal— son normas de carácter general y, por tanto, su ámbito y forma de aplicación se sujetan a lo establecido en el artículo X del cuerpo punitivo acotado.

Pero, como decíamos al inicio, también constituyen normas de carácter ¹⁰ general aquellas disposiciones que pese a estar ubicadas en la Parte Especial inciden directamente en la estructura de los tipos penales o en la punibilidad de los mismos. V. gr., el concepto de funcionario o servidor público regulado en el artículo 425 del Código Penal es una norma de naturaleza general, porque su contenido afecta a la estructura de todos los tipos penales en los que la configuración de la autoría requiere que el sujeto activo ostente la calidad de funcionario o servidor público. En efecto, el artículo 425 del Código Penal afecta a todos los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos —por ejemplo, peculado, cohecho, malversación, colusión, concusión, etc.—, ya que por exigencia del principio de legalidad la autoría de estos delitos no es accesible a cualquier ciudadano, sino únicamente a quienes poseen la cualidad del *intraneus*, esto es, únicamente por quienes están vinculados a deberes positivos especiales de crear un mundo positivo en beneficio de la correcta Administración Pública. Por su parte, entre las normas

generales que están ubicadas en el Libro Tercero se pueden citar a las condiciones objetivas de punibilidad, etc.

IV. Concepto de ley penal especial

- 11 Otras cuestiones tan importantes como las dos anteriores son las referidas al concepto o significado de ley penal especial y hecho punible. Es decir: ¿Qué se entiende por ley penal especial o leyes penales especiales? y ¿qué se entiende por hecho punible? La dilucidación de los significados que atañen a estas categorías es vital, en tanto permite determinar el ámbito de aplicación del artículo X del Código Penal. Y, es que, allí se establece que las normas generales consagradas por aquel cuerpo legislativo son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.
- 12 Sobre el significado de las leyes penales especiales, un sector de la doctrina peruana considera que son aquellas que no se encuentran incorporadas al Código Penal. Este criterio es seguido por GARCÍA CAVERO⁽⁷⁾, quien define a las leyes penales especiales como cuerpos legislativos que formalmente tipifican hechos punibles fuera del Código Penal. En nuestra opinión, por leyes penales especiales se debe entender a todos aquellos cuerpos normativos que en los extramuros formales del Código Penal prescriben ilícitos penales y establecen penas⁽⁸⁾. Expresado de otra manera, las leyes penales especiales son aquellas disposiciones legislativas que, pese a no formar parte de la estructura formal del Código Penal, sí forman parte del Derecho penal material correspondiente al Estado Constitucional de Derecho, debido a que sus preceptos –tal como sucede con las disposiciones del Código Penal– también regulan procesos comunicativos que emanan de los miembros pertenecientes a tal comunidad jurídico-política.
- 13 En ese sentido, serán leyes especiales, entres otras, las siguientes: la ley N° 28008, el Decreto Leg. N° 813, etc. Como se sabe, la Ley N° 28008 contempla las diversas figuras delictivas de los delitos aduaneros, entre los cuales podemos mencionar a las diversas modalidades del delito de contrabando (Arts. 1, 2 y 3), el delito de defraudación de rentas de aduanas y sus diversas modalidades (Arts. 4 y 5), el delito de receptación aduanera (Art. 6), etc. Por su parte, el D. Leg. 813 contiene los delitos tributarios, entre los que se

(7) GARCÍA CAVERO, P., “Aplicación supletoria de la Parte general a las leyes penales especiales”. *Op. Cit.* p. 259.

(8) QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., “Título Preliminar del Código Penal español”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 69.

encuentran las defraudaciones tributarias (Arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6), etc. Además de los cuerpos normativos citados y de otros semejantes, a nuestro juicio, constituyen leyes penales especiales el Código de Justicia Militar Policial y el Código de Niños y Adolescentes. En consecuencia, las normas generales del Código Penal se aplicarán a todos estos cuerpos normativos jurídico-penales.

V. Aplicación preponderante (¿o supletoria?) de las normas del Código Penal

Como ya hemos referido, el tema central del comentario al artículo X está ¹⁴ relacionado con la problemática de la aplicación de este precepto al ámbito de los hechos punibles que están regulados en leyes penales especiales. Así, en este punto queda por determinar cuál es el carácter de aplicación obligatoria que poseen las normas generales del Código Penal sobre los injustos penales que se encuentran previstos en leyes penales especiales. Dicho de forma más precisa, es momento de dilucidar si las normas generales consagradas en el Código Penal se van a aplicar siempre a los delitos que están regulados en leyes especiales o, por el contrario, solo rigen en ciertos casos.

Al respecto, la doctrina se encuentra dividida. A saber, un sector consi- ¹⁵ dera que las normas generales del Código Penal tienen aplicación obligatoria en todos los casos. Otro grupo sostiene que las disposiciones penales referidas no tienen aplicación obligatoria, sino únicamente supletoria. Un tercer segmento postula una concepción mixta: las normas generales del Código Penal tienen aplicación obligatoria y supletoria. Veamos brevemente cada uno de estos postulados.

Los partidarios del primer punto de vista refieren que el artículo X del ¹⁶ Título Preliminar del Código Penal consagra el criterio de unidad lógica del ordenamiento jurídico, según el cual, en los supuestos de incompatibilidad entre las normas generales del Código Penal y los injustos penales de las leyes especiales, siempre se impondrán las primeras sobre las segundas⁽⁹⁾. Ello significa que, según este parecer, las normas generales del Código Penal no solo se aplican a las leyes penales especiales cuando estas no contemplan una regulación específica de las disposiciones generales, sino incluso cuando, estando reguladas, tales disposiciones son incompatibles con las normas generales del Código Sustantivo⁽¹⁰⁾. Así, por ejemplo, las reglas de punición de la tentativa

(9) BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general. Op. Cit.*, pp. 201-202.

(10) Así, QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., "Título Preliminar del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 71. Estos autores argumentan que la vigencia de las disposiciones generales del Código

en los delitos aduaneros no serían las que se encuentran establecidas en el artículo 9 de la Ley N° 28008 (*Ley de los delitos aduaneros*), sino las que están consagradas en el artículo 16 del Código Penal. De esta manera, a los autores (y en consecuencia a los partícipes) de los delitos aduaneros que quedan en grado de tentativa no se les impondría la pena correspondiente al mínimo legal del tipo penal aduanero respectivo como lo dispone el artículo 9 de la Ley N° 28008, sino la pena que se encuentra establecida para el autor conforme lo dispone el artículo 16 del Código Penal. Como ya se dijo anteriormente, la aplicación del artículo 16 del Código Penal a la tentativa de los delitos aduaneros se debería a la preponderancia absoluta que tienen las normas generales del Código Penal sobre todas las normas de las leyes especiales.

- 17 A esta posición se le objeta que contraviene los criterios político-criminales que fundamentan la divergente regulación de las leyes penales especiales respecto de las reglas generales de imputación que contiene el Código Penal. Se argumenta que las divergencias entre las leyes penales especiales y las normas generales del Código Penal no siempre expresan una incompatibilidad axiológica, sino que muchas veces manifiestan razones político-criminales que están relacionadas con una especial naturaleza de las cosas⁽¹¹⁾. Este sería el caso de la tentativa de los delitos aduaneros, donde la pena tasada (imposición del mínimo legal) que elimina la discrecionalidad de los jueces no sería una manifestación de incompatibilidad axiológica con el artículo 16 del Código Penal, sino expresión de los especiales criterios político-criminales del legislador peruano que están orientados a combatir el lastre económico generado por el contrabando. En estas circunstancias, no sería conveniente aceptar la aplicación de las normas generales del Código Penal a todas las leyes penales especiales que poseen una regulación divergente⁽¹²⁾, sino solo a aquellas leyes penales especiales cuya divergencia legislativa contraviene las normas generales de imputación que poseen raigambre constitucional. En tal sentido, no sería posible aplicar el artículo 16 del Código Penal a la tentativa de los delitos aduaneros, ya que el artículo 9 de la Ley N° 28008 —en tanto no se fundamenta en la diferencia de las personas, sino en la naturaleza de las cosas— no infringiría el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Penal en el ámbito de las leyes penales especiales, incluso en aquellos ámbitos especiales donde se regulan cuestiones generales, se debe a que tales preceptos suponen un desarrollo o concreción de las reglas que contiene el Código Penal.

(11) GARCÍA CAVERO, P., "Aplicación supletoria de la Parte general a las leyes penales especiales". *Op. Cit.* p. 261.

(12) Ídem.

Por su parte, los defensores de la perspectiva supletoria sostienen que el artículo X no establece la preponderancia de las instituciones de índole general del Código Penal bajo cualquier circunstancia, sino solo en aquellas situaciones donde las leyes penales especiales no consagran una regulación específica sobre las reglas de carácter general. Es decir, según este parecer, la aplicación de las normas generales del Código Penal al ámbito de las leyes especiales tendría un carácter subsidiario, cuyas reglas son las siguientes: 1º) si las leyes especiales contemplan normas de carácter general, no será posible aplicar las normas generales del Código Penal pese a que aquellas (las pertenecientes a las leyes especiales) sean incompatibles con los principios e instituciones generales del Código Sustantivo; 2º) las disposiciones generales del Código Penal se aplicarán a las leyes penales especiales de forma subsidiaria, esto es, solo cuando no contemplen normas de tal naturaleza. *A contrario sensu*, el artículo X no tendrá aplicación inmediata, ni mediata. Siguiendo esta línea de análisis (preponderancia de las leyes especiales y subsidiariedad de las normas generales del Código Penal), el supuesto de la tentativa de los delitos aduaneros tiene una solución opuesta: en todos los delitos aduaneros en que no se produce la consumación, la pena aplicable a los autores y partícipes de dichos injustos será la que se encuentra establecida en el mínimo legal.

Esta concepción tampoco se encuentra exenta de observaciones. Se le critica que cobija el peligro de dejar a las leyes penales especiales sin control normativo alguno, ya que con la aplicación supletoria de las normas generales del Código Penal solo cuando las leyes penales especiales no contemplan disposiciones generales, podría llegarse al extremo de que las leyes penales especiales desconozcan todos los principios que fundamentan el Derecho penal democrático. Con razón, sostienen sus detractores que no sería difícil que en las leyes penales especiales se regulen preceptos de índole general contrarios a las normas generales que prescribe el Código Penal.

Por lo que concierne al tercer punto de vista, sus adeptos sostienen que el artículo X del Código Penal consagra, al mismo tiempo, una preponderancia y una supletoriedad de las normas generales del Código Penal respecto de la aplicación en el ámbito de las leyes penales especiales⁽¹³⁾. El carácter preponderante pertenecería a las normas generales que están reguladas en el Título Preliminar, mientras que el carácter supletorio correspondería a las normas generales que están previstas en el Libro Primero referido a la Parte General

(13) Ídem.

(desde el Art. 1 hasta el Art. 105) ⁽¹⁴⁾. De este modo, solo tendrían aplicación inmediata y preponderante —no podrán ser desconocidos— en las leyes penales especiales las reglas generales del Título Preliminar (v. gr., principio de legalidad, prohibición de analogía, principio de lesividad, principio de jurisdicción en la imposición de las penas, principio de garantía de ejecución de las penas, principio de responsabilidad penal, principio de proporcionalidad, fines de la pena y las medidas de seguridad, etc.). *A sensu contrario*, las demás normas generales (reglas de la autoría, reglas de la participación, tentativa, error, etc.) solo tendrían una aplicación supletoria, esto es, sí podrían ser dejadas de lado. Con ello, las normas generales del Código Penal distintas a las del título Preliminar solo podrán aplicarse a las leyes penales especiales cuando estas no se pronuncien sobre tales reglas de imputación ⁽¹⁵⁾.

- 21 Con esta concepción hay que coincidir que una de las funciones del artículo X del Código Penal es la de solucionar las diferentes lagunas que pueden producirse —y de hecho se producen— en el terreno de las leyes penales especiales. Esto significa que la vigencia de tal precepto no implica la invasión del Derecho penal común en las estructuras típicas particulares o específicas de la legislación penal especial, sino solo la incardinación de su contenido conforme a los fundamentos y estructuras generales de imputación que caracterizan al *ius puniendi* del Estado de Derecho. La razón es muy simple: el ordenamiento jurídico-penal al reconocer y validar la existencia de los hechos punibles previstos en leyes especiales reconoce también la estructura específica de cada uno de los delitos que allí se tipifican. Ahora bien, lo referido tampoco supone que en las leyes penales especiales las normas generales del Código Penal sufren una flexibilización o relativización. Dicho de otro modo, la no intromisión del Derecho penal común en las estructuras de los tipos penales previstos en leyes penales especiales no significa que estas (sus reglas generales y sus figuras delictivas) pueden formularse en contra de los principios y las normas generales prescritas en el Código Penal. Y es que es evidente que cuando el legislador de 1991 —en tributo a lo que, sobre el particular, ha dispuesto la Constitución de 1979— se planteó la necesidad de estructurar el contenido del Código Penal en función de principios y reglas generales, también quiso sujetar la legislación penal especial tanto a las instituciones del Título Preliminar como a todas las categorías de carácter general ⁽¹⁶⁾.

(14) *Ibidem*, pp. 261-262.

(15) *Ibidem*, p. 262.

(16) *Vide* “Exposición de Motivos” del Código Penal de 1991.

De lo expuesto, ya puede inferirse que disentimos con la tesis mixta. Solo expondremos dos razones que respaldan nuestras discrepancias con tal perspectiva y, al mismo tiempo, fundamentan nuestro punto de vista sobre la aplicación de las normas generales del Código Penal a las leyes penales especiales.

En primer lugar, hay que indicar que la aplicación vinculante del artículo X a las leyes penales especiales no se restringe, como sostienen los defensores de la teoría mixta, solo a los principios que están regulados en el Título Preliminar. En nuestra perspectiva, la observancia obligatoria de las normas generales del Código Penal es respecto de todas las instituciones que poseen tal naturaleza, esto es, tanto de los principios que se encuentran consagrados en el Título Preliminar como de las categorías generales que están ubicadas en los libros Primero, Segundo y Tercero del Código Penal. Ello se debe a que el artículo X del Código Penal peruano, a diferencia de lo que sucede con el Código Penal español (donde, en forma expresa, se establece que solo las normas generales del Título Preliminar tienen aplicación preponderante en el fuero de las leyes penales especiales), refiere que *todas las normas generales del Código Penal son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales*. Como puede verse, el artículo X no hace referencia alguna sobre el carácter supletorio de las normas generales que se encuentran fuera del Título Preliminar; por el contrario, señala, de forma clara e indubitable, que también ellas tienen aplicación vinculante en la legislación penal especial. Así las cosas, cabe inferir que la concepción mixta solo es compatible con el artículo IX del Código Penal español, pero no con el Código Penal peruano (es una interpretación *contra legem*).

En segundo lugar, consideramos que los postulados de la perspectiva mixta generan inseguridad jurídica e incoherencia —esto le alcanza a la concepción supletoria— en el ordenamiento jurídico-penal. *A sensu contrario*, participamos de la idea de que solo la aplicación obligatoria de todas las normas generales del Código Penal a los hechos punibles contenidos en leyes especiales dota de seguridad y coherencia al *ius puniendi*. En efecto, una aplicación de las reglas generales del Código Penal como la aquí defendida —y que es refrendada en el artículo X— evita que las leyes penales especiales puedan campear, en ocasiones, por terrenos en los que es preciso el auxilio de las normas matrices. Con ello, se logra que las imputaciones penales tipificadas en legislaciones especiales también gocen de las garantías previstas para los hechos punibles del Derecho penal común. Por otro lado, la orientación constitucional que reviste toda legislación penal de un Estado de Derecho obliga a que la legislación penal especial, como cualquier otro artículo del Código Penal común, ceda si

se ponen en entredicho las normas generales del Código Penal. En estas circunstancias, ninguna norma que forma parte del ordenamiento jurídico-penal, por muy especial que sea, puede escapar a las exigencias de los principios que fundamentan el Derecho penal y de las reglas generales de imputación que rigen en el hecho punible, ya que la vigencia y aplicación obligatoria de tales instituciones no admiten excepciones.

VI. Bibliografía

- ²⁵ BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*. Facultad de Derecho Unifé, Departamento de Ciencias Jurídicas, Lima, 2004; CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*. Trivium, Madrid, 1997; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, artículos I al 18. Edersa, Madrid, 1999; GARCÍA CAVERO, Percy, “Aplicación supletoria de la Parte general a las leyes penales especiales”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (coordinador), *Código Penal comentado*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, “Título Preliminar del Código Penal español”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996.

LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

TÍTULO I
DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I
APLICACIÓN ESPACIAL

§ 1

Principio de territorialidad

DAVID ROSALES ARTICA
 Universidad Nacional Mayor de San Marcos
 (Perú)

Sumario			
	Nm	P	
I. Introducción	1	275	
II. El principio de territorialidad y el Derecho penal....	11	278	
1. El principio de territorialidad como principio general y la soberanía estatal.....	16	280	
2. El territorio a efectos jurídico-penales	33	285	
2.1. Composición	39	287	
2.1.1. El espacio terrestre.....	40	287	
2.1.2. El espacio marítimo.....	41	287	
2.1.3. El espacio aéreo	45	288	
2.1.4. <i>Excursus</i> : locales de las entidades consulares	47	289	
3. El lugar de comisión del delito	52	291	
III. El principio del pabellón o derecho de bandera	53	292	
IV. Bibliografía.....	63	294	

§ 1.- Principio de territorialidad

“La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

- 1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,*
- 2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía”.*

I. Introducción

La Parte Especial de los Códigos Penales describe comportamientos a castigar con una pena, pero sin hacer referencia alguna al lugar del hecho, a la nacionalidad del autor o del afectado ni tampoco a la pertenencia del bien jurídico lesionado. En principio, se puede sostener, de forma general, que la persona que mata, roba, estafa, hurta, viola, lesiona, etc. a otro en un determinado país, será procesado y sancionado conforme a las leyes de aquel. El elemento vinculante o legitimador, se encuentra en torno a la idea de *soberanía* que cada país posee para sancionar conforme a sus leyes penales todos los ilícitos cometidos dentro de su territorio.

- 2 No se debe obviar que un país no solamente existe, sino que también coexiste con otros Estados frente a los cuales ejerce derechos y está obligado por múltiples deberes. Como en su momento lo expresara BOBBIO: “Ningún Estado está solo. Todo Estado existe al lado de otros estados en una sociedad de estados (...) Toda forma de convivencia, incluso aquella sin leyes del estado de naturaleza, implica límites en la conducta de cada uno de los convivientes (...)”⁽¹⁾. La coexistencia interestatal exige que cada país en ejercicio de su soberanía se organice libremente, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites que le marcan sus fronteras. En contrapartida de tal facultad, cada país debe evitar irrogarse ámbitos de competencia de otro Estado, pues ello significaría un grave atentado contra su soberanía. El establecimiento y el respeto mutuo de las fronteras entre los países, tiene como consecuencia que sea necesario delimitar también cuál es el ámbito de vigencia y validez espacial de los ordenamientos jurídicos (penal, civil, constitucional, laboral, etc.) de cada uno de ellos. Por tal razón, lo que se pretende al abordar el tema de la aplicación espacial de la ley penal, es precisar cuál es el Estado competente para poder procesar y juzgar un hecho delictivo, tomando en consideración elementos como el lugar de realización, la nacionalidad de los agentes que intervienen o los bienes jurídicos lesionados, entre otros.
- 3 Ahora bien, son las reglas del Derecho penal internacional⁽²⁾, las que se van a encargar de establecer los límites entre los cuales se va a extender el poder punitivo⁽³⁾ de cada uno de los Estados; ello, desde luego, no significa que también vaya a establecer las fronteras del poder punitivo nacional, pues

(1) BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y sociedad*, p. 139.

(2) Acerca de las reglas del Derecho penal internacional, en doctrina se reconoce que se trata de normas destinadas a resolver los conflictos que se puedan producir con ocasión de la aplicación espacial de las leyes penales de los diversos Estados, esto es, contiene normas para la aplicación del poder punitivo propio a extranjeros, y a hechos cometidos fuera de un Estado.

Por otro lado, es necesario precisar acerca de la naturaleza de estas normas, que la doctrina mayoritaria se decanta por sostener que (no obstante lo confuso que pueda resultar la denominación) pertenecen al Derecho interno y no al internacional en tanto, en esta última de lo que se trataría es de la legislación penal de carácter internacional que emana de la comunidad internacional, v. gr., el Estatuto de Roma. En definitiva, se trataría del denominado Derecho Internacional Penal. Cfr., MANTOVANI, F., “Sobre los principios generales del Derecho Internacional Penal”. En: *Cuadernos de Política criminal* N° 84, pp. 81-98; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, pp. 160-161; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 176; también ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 331-332; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo 1, p. 173 párrafo 1; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*, p. 112; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general* 1, p. 258.

(3) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 174, quienes precisan que el “poder punitivo propio significa legitimidad penal en el sentido de que el Estado tiene competencia para intervenir penalmente, en relación con una acción determinada, tanto frente al autor como frente a otros Estados”.

esto es algo que le compete a cada uno de los Estados como materialización del ejercicio pleno de su soberanía⁽⁴⁾. En este marco, lo que el Derecho penal internacional plantea es la prohibición de que ningún Estado se atribuya potestad punitiva alguna para perseguir y sancionar hechos que no tengan relación con sus legítimos intereses. Se trata en lo posible de evitar una contrariedad con el denominado *principio de no intervención*, según el cual “la primera y más importante restricción que el Derecho internacional impone a un Estado es la exclusión del ejercicio de su poder en el territorio de *otro Estado*”⁽⁵⁾.

A partir de ello, es posible sostener que el ejercicio del poder punitivo por parte de un Estado, en particular el peruano, se puede efectivizar en dos campos: el principio de territorialidad⁽⁶⁾ y los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal. En lo que concierne al Perú, dichos criterios se encuentran regulados en los artículos 1, 2 y 3 de nuestro Código Penal (en adelante CP) de 1991. En ambos casos, el requisito indispensable para legitimar la intervención penal es la concurrencia de los denominados: *principios del Derecho penal internacional*, que tienen como base la presencia de unos determinados puntos de conexión o vinculación como son: el lugar de realización del delito, la nacionalidad del delincuente, la protección de bienes jurídicos nacionales o la defensa de intereses comunes.

En las siguientes líneas, vamos a analizar, específicamente, el tema de la vigencia espacial de la ley penal peruana en relación con el mantenimiento del orden público estatal interior, esto es, el principio de territorialidad. Este principio, en tanto constituye la regla general, se encuentra recogido en el artículo 1 del CP, el cual expresamente señala lo siguiente:

-
- (4) Cfr. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. Tomo I, p. 83 párrafo 3; este autor expresa que “básicamente es el ordenamiento jurídico del Estado particular el que decide de modo soberano sobre su ámbito de aplicación. Solo que deben ser respetadas, como siempre, las reglas generales del Derecho de Gentes”.
- (5) Cfr. AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”. En: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, p. 79; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 133, párrafo 5, este autor sostiene que: “Hoy reina unanimidad —ya en virtud del principio de no intromisión, de Derecho internacional— sobre la idea de que ningún Estado está llamado a ocuparse de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión legitimador. Si un Estado reivindica una pretensión sin legitimación, el conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional hay que resolverlo conforme a principios generales”.
- (6) Ello se debe, como ha precisado LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 202, a que “el *ius puniendi* es una manifestación clarísima de la soberanía de cada Estado, que por eso se aplica en el territorio del mismo”.

Artículo 1.- Principio de territorialidad

La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

II. El principio de territorialidad y el Derecho penal

El principio de territorialidad encuentra su fundamento político con el desarrollo de la idea de soberanía estatal, incluso el Derecho internacional lo reconoce como expresión de aquella. Ya en 1885, el profesor alemán KARL BINDING restringió el ámbito del *ius puniendi* a la decisión soberana de cada Estado, de manera que resultaba inadmisibles la intromisión en los asuntos de aquel por parte de otra nación. El quebrantamiento de dicha regla implicaba que se lesione la soberanía estatal⁽⁷⁾.

Para la doctrina del Derecho moderno, la soberanía estatal como fundamento político del principio de territorialidad tiende a estar relacionada con el suceso histórico desarrollado entre 1789 y 1799 denominado la Revolución Francesa⁽⁸⁾, cuya idea principal era que el soberano es el pueblo, y este emerge del pacto social, y como cuerpo decreta la voluntad general manifestada en la ley. De esta manera, al tomar al cuerpo civil como un cuerpo político organizado

(7) Cfr. AMBOS, K., "Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial". *Op. Cit.*, p. 79.

(8) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 242 párrafo 612, este autor señala que "El florecimiento del nacionalismo y del Imperio, durante el periodo de la Revolución Francesa, determinó la consagración en la legislación de Europa continental del principio territorial, como la regla fundamental para la determinación del dominio de aplicación de la ley penal. Fue preconizado por diversos filósofos de la Ilustración, en especial por Montesquieu y Rousseau. La regulación del principio de territorialidad se inicia en la legislación francesa y, luego, se difunde en el derecho de los demás países, mediante la afirmación intransigente de que la justicia penal es territorial".

También, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 69; ha precisado que a partir de la época de la Revolución Francesa "el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que solo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el 'imperio de la ley'".

con vida propia y necesidades comunes, se desgaja al individuo de la capacidad individual de decisión y se la entrega al cuerpo nacional⁽⁹⁾.

Parte de esta soberanía nacional se refleja en el ejercicio del *ius puniendi* 13 del Estado, entendido como capacidad para crear y perseguir delitos dentro de su propio territorio. Así, en líneas generales, podemos señalar que en la configuración de una relación entre soberanía, potestad punitiva y territorio, lo determinante para establecer el punto de partida que nos permita constituir la competencia será precisamente el territorial. Por consiguiente, podemos llegar a concluir que el principio de territorialidad en materia penal deriva de la independencia y soberanía estatal.

Ahora bien, la idea de soberanía estatal implica que el Estado es la auto- 14 ridad suprema del poder público y tiene la misión de dirigir la voluntad de una nación. Ello implica que en la aplicación de su autoridad, el Estado debe actuar de manera independiente frente a cualquier influjo externo o superior. Asimismo, el ejercicio de la soberanía generalmente va relacionado con la jurisdicción, la cual presupone la facultad de mandar y de usar la coacción y la coerción cuando así lo requiera la solución de los conflictos sociales. Este monopolio de la fuerza lo ejerce el Estado sobre su ámbito de dominio, el mismo que se extiende, básicamente, a su territorio⁽¹⁰⁾. Respecto de este último punto, es necesario precisar que conforme lo señala BOBBIO: “la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir los mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios en la mayor parte de los casos en los que se requiere la obediencia; cualesquiera que sean las decisiones”⁽¹¹⁾.

Para, por un lado, poder emprender una acertada interpretación del tópico 15 de la vigencia espacial de la ley penal en relación con el principio de territorialidad, y, por otro, dotar a este de mayor operatividad, es necesario tomar en consideración tres aspectos: primero, la vinculación de aquel con el principio de soberanía estatal (*infra* II.1); segundo, establecer tanto el contenido como los límites del territorio nacional, pues únicamente determinándolo de forma clara se podrá establecer el alcance de la territorialidad (*infra* II.2), y, tercero, la imprescindible búsqueda por el criterio idóneo para determinar el lugar de

(9) Esta idea se encuentra consagrada expresamente en el artículo 45 de la Constitución Política del Perú de 1993: “El poder del Estado emana del pueblo (...)”.

(10) Cfr. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. Op. Cit., p. 83 párrafo 3.

(11) BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y sociedad*. Op. Cit., pp. 129-130.

comisión de un hecho delictivo (*infra* II.3). A continuación, vamos a precisar estos aspectos del principio de territorialidad.

1. El principio de territorialidad como principio general y la soberanía estatal

16 El Derecho penal puede ser contemplado desde dos perspectivas: una objetiva y otra subjetiva. Si se atiende al conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico-penal se estará aludiendo al Derecho penal objetivo o *ius poenale*. Por otra parte, cuando se hace mención al Derecho penal subjetivo, se hace referencia al poder de los Estados para perseguir y sancionar delitos dentro de los límites de su territorio. Se trata de una facultad que ha encontrado legitimación a partir del empleo del *ius puniendi estatal*, como medio que pretende asegurar una convivencia pacífica y organizada entre los ciudadanos. El contenido del lado subjetivo del Derecho penal está relacionado con la toma en consideración de la persona que dicta y hace cumplir las normas, con el análisis acerca del fundamento y legitimación de aquel poder, con su esencia, con las condiciones de su ejercicio y sus límites⁽¹²⁾. En este mismo sentido, expresa GARCÍA-PABLOS, que “solo el Estado puede ejercitar el *ius puniendi* (límite ‘subjetivo’); que el Estado se autolimita y solo ejerce su poder en el marco del ordenamiento jurídico (límite ‘objetivo’); y que el *ius puniendi* no se realiza directamente, sino a través del proceso (límite ‘funcional’), es doctrina que goza hoy de amplio consenso”⁽¹³⁾.

17 Conocida la magnitud del *ius puniendi* en sí y con relación a su trato con los ciudadanos, es preciso ponerle ciertas limitaciones a su ejercicio⁽¹⁴⁾. Dichos límites se plasman en garantías (exigencias) otorgadas en favor de las personas ante un potencial abuso del poder estatal, como sucede por ejemplo en los Estados totalitarios en los que se niegan los derechos y las libertades fundamentales reconocidas a favor de los ciudadanos. Ello no sucede en un Estado social y democrático de Derecho como el peruano⁽¹⁵⁾, en el cual, el poder

(12) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, p. 302.

(13) *Ibidem*, p. 304.

(14) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, p. 310; quien señala que “Las limitaciones al *ius puniendi* del Estado controlan su ejercicio y previenen del posible abuso del mismo. Su reconocimiento y observancia resulta de trascendental relevancia para el correcto desarrollo de las funciones que en la regulación de la vida social incumbe asumir al Derecho penal. Precisamente, debido a la importancia básica de tales criterios, determinados principales limitadores del *ius puniendi* quedan plasmados en la propia Constitución, razón por la cual suelen ser denominados, con mayor o menor propiedad, ‘principios constitucionales del Derecho penal’”.

(15) La Constitución Política del Perú de 1993 consagra en su artículo 43 que: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...)”.

estatal (en particular el punitivo) deberá someterse a determinadas barreras que proyecta la vigencia de un *Estado de Derecho*, en el que se plantea un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo cual implica la presencia de límites derivados del *principio de legalidad*. En este punto, es preciso señalar que del mismo modo como ocurre en el campo de la aplicación temporal de las normas de Derecho penal, en el cual se reconoce la vigencia general del principio *tempus regit actum* con la intención de asegurar un estándar adecuado de seguridad jurídica en favor de los ciudadanos, también en el campo de la aplicación espacial de las normas penales —o mejor dicho del espacio sobre el cual un Estado ejerce soberanía teniendo la facultad de procesar y sancionar delitos con arreglo a sus propias leyes con exclusión de las leyes de otros Estados— se postula el respeto por el principio de legalidad como garantía a una intervención punitiva abusiva⁽¹⁶⁾.

Pero las limitaciones propias de un Estado de Derecho no son las únicas 18 que enfrenta todo poder punitivo estatal. Este deberá allanarse frente a la idea del Estado social, el cual ayuda a legitimar la función de prevención (punitiva) en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Por último, el poder estatal deberá observar la referencia a la concepción del Estado democrático, que obliga a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano⁽¹⁷⁾, lo cual puede verse en la aparición de determinados límites asociados al respeto de principios como el de igualdad, pero también al respeto de la dignidad humana, la misma que, a decir de nuestro ordenamiento constitucional, es el fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1 de la Constitución Política del Perú). Por consiguiente, todo lo dicho se enmarca en el reconocimiento de que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, aquellas no son las únicas limitaciones que se le imponen al 19 *ius puniendi* estatal al momento de su intervención para la solución de algún conflicto social. Si el Derecho penal no se puede aplicar de cualquier manera en perjuicio de los ciudadanos, tampoco puede ejercerse en cualquier lugar. De esta manera, el poder de perseguir y sancionar delitos por parte de un Estado también se ve limitado en cuanto al espacio en el cual puede aplicarse; pues como se ha señalado previamente, el Derecho penal de cada país coexiste con las legislaciones penales de los demás países, y ello determina

(16) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 183.

(17) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 104, párrafo 3.

(18) Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I, p. 137, §5 párrafo 1.

—incluso por razones de seguridad jurídica— la necesidad de fijar unos límites al ámbito espacial de aplicación de este⁽¹⁹⁾. Por consiguiente, el punto de partida está constituido por el principio de territorialidad.

20 En este punto cabe hacer una precisión. Desde nuestra óptica, al tratar sobre el tema de la aplicación espacial de la ley penal y el principio de territorialidad, es preferible hacer referencia al espacio en el que un Estado puede ejercer su soberanía, en desmedro de una definición que tome en consideración, exclusivamente, el ámbito geográfico de un territorio; ya que —como veremos más adelante— una interpretación de las normas de aplicación espacial de la ley penal obedece a un concepto de territorio elaborado especialmente para su tratamiento jurídico-penal, distinto de la clásica definición política de territorio.

21 En líneas generales, los ordenamientos jurídico-penales de cada país contienen normas que regulan lo concerniente a la extensión territorial que reclaman para sí. Estas no reducen su objetivo simplemente a delimitar el espacio geográfico en el que el *ius puniendi* de un Estado tiene validez, sino que pretenden determinar —a efectos de establecer un concepto jurídico-penal del territorio— las áreas de los hechos y autores que deban quedar bajo su imperio. Para ello, se sirve de determinados puntos de conexión (conocidos por la doctrina como *principios del Derecho penal internacional*), los cuales tienen una estricta relación con: el mantenimiento del orden público estatal interior, la nacionalidad de los agentes en el delito, la protección de los bienes jurídicos nacionales o la solidaridad en la lucha contra el delito como defensa de intereses comunes de toda la humanidad⁽²⁰⁾. La concurrencia de todos o algunos de estos puntos, según sea el caso, va a legitimar la intervención punitiva estatal más allá de los límites de su territorio. Así, está recogido en el artículo 1 de nuestro CP, cuando se señala que:

22 § 1.- Principio de territorialidad

23 La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

24 Esta salvedad que se hace en el artículo 1 del CP ha de ser interpretada en referencia a los supuestos en los cuales otro país (u otros países), por medio de los principios de aplicación ultraterritorial, pretenden aplicar sus leyes para procesar y juzgar delitos cometidos en nuestro territorio. Por lo tanto, esta

(19) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 55 párrafo 40.

(20) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 177.

limitación formulada por el legislador penal nacional debe ser tomada desde una perspectiva de nuestro Estado como “elemento pasivo” en un conflicto por la aplicación espacial de las leyes penales con otro país.

El principio de territorialidad —como se puede deducir de lo expresado hasta el momento— es el primero y más importante de cara a la aplicación de la ley penal en el espacio⁽²¹⁾. Conforme a aquel, la ley penal de un Estado es aplicable a aquellos ilícitos que se hayan realizado dentro del espacio donde ejerce libremente su soberanía y con independencia de la nacionalidad de los sujetos involucrados en el delito. Ello, en tanto, por regla general, el poder punitivo y la jurisdicción penal coinciden, puesto que cada Estado aspira a hacer realidad el primero a través de sus propios tribunales⁽²²⁾. El fundamento jurídico del principio de territorialidad se halla entonces en el interés estatal en el mantenimiento del orden público dentro del territorio en que ejerce su soberanía⁽²³⁾; lo cual implica que todas las personas deben respetar la ley del país en que se encuentran. En virtud del principio de territorialidad, para que un Estado se sienta legitimado a perseguir, procesar y sancionar delitos, se precisa la concurrencia de un vínculo o punto de conexión⁽²⁴⁾ entre la situación de hecho y los legítimos intereses de protección jurídica. En este caso, dicho punto conector está configurado por el lugar donde se produce un hecho punible.

En lo que concierne a la regulación del principio de territorialidad en el artículo 1 de nuestro CP, hay que apuntar que en el contenido de aquella se puede observar la presencia de dos manifestaciones o dos caras de la

(21) De acuerdo con esta idea, los demás principios como el de personalidad, el real o de protección y el universal, empleados en la determinación de la ley penal aplicable a un caso concreto, tienen un carácter subsidiario, supletorio o, si se prefiere, complementario al principio de territorialidad. Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 163; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 73, pp. 37-38.

Para AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”. *Op. Cit.*, p. 85; no es generalmente reconocida la validez del principio de proporcionalidad como criterio absoluto ni tampoco se le puede identificar plenamente con la soberanía estatal, pues es un dato cierto que todas las legislaciones pretenden extender su ámbito de validez a conductas punibles perpetradas fuera de su territorio, existiendo diferentes modalidades de quebrantar este principio atendiendo no al territorio como criterio vinculante sino a la nacionalidad del agente o a la defensa de intereses comunes.

(22) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 176.

(23) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 55 párrafo 42; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 187, párrafo 378.

(24) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 178, quienes mencionan la existencia de un “punto de conexión razonable” que vincule a los hechos con las funciones de ordenación del propio poder punitivo.

soberanía⁽²⁵⁾: una es de carácter *positiva*, y hace referencia a que se trata de un precepto legal que determina el alcance territorial de las normas penales. El Estado peruano es competente para sancionar con arreglo a las leyes propias los hechos cometidos dentro de su territorio –vigencia del aforismo *locus regit actum*– independientemente de la nacionalidad de quien los haya cometido o de la nacionalidad de la víctima. En definitiva, se trata del establecimiento de una garantía a favor del ciudadano frente a una intervención estatal arbitraria; convirtiéndolo en un principio que reclama vigencia en todo Estado social y democrático de Derecho como lo es el Perú. Por su parte, la segunda manifestación es de corte *negativo*, y alude a que las leyes de un Estado no pueden aplicarse a hechos realizados más allá de sus fronteras. Ello implica el reconocimiento de la soberanía (territorial) de los Estados extranjeros. Sin embargo, esta regla contiene excepciones, y son las recogidas en el artículo 2 del ordenamiento jurídico-penal peruano; es decir, los denominados criterios para una aplicación extraterritorial de la ley penal.

27 A pesar de lo señalado hasta este punto, es necesario precisar que no siempre el principio de territorialidad tuvo una vigencia absoluta y ajena a excepciones. Es preciso recordar que en el Derecho antiguo, la importancia de este principio se encontraba limitada por la nacionalidad extranjera de los agresores, en cuyo caso el Derecho nacional no podía actuar contra aquellos por los delitos cometidos al interior del país, en virtud de que se encontraban amparados por el principio de personalidad. Sin embargo, a medida que la validez de este principio decayó, disminuyó también la limitación al principio de territorialidad.

28 Por otro lado, en lo que concierne a las consecuencias que trae consigo la consideración del principio de territorialidad como criterio básico de la aplicación espacial de la ley penal, podemos destacar las siguientes razones prácticas:

29 i) Este principio recoge el interés del Estado en el mantenimiento del orden público dentro del territorio en el que ejerce su soberanía. Se trata de una reafirmación de la soberanía estatal; pues si tomamos en consideración que uno de los atributos del Estado soberano es su propia esencia territorial, lo más

(25) En el mismo sentido, BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y sociedad*. Op. Cit., pp. 139-140, cuando señala que la soberanía se encuentra con dos tipos de límites: “los que derivan de las relaciones entre gobernantes y gobernados, y son los límites internos y los que derivan de las relaciones entre los Estados, y son los límites externos”.

coherente desde tal perspectiva, de cara al efectivo ejercicio del *ius puniendi* estatal, es que aquel aplique su Derecho penal dentro de sus fronteras⁽²⁶⁾.

ii) Por razones procesales, se reconoce la vigencia directa del principio de territorialidad, en tanto, los medios probatorios de un delito son más fáciles de producir en el mismo lugar del hecho cometido, en virtud de los principios de inmediación y de la correcta disposición y valoración de las pruebas⁽²⁷⁾.

iii) En relación con los fines de la pena, desde el punto de vista de la prevención general y la reafirmación del ordenamiento jurídico, es conveniente que el hecho sea juzgado y las penas aplicadas en el país en que se cometió el delito.

A pesar de lo señalado hasta este punto, es necesario delimitar algunos conceptos importantes para precisar el ámbito de eficacia del Derecho penal de un Estado. Uno de ellos está relacionado con la determinación de lo que se ha de entender por territorio a efectos jurídico-penales.

2. El territorio a efectos jurídico-penales

Cuando se está ante la presencia de un suceso delictivo, lo primero en lo que se tiene que reparar –por regla general– es en el lugar en el cual se desarrolló aquel. De esta manera, para establecer a cuál jurisdicción le compete su procesamiento y juzgamiento, el análisis ha de partir por responder a la pregunta acerca de ¿dónde sucedieron los hechos? La respuesta derivará necesariamente en que el lugar donde ocurrió el hecho ilícito pertenece al territorio de un determinado Estado, v. gr., en el supuesto en el cual conjuntamente un sujeto de nacionalidad china y un brasileño cometen un delito de violación sexual en contra de una ciudadana canadiense en la ciudad de Cajamarca; quedará establecido que al ser este último parte del territorio del Estado peruano, el hecho criminal será procesado conforme a las leyes peruanas. Esta idea, sencilla en su formulación, se encuentra consagrada en el artículo 1 del CP de 1991. Ahora bien, si lo determinante –como regla general– al momento de establecer la nacionalidad de la ley penal aplicable a un hecho delictivo concreto, es establecer en el territorio de qué país se cometió el delito; resulta imprescindible indagar por el contenido de la idea de territorio (lo cual implica

(26) Cfr. BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 38.

(27) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 179; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 159; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187, párrafo 378; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general 1. Op. Cit.*, p. 240.

el conocimiento de las fronteras dentro de las que un Estado ejerce su soberanía) y su tratamiento en el campo jurídico-penal.

34 De entrada tenemos que precisar que cuando se hace mención al término territorio, se está aludiendo al substrato material, espacio o área física sobre el cual un Estado ejerce su hegemonía. Atendiendo específicamente a lo que sucede en nuestro país, podemos sostener (inicialmente) que el territorio peruano a efectos jurídico-penales coincide con el territorio político o el ámbito espacial donde se ejerce nuestra soberanía. En este sentido, la Constitución Política de 1993 aporta las bases para la determinación del territorio político-jurídico sobre el que extiende su soberanía el Perú, cuando en su artículo 54 establece que:

35 “El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre”.

36 A pesar de lo claro que resulta la definición política sobre el territorio que nos ofrece nuestra Constitución, es necesario precisar que los espacios que en aquella se señalan no logran cubrir a plenitud lo que a efectos jurídico-penales cabe calificar como territorio, pues conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 1 de nuestro CP (y tal como se desarrollará más adelante cuando se trate acerca del principio del pabellón) de manera ficticia y a efectos del ejercicio de la soberanía (en particular de jurisdicción penal), se entenderá también como parte del territorio peruano a las naves y aeronaves nacionales públicas *en donde se encuentren*, así como a las naves o aeronaves nacionales públicas *que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía*.

37 Lo expresado en el párrafo anterior se enmarca dentro de la propuesta doctrinal⁽²⁸⁾, según la cual, para efectos jurídico-penales es preferible adoptar una definición *funcional* de territorio, la misma que pueda ser compatible con los fines que se persigue al regular el tópico del ámbito de vigencia de la ley penal de un país. En este sentido, se afirma que la adopción de un concepto de territorio afín a lo estipulado en la Constitución o en el Derecho internacional, no resulta practicable para la aplicabilidad del Derecho penal; en cambio, un concepto funcional sí se conecta al real funcionamiento de la potestad penal.

(28) Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p 138, párrafo 15; para este autor con un concepto funcional de territorio se alude a un concepto funcional para el Derecho penal que no prejuzgaría el concepto de territorio a efectos del Derecho público y del Derecho internacional. En el mismo sentido, también, MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 177-178, párrafo 13.

De esta manera, al pretender establecer una definición de territorio, es necesario diferenciar el concepto físico y político del jurídico-penal. En este último sentido, el territorio se ha de entender como todo aquel ámbito donde un Estado, el Perú por ejemplo, puede ejercer soberanía y aplicar su ordenamiento jurídico⁽²⁹⁾; el espacio terrestre, el marítimo y el aéreo (territorio en sentido geográfico); y para los mismos efectos, los barcos y aeronaves públicas o del Estado, pues, conforme a las reglas del Derecho internacional, aquellas representan el territorio flotante de un país⁽³⁰⁾.

2.1 Composición

Tanto una definición política como una jurídico-penal del territorio comparten inicialmente la idea de que este se encuentra compuesto por tres espacios de diversa naturaleza, cuya unión integra el cuerpo territorial de un país. Para el caso peruano, concretamente son los siguientes: a) el espacio terrestre, b) el espacio marítimo y, c) el espacio aéreo.

2.1.1. El espacio terrestre

Alude a la extensión de tierra firme que se encuentra comprendida dentro de las fronteras de un Estado. En consecuencia, todo lo que se encuentre ubicado al interior de aquellas pertenece al territorio de un país, y este puede ejercer sobre ellos su hegemonía. Para el caso peruano, conforme lo señala el artículo 54 de la Constitución Política de 1993, el espacio terrestre del Perú está conformado por el suelo y el subsuelo.

2.1.2. El espacio marítimo

El espacio marítimo es otro de los componentes del territorio nacional a efectos político-jurídicos, y en consecuencia, también jurídico-penales. Así, el espacio marítimo nacional o mar territorial puede ser definido como aquella porción marítima adyacente a las costas del Estado y a la que también extiende su soberanía. Conforme a lo establecido en el artículo 54 de nuestra Carta Magna:

(29) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 165.

(30) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Op. Cit.*, p. 240.

42 “El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley”⁽³¹⁾.

43 En este punto, cabe hacer mención que la extensión del mar territorial peruano recogida en nuestra Constitución no coincide con la propuesta planteada por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; y así lo demuestra el hecho de que nuestro país no ha suscrito dicho documento. En el artículo 3 de este documento jurídico de Derecho internacional se establece que: “Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención”.

44 En el Perú, la defensa de las 200 millas fue establecida legalmente el 1 de agosto de 1947 mediante el Decreto Supremo N° 781⁽³²⁾. Según dicho dispositivo legal, nuestro país fijó una zona de control y protección de las riquezas nacionales en el mar adyacente a sus costas e islas con una extensión de 200 millas. Posteriormente, la Constitución peruana de 1979 establecía expresamente en su artículo 98 que: “El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República”.

2.1.3. El espacio aéreo

45 También forma parte del territorio nacional el espacio atmosférico situado sobre la extensión del territorio nacional y el mar territorial. Así lo precisa nuestra Constitución en su artículo 54:

46 “El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas”⁽³³⁾.

(31) Ver también la Ley N° 28621, Ley de líneas de base del dominio marítimo del Perú, del 4 de noviembre de 2005.

(32) En el contenido de este Decreto fueron invocadas motivaciones de índole económica, social y de medio ambiente, además mencionaba que la declaración en ella inserta no vulneraba el derecho a la libre navegación de naves de todas las naciones. Con la dación de dicho Decreto Supremo, nuestro país al igual que otros países, inició la defensa de la denominada “tesis de las 200 millas”. Cfr. MONTOTOYÁ CHÁVEZ, V., “El territorio nacional”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, p. 751.

(33) Ver también la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil, del 10 de mayo de 2000. Esta Ley en su artículo 3 precisa que: “El Estado peruano ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio

2.1.4. *Excursus*: locales de las entidades consulares

En contraste a lo señalado líneas atrás, por lo general, se ha mantenido ⁴⁷ la concepción según la cual, las edificaciones que pertenecen a las embajadas, sedes diplomáticas y consulares no forman parte del territorio en el cual se encuentran ubicadas, v. gr., según dicho planteamiento, el local de la embajada alemana ubicado en la ciudad de Lima no pertenece al territorio peruano, sino al alemán. Esta idea implicaba que dichos edificios se encontraban y mantenían al margen de la soberanía del territorio en el cual se hallaban situadas, perteneciendo en consecuencia –aunque de manera ficticia– al territorio del país titular de la sede diplomática o consular⁽³⁴⁾.

Sin embargo, con el desarrollo del Derecho diplomático se fue asentando ⁴⁸ la idea de que los edificios de las embajadas y representaciones diplomáticas o consulares extranjeras forman parte del territorio del país donde se encuentran y no de la nación a la que representan⁽³⁵⁾. El Estado en cuyo territorio se encuentra una embajada, por ejemplo el Perú respecto del local de la embajada alemana, solamente reconoce un estatus especial privilegiado, el mismo que no está pensado en favor de las personas, sino de las necesidades funcionales de las misiones extranjeras. De esta manera, si al interior de la embajada canadiense ubicada en el territorio peruano, el embajador al no haber podido violar sexualmente a su secretaria le ha ocasionado la muerte, este delito deberá ser procesado y sancionado de acuerdo con las leyes de nuestro país.

Tal conclusión obedece fundamentalmente a dos razones: en primer ⁴⁹ lugar, por indicación del principio de territorialidad la ley penal de un país se aplica a todos los hechos cometidos al interior de su territorio. Si posteriormente el Estado que acreditó al embajador solicita su extradición para su juzgamiento en su país, ello obedece a la aplicación de otros principios de

aéreo que cubre su territorio y mar adyacente, hasta el límite de las 200 (doscientas) millas, de conformidad con la Constitución Política del Perú”.

(34) Cfr. BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 42.

(35) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 203; este autor expresa que “la doc. mayor. (sic) ha abandonado la vieja concepción de la extraterritorialidad de tales edificios y su pertenencia al territorio del país representado, para considerar que lo único que existen son privilegios de carácter procesal”; también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general 1. Op. Cit.*, p. 241; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 250-251, párrafo 638. Un criterio, que para nosotros resulta discrepante y poco convincente es el que propone VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187, párrafo 381, quien siguiendo a PEÑA CABRERA sostiene que: “Con respecto a los edificios y los locales de representación diplomática o consular del Perú en el extranjero, sí se les incluyen como parte del territorio peruano, pero no los recintos diplomáticos extranjeros que se hallan dentro del territorio peruano”.

naturaleza secundaria como el de personalidad. En segundo término, en los supuestos de delitos cometidos por diplomáticos o funcionarios consulares despliega un rol esencial la consideración de si durante el desarrollo del comportamiento delictivo, aquellos se desenvolvían o no en ejercicio de sus funciones. Solamente si nos hallamos en el segundo supuesto, el principio de territorialidad podrá desplegar sus efectos. Ello es así porque se reconoce que en casos en los cuales un funcionario consular comete un delito actuando en cumplimiento de sus funciones, será de aplicación la ley del país cuya representación ostenta dicho agente. Conforme a la regulación penal de nuestro país, aquello se puede desprender de lo expresado en el artículo 1 del CP, en el cual se declara la no aplicación del principio de territorialidad a causa de *excepciones contenidas en el Derecho internacional*.

50 El fundamento del estatus reconocido a favor de los representantes diplomáticos es de corte funcional, y tiene un contenido mínimo de privilegios⁽³⁶⁾ entre los que resaltan aquellos de carácter procesal⁽³⁷⁾, *v. gr.* los jueces no pueden ordenar la entrada en residencia de la embajada sin autorización; y privilegios de carácter personal relativos a la inmunidad de jurisdicción y ejecución establecida por normas del Derecho internacional público⁽³⁸⁾. Como fuentes a partir de las que se pueden sustentar estos privilegios tenemos a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas del 18 de abril de 1961, en la que se optó por garantizar la inviolabilidad (empero no la soberanía) de la residencia particular de los representantes diplomáticos y de los locales de la misión, a través del requerimiento del consentimiento del jefe de la misión en orden a la entrada de los agentes del Estado receptor en tales sedes. Del mismo modo, la posterior Convención de Viena sobre relaciones consulares del 24 de abril de 1963 establece análogas garantías y exigencias en orden a la entrada en los locales consulares por parte de agentes del Estado receptor de la misión.

51 De esta manera, siguiendo con el ejemplo planteado, como el representante diplomático ha actuado fuera del ejercicio de sus funciones, se le procesará y juzgará conforme a las leyes peruanas.

(36) Cfr. BLANCO LOZANO, C., "Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español". *Op. Cit.*, p. 43 ss.

(37) Por lo general, se reconocen los siguientes privilegios e inmunidades: inviolabilidad de los locales de las embajadas (en caso de vulnerarlo se da lugar a una responsabilidad internacional del Estado receptor), inviolabilidad del personal diplomático, libertad de movimientos y comunicación, inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa. Además, en algunas oportunidades se suelen reconocer algunos privilegios secundarios o no esenciales como: la inmunidad fiscal de la misión, de los bienes o del personal, la exención de pago de tasas aduaneras, entre otros.

(38) En idéntico sentido, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.*, p. 160.

3. El lugar de comisión del delito

Cuando se pretende analizar el principio de territorialidad, la determi- 52
nación del lugar de realización del delito constituye un aspecto importante y
que, por lo tanto, merece ser tomado en consideración. En principio, no plan-
tea problema alguno el establecimiento del mismo, cuando la conducta típica
y el resultado típico de un delito se han llevado a cabo en un mismo territorio.
Sucede todo lo contrario, en aquellos supuestos en los cuales tanto el compor-
tamiento como el resultado típicos tienen lugar en territorios pertenecientes
a países distintos. Así sucede, por ejemplo, en los denominados *delitos a dis-
tancia* y los *delitos de tránsito*. En los primeros, nos encontramos ante supuestos
delictivos en los cuales la conducta delictiva ocurre en un país, mientras que
el resultado lesivo se produce en otro, v. gr., las emisiones contaminantes en
un delito ecológico se realizan desde un país pero acaban llegando y afectando
al territorio, costas, ríos, etc., de otro país. En los segundos, la acción delictiva
originada en un país se extiende por otros hasta materializarse finalmente en
un país distinto, v. gr., en un delito de tráfico ilícito de drogas: desde Boli-
via un sujeto hace el envío de un paquete conteniendo una alta cantidad de
droga hacia Colombia. En su recorrido hasta llegar a su destino, el paquete
pasa por territorio chileno, peruano y ecuatoriano. Sobre la base de estos tipos
de delitos y los grupos de casos reunidos bajo ellos, la doctrina penal ha esbo-
zado algunas soluciones como la *teoría de la acción*, la *teoría del resultado* y la
teoría de la ubicuidad. La primera otorga validez —como criterio determinante
del lugar del delito— al lugar donde el sujeto realiza la acción; mientras que la
segunda sostiene que es el resultado del criterio que puede informar sobre el
lugar del ilícito penal. Sin embargo, ambas posturas presentan ciertas falen-
cias, las cuales pueden generar espacios de impunidad. Por ejemplo, la doctrina
del resultado presenta limitaciones en los supuestos de tentativa, de conspira-
ción, provocación y proposición para delinquir, en delitos de mera actividad y
en los delitos de omisión (propios). Para dar solución a esta clase de inconve-
nientes en la aplicación de la ley penal en el espacio, se ha desarrollado doc-
trinalmente la teoría de la ubicuidad, por la cual tanto el lugar donde se lleva
a cabo la acción como donde se produce el resultado han de ser tomados en
cuenta para conocer dónde se cometió el delito, ya que “el Derecho penal ha
de conjugar tanto el desvalor de acto como de resultado y además que solo así
se evitan impunidades injustas”⁽³⁹⁾. Precisamente, esta última es la posición
que ha asumido el legislador peruano, regulando en el artículo 5 de nuestro
CP el denominado *principio de ubicuidad*: “El lugar de comisión de un delito

(39) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187.

es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”. La adopción de este principio fue precisamente una de las novedades que presentó en su promulgación nuestro CP de 1991, pues así se encuentra afirmado en la Exposición de Motivos del mismo. En consecuencia, en los casos de los delitos a distancia o de tránsito, cuando una parte de la acción o del resultado se ha llevado a cabo en nuestro territorio, la ley penal peruana podrá ser de aplicación para procesar y juzgar a los que hayan intervenido en dichos ilícitos.

III. El principio del pabellón o derecho de bandera

53 Conforme hemos expresado líneas atrás, la adopción de un concepto político de territorio no es suficiente en el campo jurídico-penal; principalmente cuando lo que pretendemos conocer es el ámbito de aplicación espacial de las leyes penales de un país. En la redacción del artículo 1 del CP que el legislador peruano ha propiciado, se sostiene que:

54 Artículo 1.- Principio de territorialidad

55 La Ley Penal peruana (...)

56 También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

57 1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,

58 2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

59 Ello quiere decir que la ley penal peruana se aplica no solo a los hechos punibles que se han cometido al interior del territorio (en este sentido, la coincidencia es clara con la definición política de aquel), sino también a hechos ocurridos en una serie de lugares que, de manera ficticia, son equiparados a la noción de territorio. Esto último debe ser entendido y encuadrado en una estrecha relación con el ejercicio de la soberanía estatal, específicamente con el conocimiento del espacio en el cual un país despliega su jurisdicción. Dichos lugares equiparados por el legislador peruano a la idea de territorio (y constituyen un complemento del principio de territorialidad) son lo que en doctrina se conoce como el *principio de bandera*, del *pabellón* o del *territorio flotante*. Según este, lo que se configura es una ampliación o extensión del ámbito de validez de las leyes penales de un país, lo cual implica (también) la extensión de la soberanía del Estado y de su *ius puniendi*. Desde nuestra perspectiva, esta prolongación ficticia del territorio nacional no es más que una *extensión de la*

competencia penal⁽⁴⁰⁾, cuyo fundamento radica en evitar la creación de lagunas de competencia penal y, por ende, impunidad.

En líneas generales, y así también se interpreta de lo regulado en el artículo 1 del CP peruano, la referencia al principio del pabellón toma en consideración la circulación de naves y aeronaves públicas o privadas en territorios que no pertenecen al Estado propietario de aquellas o del cual ostentan un determinado registro o matrícula (para las privadas). En principio, las naves y las aeronaves constituyen el conjunto de cosas que pertenecen al Estado o al Sector Privado. Ahora bien, la determinación de si pueden estimarse como parte del territorio estatal, exige distinguir o clasificar —como lo hace la regulación del artículo 1 del CP que comentamos— entre las naves y aeronaves según sean públicas o privadas y, por otro lado, si se encuentran en cualquier lugar, en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía (*res nullius*). Desde nuestro punto de vista, dicha división no ha de ser entendida o interpretada de modo estático, esto es, en el sentido de que, por ejemplo, siempre los buques de guerra serán públicos y las naves comerciales serán privadas. Por el contrario, todo intento por comprender cuáles elementos se pueden englobar bajo la atribución de naves y aeronaves públicas o privadas —división que reconoce también el CP peruano— debe ser realizado en virtud de la *función jurídica*⁽⁴¹⁾ que desarrollan. De acuerdo con esta idea, resulta posible tomar una nave comercial por pública cuando un Estado, para desarrollar algunas funciones estatales, alquila una nave comercial, pues se encuentra ante la imposibilidad de contar con aviones pertenecientes al Sector Público. En sentido opuesto, una embarcación estatal puede ser tomada como privada (comercial) cuando una empresa importante de este sector, ante un repentino desabastecimiento de su flota particular de barcos, decide rentar una embarcación perteneciente a un Estado. De esta manera, se conseguirá determinar la calificación de una nave o aeronave como pública o no; y, por consiguiente, se podrá establecer la aplicación o no de las normas jurídico-penales más allá de las fronteras políticamente establecidas, con lo cual se les considerará, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, como “un pedazo de la patria donde quiera que se encuentren”⁽⁴²⁾.

Sobre la base de lo expresado líneas atrás, se puede señalar que en el caso de los buques de guerra y las embarcaciones pertenecientes a los Estados o explotados por ellos para un servicio oficial no comercial, se consideran

(40) Cfr. AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”. *Op. Cit.*, p. 87.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 166.

(42) Ídem.

parte del territorio del país del pabellón cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, tanto si es en alta mar como en puertos o aguas territoriales pertenecientes a otros países. Situación distinta es la que sucede con las embarcaciones nacionales privadas, pues en estos casos forman parte del territorio del país del pabellón únicamente cuando se encuentran en alta mar. Sin embargo, cuando están transitando en puertos o aguas territoriales extranjeros quedan sometidos a las leyes penales y a la jurisdicción del país ribereño⁽⁴³⁾. De esta manera, por ejemplo, se procesará y juzgará conforme al ordenamiento jurídico-penal peruano, el homicidio cometido al interior de un buque de guerra peruano así como el acontecido al interior de un barco comercial de empresarios peruanos, siempre que los delitos se hayan cometido mientras las naves se desplazaban por alta mar.

- 62 En lo que concierne a las aeronaves⁽⁴⁴⁾, las que son del Estado y se encuentran en función pública se consideran territorio peruano cualquiera sea el lugar donde se encuentren. Por su parte, son aeronaves del Estado las militares y las destinadas a servicios estatales no comerciales. Mientras que a las naves civiles o comerciales peruanas se les podrá aplicar la ley peruana en caso de que se hallen en espacio libre donde ningún Estado pueda ejercer soberanía.

IV. Bibliografía

- 63 AMBOS, Kai, “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”. En: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*. 4ª edición. Akal, Madrid, 1997; BLANCO LOZANO, Carlos, “Principios espaciales

(43) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general 1. Op. Cit.*, p. 204.

(44) Con relación a las aeronaves, la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil, en su artículo 38 las clasifica en: a) aeronaves del Estado, las que son utilizadas en servicios militares, de policía y aduana; y b) las aeronaves civiles, aquellas que no desempeñan ninguna de las funciones anteriores aunque sean de propiedad del Estado.

Respecto a la aplicación de la ley peruana o extranjera y la competencia jurisdiccional, la misma Ley en sus artículos 6 y 7, precisa que los hechos ocurridos, actos realizados y delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana fuera del territorio del Perú también se someten a las leyes y tribunales peruanos en los siguientes casos: a) cuando se encuentre sobre altamar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía; o b) cuando se ubique en territorio extranjero, excepto que los efectos de tales hechos, actos o delitos afecten la seguridad o el orden público del Estado subyacente o causen daño a personas o bienes dentro de dicho territorio.

En el caso de tratarse de una aeronave extranjera, esta ley señala que los hechos ocurridos, actos realizados y delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano se rigen por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, en que se someterán a las leyes y tribunales nacionales, cuando: a) afecten la seguridad o el orden público del Perú; o b) causen daño a personas o bienes en territorio peruano.

y personales de aplicación del Derecho penal español”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 73, Instituto Universitario de Criminología, Edersa, Madrid, 2001; BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad*. 7ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica, México, 1999; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general 1*. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 2004; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE. 5ª edición. Comares, Granada, 2002; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*. 4ª edición. Hermes, México-Buenos Aires, 1963; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Tomo I. Universitas. Madrid, 1999; MANTOVANI, Ferrando, “Sobre los principios generales del Derecho internacional penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 84, Cesej, Madrid, 2004; MAURACH, Reinhard / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZCH y AIMONE GIBSON. Astrea, Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008; MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo, “El territorio nacional”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL. Reimpresión. Civitas, Madrid, 2000; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. Tomo I. Traducción de CANCIO MELIÁ y SANCINETTI. Aranzadi, Navarra, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

§ 2

Principio de extraterritorialidad

DAVID ROSALES ARTICA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	297	1.2. Punto de conexión		
II. El principio real o de de-			y contenido	34	306
fensa	9	300	2. Principio de personali-		
1. Justificación	15	301	dad pasiva	39	308
2. Punto de conexión y			IV. El principio de justicia		
contenido	17	302	mundial	44	310
III. El principio de personalidad	27	303	1. Justificación	48	311
1. Principio de personali-			2. Punto de conexión y		
dad activa	32	304	contenido	56	314
1.1. Justificación	32	304	V. Bibliografía	63	315

§ 2.- Principio de extraterritorialidad

“La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

- 1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;*
- 2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República;*
- 3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;*
- 4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República;*
- 5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales”.*

I. Introducción

De forma general, se sostiene que cada Estado es competente para sancio- 1
nar con arreglo a sus propias leyes los hechos cometidos en los espacios en los cuales puede ejercer su soberanía. Esta idea está contenida en el denominado *principio de territorialidad*; el mismo que en el Perú se encuentra regulado en el artículo 1 del Código Penal (en adelante CP) de 1991. Este principio se erige

como fundamento esencial y criterio jerárquicamente prioritario en orden a la aplicación de la ley penal en el espacio⁽¹⁾.

- 2 No obstante, existe una serie de supuestos en los cuales es posible que las leyes penales de un Estado se apliquen para procesar y sancionar hechos delictivos cometidos más allá de lo que propiamente (y en sentido jurídico-penal) puede calificarse como su territorio. Nos hallamos ante la denominada: *aplicación extraterritorial de la ley penal*, cuyo objetivo principal radica en evitar que se genere impunidad a favor de los sujetos que infringen la norma. Es decir, cuando hacemos referencia a la extraterritorialidad de las leyes penales, estamos aludiendo a la posibilidad, fundada legalmente, de que aquellas puedan (tras la concurrencia de ciertos elementos atinentes al hecho, al autor y a la persecución procesal) ser aplicadas a conductas realizadas fuera del territorio estatal, entendido este en sentido jurídico-penal; y, por consiguiente, comprensivo (por ejemplo, para el Perú) de los buques y aeronaves⁽²⁾. El legislador peruano ha regulado los supuestos de aplicación extraterritorial de nuestras leyes penales en el artículo 2 del CP.
- 3 El interés de la justicia peruana, basado en lineamientos de política-criminal, de no solo conocer todos los delitos que se han cometido dentro del territorio sobre el que ejerce su soberanía, sino también los ilícitos cometidos fuera del Perú, no significa que en este último supuesto nos encontremos ante “excepciones” al principio de territorialidad; pues de lo que se trata esencialmente es de la presencia de criterios de “extensión” del ámbito de validez de la ley penal peruana más allá de su propio territorio⁽³⁾.
- 4 Ahora bien, la configuración de tales criterios obedece a las características que muestra la delincuencia moderna. Así, las facilidades para trasladarse de un lugar a otro, tanto como la aparición de organizaciones destinadas a perpetrar delitos, ha motivado a que los Estados se interesen en que sus leyes penales se puedan aplicar a determinados ilícitos cometidos más allá de sus fronteras. Además, ello ha impulsado a que se inserten y acepten determinadas reglas jurídicas destinadas a: i) resolver los supuestos en los que confluyen los intereses y la potestad punitiva de más de un Estado, y, ii) establecer la colaboración internacional en la persecución de hechos que afectan a la comunidad internacional.

(1) Cfr. BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 73, pp. 61-62.

(2) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 180.

(3) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general*, p. 265, párrafo 168.

Para que las leyes de un país tengan validez más allá de los espacios sobre los que ejerce soberanía, se requiere la búsqueda de un cierto vínculo o “punto de conexión razonable”⁽⁴⁾ que relacione a los hechos con las funciones de ordenación del propio poder punitivo. Ello, en tanto, hoy reina unanimidad –ya en virtud del principio de no intromisión del Derecho internacional– en base a la idea de que ningún Estado está llamado a ocuparse de estabilizar el orden recurriendo al Derecho penal contra todos y en todo el mundo; sino que más bien, hace falta un punto de conexión legitimador. De esta manera, si un Estado reivindica una pretensión sin legitimación, el conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional hay que resolverlo conforme a principios generales⁽⁵⁾. Tales elementos legitimadores o puntos de conexión (denominados tradicionalmente: *principios del Derecho penal internacional*⁽⁶⁾) están determinados por: a) la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del delito, b) la protección de intereses estatales, y c) la consecución de una justicia universal.

En el presente estudio, desarrollado con especial referencia a lo regulado en el artículo 2 del CP peruano, vamos a examinar cada uno de los criterios de aplicación ultraterritorial de la ley penal, indagando por las razones que los fundamentan. Así, podemos señalar de manera general, que conforme al *principio real*, el Estado sanciona según sus leyes penales todas las acciones que se dirijan contra sus intereses, sin importar por quién ni dónde hayan sido cometidos. De acuerdo al *principio de personalidad activa*, el Estado castiga de acuerdo a su derecho todos los hechos cometidos por sus ciudadanos en el extranjero. Por el *principio de personalidad pasiva*, la justicia de un país persigue a quien ha delinquido en contra de sus súbditos en el exterior. Conforme al *principio de justicia universal*, el Estado tiene el poder de castigar los hechos delictivos que supongan un peligro para todos los países; sin importar por quién, contra quién y dónde hayan sido cometidos⁽⁷⁾. Cabe recordar que todos estos principios no constituyen más que complementos al principio de territorialidad, único criterio general de la aplicación espacial de las leyes penales.

Asimismo, es necesario señalar que el legislador peruano ha regulado en el artículo 4 del CP, las denominadas: *excepciones al principio de extraterritorialidad*. Según estas, a pesar de concurrir los puntos de conexión que legitimen la intervención de la justicia penal nacional frente a hechos cometidos en el extranjero, tal participación no será posible si es que se configura uno o

(4) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 178.

(5) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 133, párrafo 5.

(6) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 178.

(7) Cfr. MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 174, párrafo 3.

algunos de los criterios establecidos en el mencionado artículo (previstos solo para los incs. 2, 3, 4 y 5 del Art. 2), es decir: a) que la acción penal se haya extinguido conforme a una u otra legislación, b) que se trate de delitos políticos o hechos conexos con ellos, y c) que el procesado haya logrado la absolución en el extranjero o el condenado haya cumplido la pena o esta se encuentre prescrita o remitida.

- 8 A continuación se expondrá cada uno de los principios que posibilitan que nuestra ley penal se aplique a delitos cometidos en el extranjero, reiterando que estos no tienen la función de regla principal en nuestro sistema penal⁽⁸⁾.

II. El principio real o de defensa

- 9 Este principio es denominado también principio de *protección de intereses*⁽⁹⁾. De acuerdo con este, la ley penal peruana se aplicará a hechos cometidos fuera del territorio nacional, siempre y cuando tales sucesos representen ataques de extraordinaria importancia que afecten intereses o bienes jurídicos esenciales para nuestro Estado y que puedan incidir en su integridad como tal, v. gr., se aplicará la norma penal peruana, cuando un brasileño falsifica monedas peruanas en Panamá.

- 10 El contenido de este principio se puede obtener atendiendo a lo regulado en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 2 de nuestro CP:

- 11 Artículo 2.- La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

(8) Ibídem, p. 260 párrafo 667.

(9) Para otras maneras de definir este principio, véase HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 258, párrafo 664, quien lo denomina “principio de la realidad” o “principio de la cuasi-territorialidad” o “principio de la protección estatal”, también LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 207, quien lo califica como “protección de intereses”, esta misma calificación en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, p. 252; AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional*, p. 85, quien usa la denominación “principio de protección”; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 471, lo define como “principio nacional-estatal”; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 66, propone la definición de “defensa de los intereses estatales”. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. Tomo I, p. 86, párrafo 16, lo denomina “principio de protección”. Este autor critica tal principio, porque en aras de un interés de protección no se puede imponer a los ciudadanos de un país, pero que residen en otro (y en tanto no tengan el carácter de funcionario público), la menor obligación de guiarse por las normas del Derecho penal de su país natal, ni tampoco ciertos deberes de lealtad. Para este autor, el principio de protección se trata de medidas de autodefensa, las cuales “invertirlas del ropaje de la pena es un abuso tradicional que desnaturaliza la pena referida a un reproche ético-social”.

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; ¹²
2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República;⁽¹⁰⁾ ¹³
3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario. ¹⁴

1. Justificación

La razón para la adopción de este principio en nuestro CP podría hallarse en el interés del Estado por su propia protección, esto es, que ningún país puede mantenerse indiferente frente al ataque en contra de sus bienes jurídicos (por ejemplo, instituciones fundamentales como la estructura política, militar, económica o financiera), considerando además, que la justicia del Estado donde tienen lugar los hechos renuncia a perseguirlos por ausencia de interés, falta de punibilidad o por razones políticas⁽¹¹⁾. Es decir, dado que ningún otro Estado ejerce la “defensa de terceros”, a un Estado solo le queda la “defensa propia”⁽¹²⁾. De esta manera, el agente o el grupo de personas que atentan en el extranjero contra los intereses esenciales de un país, bienes que conforman las bases fundamentales de toda sociedad organizada, podrán ser perseguidos por las leyes penales de aquel; pues con su ataque han dado lugar a su relación con el poder punitivo del Estado correspondiente⁽¹³⁾.

Puede sostenerse que se trata de un actuar en “legítima defensa”⁽¹⁴⁾, pero estableciendo que no puede ser llevado a cabo de cualquier forma, esto es, con intervenciones ilimitadas en el territorio del país del lugar de los hechos. Por consiguiente, para otorgarle legitimidad por medio del principio real a la actuación de la justicia penal de cualquier Estado frente a hechos cometidos

(10) Inciso vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 1 de la Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007. El texto anterior a la modificación del inciso 2 era el siguiente: “Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República”.

(11) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, p. 164; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181; AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 85; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 189, párrafo 386; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 167.

(12) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 135, párrafo 8.

(13) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181.

(14) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 259, párrafo 666.

en el extranjero, es necesario que las afecciones a los bienes jurídicos internos amenacen la seguridad y existencia del Estado.

2. Punto de conexión y contenido

17 Para que la justicia de nuestro país pueda sancionar conforme a nuestras leyes penales a los sujetos que fuera del territorio peruano atentan contra los bienes jurídicos de nuestro Estado, es necesario que concurra un elemento que otorgue tal legitimación. En el caso del principio real, el punto de conexión entre el hecho delictivo y el poder punitivo peruano lo encontramos en el bien jurídico vulnerado, el cual se caracteriza por pertenecer al interés estatal en su conjunto (se trata de bienes de carácter supraindividual). A partir de ello, y de acuerdo a lo plasmado por el legislador nacional en el texto de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 2, es posible determinar en qué supuestos la ley penal peruana puede tener una aplicación extraterritorial.

18 Inicialmente, este principio se extiende a los ilícitos realizados por funcionarios o servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o servicio que desempeñan; tal como lo señala el inciso 1 del artículo en comento. En este grupo de casos, la lesión al interés nacional que justifica y legitima la aplicación de la ley penal peruana frente a delitos cometidos en el extranjero se halla en el carácter oficial de la función que desempeña el agente⁽¹⁵⁾.

19 Además, valiéndose del principio real, el Perú puede aplicar sus leyes penales en el extranjero, cuando nos encontremos frente a los siguientes delitos:

20 a) contra la seguridad o la tranquilidad pública (Títulos XII y XIV)⁽¹⁶⁾,

21 b) lavado de activos⁽¹⁷⁾,

22 c) en agravio del Estado y la defensa nacional (Título XV),

23 d) en perjuicio de los poderes del Estado y el orden constitucional (Título XVI),

(15) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 203.

(16) Respecto de los delitos contra la tranquilidad pública, solo se han de considerar los ilícitos contenidos en el capítulo I (artículos 315 a 318-A), toda vez que el capítulo II, destinado a los delitos de terrorismo, fue derogado, habiéndose trasladado su regulación a una ley penal especial, lo cual no implica que haya dejado de ser un elemento que legitime la aplicación del principio real.

(17) En el Perú, con fecha 27 de junio de 2002, se publicó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, pero que fue modificada posteriormente mediante el Decreto Legislativo N° 986, publicado el 22 de julio de 2007.

e) contra el orden monetario (Título X, Capítulo II).

24

La exigencia: *siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República*, debe ser aplicada para todos los ilícitos recogidos en los incisos 2 y 3 del artículo en comento, aunque el legislador peruano la haya señalado solamente para los dos primeros supuestos (a y b).

En este punto se hace necesario precisar lo que se ha de entender por *efectos*, un término que por lo general suele emplear el legislador y cuya vaguedad exige siempre de precisión por parte de la doctrina. En primer lugar, hay que señalar que no es lo mismo el resultado material que tiene un delito con los *efectos* del mismo. El resultado se configura únicamente con la alteración producida en el mundo exterior —cuando así lo exige el tipo penal— por parte del sujeto activo del ilícito. En segundo lugar, la referencia a *efectos* del delito habrá de ser entendida como el menoscabo o la puesta en peligro del bien jurídico que el legislador ha pretendido proteger a través de la respectiva figura delictiva; en este caso, la integridad del Estado, la cual se ve alterada cuando se atenta contra la seguridad nacional, los poderes públicos, el orden constitucional y el patrimonio nacional.

III. El principio de personalidad

En sentido estricto, este principio implica una manifestación de la relación de obediencia o dependencia entre el ciudadano y el Estado⁽¹⁸⁾. Entonces, de acuerdo con este principio, lo que se ha de tomar en consideración es la condición personal del delincuente o de la víctima como ciudadano peruano, en cuyo caso y bajo determinados requisitos se puede aplicar la ley penal peruana; no obstante, los hechos delictivos se han producido en el extranjero⁽¹⁹⁾.

Según lo prescribe el inciso 4 del artículo 2 de nuestro CP:

28

Artículo 2.- La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República.

(18) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 180.

(19) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 145.

31 Como podrá notarse, el legislador peruano en el texto del inciso 4 ha optado por regular de manera conjunta dos supuestos que frecuentemente han sido englobados bajo el principio de personalidad, estos son: cuando el agente tiene la calidad de autor (sujeto activo), o cuando resulta siendo víctima (sujeto pasivo) de un hecho criminal. En el primer caso, nos hallamos ante el denominado *principio de personalidad activa*, mientras que el segundo se trata del *principio de personalidad pasiva*. Asimismo, cabe indicar, que el legislador penal acompaña la regulación de ambos principios en el artículo 2, con el requerimiento de que “el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República”. Ello constituye una exigencia para la aplicación de todos los principios de extraterritorialidad, que: a) el delito se encuentre previsto como susceptible de extradición según nuestras leyes, b) concorra la doble incriminación, y c) el agente (sujeto activo del delito) haya ingresado de cualquier manera al territorio peruano. Desde nuestra óptica, discrepamos con este último requisito, pues creemos que el agente no puede entrar “de cualquier manera”, en tanto, constituye una grave vulneración de la dignidad humana que un sujeto sea obligado (por ejemplo mediante secuestro) a retornar a su país para ser juzgado⁽²⁰⁾. El ingreso del agente ha de ser voluntario, aceptando someterse a la autoridad judicial nacional; sin embargo, no se invalida el supuesto en el cual la entrada al territorio nacional se produce por una causa de fuerza mayor, o por situaciones que obedezcan al azar, v. gr., cuando la nave en la que viajaba el sujeto de un país extranjero a otro, es desviada hacia un aeropuerto del país del agente⁽²¹⁾.

1. Principio de personalidad activa

1.1. Justificación

32 La adopción del principio de personalidad activa (principio de personalidad en *stricto sensu*) en los diversos cuerpos legislativos penales obedece esencialmente a la necesidad de evitar una injustificada impunidad de los ciudadanos, que después de haber delinquido en el extranjero se refugian en su país de origen, apoyados en la idea de que en la gran parte de los Estados (de modo particular, en los del ámbito jurídico continental europeo, a los que siguen la

(20) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 268 párrafo 696.

(21) *Ibidem*, p. 268 párrafo 697.

mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos⁽²²⁾ rige el principio de la no entrega (extradición) del nacional a otro Estado que lo reclame⁽²³⁾. Por consiguiente, para no encontrarnos ante este tipo de situaciones los órganos de justicia podrán apoyarse en el principio de personalidad activa. Así, el nacional que cometa un ilícito en el extranjero deberá ser castigado conforme a la ley penal de su país, tal y como se encuentra recogido también en el Derecho internacional penal mediante el principio *aut dedere, aut punire* (o entregar o castigar)⁽²⁴⁾. Por otro lado, es necesario expresar que a este principio, de la misma forma que ocurre con el principio de justicia mundial (ver *infra* IV), le sirve de base la idea de “solidaridad internacional”; según la cual, el país del que el autor procede no puede permitir que este cometa delitos en el extranjero y pueda quedar sin castigo por ello⁽²⁵⁾.

Ahora bien, hay que recordar que el carácter subsidiario o complementario del principio de personalidad activa (respecto del principio de territorialidad) fue admitido recién desde la elaboración de la mayor parte de códigos europeos entre 1810 y 1850. Hasta antes de la Revolución Francesa⁽²⁶⁾, el principio de personalidad activa era tomado como criterio general o como principal regla de validez espacial de la ley penal. Todo ciudadano estaba ligado a sus normas, diríase que estas lo perseguían por donde él vaya. Así, en cualquier lugar donde cometiese un delito, el único autorizado para procesarlo era el Estado al que pertenecía el autor del hecho delictivo. Tal modalidad fue empleada durante el III Reich por la Ordenanza de 6 de mayo de 1940 y en la Unión Soviética en el Código Penal de 1926⁽²⁷⁾. En su introducción a Alemania (estuvo vigente desde 1940 hasta 1974 como principio supremo del Derecho penal internacional⁽²⁸⁾), el principio de personalidad activa ejerció una influencia decisiva, derivada de la concepción del delito como infracción de un deber de fidelidad; característica del Derecho penal nacionalsocialista, y probablemente también del deseo de apartarse del principio de territorialidad por su

(22) Cfr.: AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 83.

(23) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, pp. 265-266, párrafo 169; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 64.

(24) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 264, párrafo 683.

(25) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 180.

(26) Cfr. BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 62.

(27) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 248.

(28) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181; AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 83; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181.

inspiración francesa y liberal, enarbolándose el principio de personalidad por encontrarse fuertemente enraizada en el idealismo alemán⁽²⁹⁾. Sin embargo, en los Estados con legislación liberal, el principio de personalidad constituyó desde su regulación solo una excepción al principio general de territorialidad y, por ende, tuvo un carácter limitado, pues no se aplicaba a todos los delitos que los nacionales puedan cometer en otros Estados.

1.2. Punto de conexión y contenido

- 34 Con el principio de personalidad activa (principio de personalidad en sentido estricto), de lo que se trata es de la aplicación de las leyes penales del Perú, para procesar y sancionar un delito cometido por un ciudadano peruano en el extranjero. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, con este principio se “pretende que la ley siga al sujeto como la sombra al cuerpo”⁽³⁰⁾.
- 35 El elemento legitimador de este principio lo constituye la nacionalidad del autor⁽³¹⁾; sin tomar en cuenta el lugar donde se cometieron los hechos ni la persona contra quien se cometió el delito. En tal sentido, la protección se concibe de modo *ideal*: el Estado protege su vigencia internacional al controlar el comportamiento de sus súbditos, conforme a sus leyes, no importando dónde estos se hallen⁽³²⁾.
- 36 En el inciso 4 del artículo 2 del CP, el legislador nacional ha elaborado una serie de requisitos que se han de cumplir para que la justicia penal peruana pueda aplicar nuestras leyes valiéndose del principio de personalidad en sus dos manifestaciones: activa y pasiva. Una de las condiciones principales, y que tiene una estrecha relación con el principio de personalidad activa, es aquella según la cual se requiere la *doble incriminación* (identidad de normas: el hecho cometido debe ser delito y su autor merecer una pena tanto según

(29) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 206; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 248; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible. Op. Cit.*, pp. 85-86, párrafo 13; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 175-176, párrafos 6-7.

(30) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 162.

(31) De acuerdo con la Constitución Política del Perú de 1993, la nacionalidad es reconocida como un derecho fundamental de la persona, de la cual nadie puede ser despojado (artículo 2 inciso 21). En esta misma línea, en el artículo 52 de nuestra Ley Fundamental se expresa que son peruanos todos aquellos que hayan nacido en el territorio peruano (*ius soli*). También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos (*ius sanguinis*), pero que deben haber sido inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Además, se declara que son peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

(32) Cfr. MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 175, párrafo 5; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 459-460.

la ley nacional, como conforme a la del país en que tuvo lugar)⁽³³⁾ de la conducta desplegada por el agente. Por ejemplo, la peruana que aborta (siendo una actuación no punible) en el Reino Unido y regresa a Perú (donde tales acciones son sancionadas penalmente). En tal caso el principio de personalidad en su variante activa no puede llegar hasta el extremo de castigar en Perú hechos que no son delictivos en el lugar donde se cometieron; si lo hiciera ignoraría la soberanía de la ley inglesa sobreponiéndose a ella, cuando lo que se pretende es que este principio cumpla una función supletoria y no a la inversa⁽³⁴⁾. Por consiguiente, solo si se da la doble incriminación, recién será posible la aplicación legal y legítima de las leyes penales peruanas amparadas en el principio de personalidad activa. Lo contrario implicaría una violación por parte del Perú, en la medida en que no respetaría que el ordenamiento jurídico del país donde tuvo lugar la acción del ciudadano peruano no tiene en cuenta considerar punible la conducta en cuestión.

No existe referencia alguna en nuestra regulación penal para los supues- 37
tos de cambio de nacionalidad, esto es, casos en los cuales el delincuente era extranjero al momento de la realización del delito, pero adquirió con posterioridad la nacionalidad peruana. Acerca de ello, hay que mencionar, por ejemplo, que en España el Tribunal Supremo ha señalado que el criterio válido no es aquel que atiende a la nacionalidad que tenía el sujeto en el momento del desarrollo del delito, sino el del momento del juicio⁽³⁵⁾. Sobre este punto, una parte de la doctrina peruana ha manifestado su opinión a favor de tomar en consideración el instante de la realización del delito⁽³⁶⁾.

Desde nuestra óptica, los sujetos de este grupo de casos que MAURACH 38
denomina “ciudadanos nuevos”, esto es, extranjeros al momento del hecho y peruanos al momento de la persecución penal, deberán ser tratados como ciudadanos peruanos desde el instante en que se realizó el ilícito penal; pues, de lo contrario, se generaría un vacío en la ley: el Derecho penal extranjero aplicable en el instante de la realización del ilícito resultaría siendo ineficaz; en tanto el autor al momento del seguimiento por la justicia extranjera es peruano y, como se ha señalado, no puede ser extraditado por su propio país.

(33) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 266-267, párrafo 691.

(34) Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 166.

(35) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 251.

(36) Así, VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190, párrafo 390; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 266 párrafos 687-688.

2. Principio de personalidad pasiva

39 Este principio⁽³⁷⁾ implica la persecución de un extranjero por la justicia del Estado de la víctima, pretendiendo de esta manera el ejercicio de su *ius puniendi* sobre un hecho realizado contra uno de sus nacionales fuera del espacio en el cual ejerce su soberanía⁽³⁸⁾. Así se desprende de lo regulado en el artículo 2, inciso 4 de nuestro CP, *in initio*, cuando se refiere al delito “perpetrado contra peruano”. De ello, se puede afirmar que para poder aplicar la ley penal peruana a ilícitos cometidos en el extranjero, el elemento legitimador que ha de concurrir recae en la nacionalidad del sujeto pasivo del hecho criminal; en este caso, la víctima deberá ser peruana.

40 Ahora bien, como se podrá apreciar en la regulación del inciso 4, no se hace referencia a quien comete el delito en contra del peruano, por lo que no solo cabe concebir dentro de este apartado a los crímenes cometidos en el extranjero por extranjeros y en contra de peruanos; sino también a los cometidos en el exterior por peruanos en contra de peruanos. También aquí, el requisito más importante es que exista doble incriminación.

41 A pesar de lo expresado hasta este punto, es necesario plantear algunas observaciones sobre la existencia y adopción del principio de personalidad pasiva en los cuerpos normativos penales. En primer lugar, tenemos que expresar que constituye un principio discutido y polémico para la doctrina⁽³⁹⁾, en la medida en que la persecución a un extranjero por la justicia del Estado de la víctima, implica la intención de ejercitar su *ius puniendi* sobre un hecho realizado en el exterior contra uno de sus nacionales. En esta misma línea de argumentación, se le reprocha que al posibilitar la actuación punitiva de un Estado; esto es, la pretensión de querer aplicar su Derecho penal a autores extranjeros, no toma en consideración que con frecuencia tales sujetos no saben que han atacado a un extranjero y que por ello deben someterse al ordenamiento jurídico-penal del país del que sea la víctima, el cual además desconocen⁽⁴⁰⁾. Por estas razones es que se hace necesario limitar en lo absoluto o de manera intensa la

(37) Para otras definiciones de este principio, ver HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 269, párrafo 699, quien emplea las definiciones de “principio de cuasi personalidad” o “protección individual”; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 460, quien lo define como “principio de la nacionalidad del ofendido”.

(38) Cfr. AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 87.

(39) En doctrina, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 460-461 señala que el principio de personalidad debe de ser rechazado como criterio de aplicación espacial de la ley penal, en tanto constituye el sentir generalizado de la doctrina científica.

(40) Cfr. AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 87.

adopción de este principio, a través de la “prohibición del abuso del Derecho internacional”⁽⁴¹⁾. En segundo lugar, hay que señalar que por la poca solidez que ha podido encontrar cualquier intento de justificar la configuración autónoma (por sí sola) del principio de personalidad pasiva en los Códigos Penales, se ha optado por postularla como una manifestación extrema del principio real o de defensa⁽⁴²⁾; por lo que en doctrina su tratamiento se ha venido dando dentro de este⁽⁴³⁾. En la actualidad son pocas las legislaciones europeas que acogen el principio de personalidad pasiva, citándose como exponente más claro al Código suizo y, respecto de algunas infracciones, el Código alemán⁽⁴⁴⁾.

Lo dicho en el párrafo anterior se puede apreciar en lo declarado por autores como BINDING, para quien el fundamento del principio real se encuentra en la afirmación de la soberanía estatal y en la necesidad de procurar a los nacionales una amplia protección⁽⁴⁵⁾. De esta forma, en lo que concierne al alcance del principio real o de defensa se sostiene que no solo considera la vulneración de bienes jurídicos o intereses del Estado, sino también todo atentado en contra de un nacional en el extranjero. Sobre ello, CEREZO MIR manifiesta que esta extensión del ámbito de aplicación del principio real es excesiva, pues implica una desconfianza infundada frente a la Administración de Justicia de otros

(41) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181.

(42) Cfr. BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 66; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190-191, párrafo 391; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 184; JAKOBS, G., *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 134 párrafo 8. En sentido opuesto se manifiesta CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 267, párrafo 171, para quien el principio real constituye una modalidad del genérico principio de la personalidad pasiva.

(43) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181; AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, pp. 85-89; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible. Op. Cit.*, pp. 86-88, párrafos 16-21; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 184-185, párrafos 31-33; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 135, párrafo 8. Estos autores distinguen dentro del principio de protección (que nosotros denominamos real o de defensa) un principio de protección del Estado (principio real) y un principio de protección individual (principio de personalidad pasiva). También, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 184, considera que el principio de personalidad pasiva es una subespecie del principio real o de defensa. Particular se muestra la opinión de CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 267, párrafo 171, cuando expresa que el principio real es “una modalidad del genérico principio de la personalidad pasiva” (cursivas en el original).

(44) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 183; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 66.

(45) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 269, párrafo 700.

países y al inspirarse, además, en un criterio nacionalista que pondría en peligro la objetividad e imparcialidad del enjuiciamiento⁽⁴⁶⁾.

- 43 Desde mi perspectiva, y así parece ser también la del legislador nacional a partir de la revisión del artículo 2 de nuestro CP, la razón de ser del principio real se opone al principio de personalidad pasiva. En el principio real, el punto de conexión que permite que la justicia penal peruana pueda procesar un delito cometido en el extranjero, se encuentra en relación con la esencia del bien jurídico lesionado: un bien de naturaleza nacional-estatal y que posee un especial interés para el propio Estado como titular inmediato (en tanto resulta necesario para su propia organización política y en ocasiones económica)⁽⁴⁷⁾. De esta manera, la protección de bienes jurídicos esenciales en orden a la configuración y sustento de la estructura nacional-estatal tiene poco que ver con aquella que es dispensada para los bienes jurídicos de titularidad individual. Lo contrario implicaría la configuración de un dudoso y criticable principio personal *a la inversa*⁽⁴⁸⁾.

IV. El principio de justicia mundial

- 44 El principio de justicia mundial es denominado también principio universal⁽⁴⁹⁾, y conlleva la aplicación de la ley penal de aprehensión del autor, cualquiera que haya sido el país donde se cometió el delito y cualquiera sea la nacionalidad de aquel⁽⁵⁰⁾. Este principio está admitido en nuestro ordenamiento jurídico-penal, en la medida en que el inciso 5 del artículo 2 declara que:

(46) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 253. En contra, VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 146, para quien “aun cuando parezca un exceso de celo legislativo —pues es de esperar y de hecho ocurre que la ley extranjera proteja a los extranjeros agredidos en su territorio—, no lo es tanto porque se trata de tutelar bienes jurídicos de peruanos”.

(47) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 183.

(48) BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 67.

(49) Así, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 55, párrafo 45. Para otras definiciones de este principio, ver JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 182, quien usa los términos de “principio del Derecho mundial” o “principio de universalidad”; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 270, párrafo 703, quien hace referencia al “principio de competencia universal” o “principio de universalidad del derecho de castigar”; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 253, quien la define como “principio de la justicia universal”; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible. Op. Cit.*, p. 89, párrafo 25, lo denomina “principio del derecho universal”, AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 89, quien se refiere al “principio de jurisdicción universal”.

(50) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 268 párrafo 174.

Artículo 2.- La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando: 45

5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales. 46

Esta forma de técnica legislativa que ha optado el legislador peruano puede 47 ser adecuada en la medida en que se evita una enumeración de los delitos a los que tradicionalmente se relaciona este principio (genocidio, tortura, crímenes de lesa humanidad, etc.), dejando la determinación de la competencia de los jueces peruanos (por intermedio del principio en comento) a la ratificación por parte del Estado peruano de convenios internacionales, los cuales garanticen la protección de bienes jurídicos de vital interés para la comunidad mundial en cuanto tal⁽⁵¹⁾. Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que sería más garantista que el Perú apruebe o expida una ley interna que asuma los criterios establecidos en los tratados internacionales⁽⁵²⁾. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional de nuestro país se ha manifestado que: “No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema”⁽⁵³⁾. De esta manera, se propone una confluencia teleológica que determina una relación de cooperación (tesis de la coordinación) entre la jurisdicción internacional y la interna, de conformidad con el artículo 1 de nuestra Constitución⁽⁵⁴⁾.

1. Justificación

El principio de justicia mundial, el cual ha sido recogido en múltiples tra- 48 tados internacionales y legislaciones internas, se sustenta en la idea de un *ius puniendi* originario respecto a la protección de bienes jurídicos tan excepcionales que ningún país puede ejercer sobre ellos soberanía nacional exclusiva⁽⁵⁵⁾; es

(51) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 271, párrafo 707.

(52) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 204.

(53) Sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de marzo de 2007 (Exp. N° 679-2005-PA/TC. Lima).

(54) En el artículo 1 de la Constitución se señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

(55) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 479.

decir, que dichos ilícitos pueden ser procesados y sancionados con independencia de la voluntad del Estado del lugar del hecho, actuando el país que captura al agente en “representación” de la comunidad de Estados. Por ejemplo, este principio ha sido invocado para perseguir en España los crímenes cometidos al amparo de dictaduras en Chile y Argentina, en la medida en que pudieran ser planteados como delito de genocidio⁽⁵⁶⁾.

49 Históricamente, este principio se justificó con base en concepciones ius-naturalistas de los teólogos y juristas del siglo XVI y XVII, que posteriormente desarrolla HUGO GROCIO, afirmando que los crímenes constituían una violación del Derecho natural que rige la *societas generis humani*; y, por lo tanto, no poseen relevancia para una sola nación⁽⁵⁷⁾. De acuerdo con dicha concepción, el Estado en cuyo territorio era detenido el delincuente debía entregarle o castigarle.

50 Ahora bien, existe un grupo de argumentos que legitiman la intervención de un Estado valiéndose del principio de justicia mundial:

51 a) Un Estado puede perseguir un hecho cometido fuera de su territorio porque su comisión vulnera determinados bienes jurídicos universalmente reconocidos. Un ilícito de dicha magnitud no solo afecta al país relacionado con el hecho, sino a la comunidad de Estados o a la humanidad, en cuanto se quebrantan valores fundamentales comunes (delitos contra el derecho de gentes o delitos internacionales)⁽⁵⁸⁾, y se vulnera la protección de derechos humanos fundamentales; la cual al tener efecto *erga omnes* deja de ser un exclusivo asunto interno de un Estado⁽⁵⁹⁾.

52 b) El segundo argumento indica que el principio de justicia mundial se enlaza con la protección de los intereses de seguridad de todos los Estados.

53 c) Por otro lado, la argumentación se sostiene también sobre la base de la superación de las formas de delincuencia tradicional (el autor único). En la actualidad, la criminalidad se ha internacionalizado y la comunidad internacional está interesada en que la misma persiga y castigue sin tener que recurrir a

(56) Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D., “Configuración actual del principio de justicia universal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 91, p. 49.

(57) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 184; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La ley y el delito. Principios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 163; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. *Op. Cit.*, p. 69.

(58) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 271, párrafo 704.

(59) Cfr. AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, pp. 89-90.

la extradición⁽⁶⁰⁾. De esta manera, exigencias de política criminal hacen que la persecución de delitos despreciados en forma general o frecuentemente cometidos por organizaciones criminales internacionales parezca deseable en cualquier parte en que el autor sea habido⁽⁶¹⁾.

Por consiguiente, siguiendo a JESCHECK y WEIGEND, podemos manifestar que la fundamentación de este principio descansa en las ideas de: “solidaridad del mundo cultural frente al delito” y de la “lucha contra la peligrosa delincuencia internacional”⁽⁶²⁾. Es decir, que el criterio de solidaridad internacional, que subyace al principio de justicia mundial, sirve a la protección de los bienes que reconocen todos o la mayor parte de las naciones civilizadas, y que se ven afectadas por bandas de organizaciones internacionales delincuenciales; de modo que cada hecho es peligroso al menos para cada nación. Por su parte, el fundamento legal del principio de justicia mundial radicará en la obligación asumida por los Estados en un convenio internacional, en la que se comprometen a una defensa de los intereses culturales comunes por vía del Derecho penal⁽⁶³⁾; sin importar si existe uno de los tradicionales elementos de conexión con el extranjero⁽⁶⁴⁾.

Cabe señalar que la aplicación de la ley de un Estado —en particular el peruano— a razón del principio de justicia mundial, constituye una de las formas con las que actualmente se puede proceder a la persecución y sanción de delitos que atentan contra bienes jurídicos supranacionales, y cuya protección es tarea común de todos los Estados. La otra forma de proceder se encuentra relacionada con la adopción por diferentes países del Estatuto de Roma de 1998, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional dentro del marco planteado por la Organización de las Naciones Unidas. En el artículo 5 del mencionado Estatuto, del cual es parte el Perú desde el año 2002, se señala que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

(60) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 184; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 198; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 146; MORILLAS FERNÁNDEZ, D., “Configuración actual del principio de justicia universal”. *Op. Cit.*, pp. 52-53.

(61) STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible. Op. Cit.*, p. 89 párrafo 25.

(62) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 182.

(63) Ídem.

(64) Cfr. MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 186 párrafo 34.

2. Punto de conexión y contenido

56 La adopción del principio de justicia mundial en los Códigos Penales permite una persecución más allá de los límites del territorio estatal a nivel mundial, sin importar el lugar del hecho, la nacionalidad del autor o de la víctima y aunque los hechos no afecten a intereses esenciales del Estado (es decir, a pesar de no entrar en juego ni el principio general de territorialidad, ni tampoco las excepciones del principio personal o del real)⁽⁶⁵⁾. Se renuncia a la exigencia de la doble criminalización o existencia de idéntica norma en el lugar del hecho, por cuanto opera respecto de bienes que interesan a la comunidad internacional, y por esa razón admite la intervención de otros Estados; incluso aunque los hechos no sean delictivos donde se cometieron. El Estado que enjuicia no lo hace supliendo o representando al del Estado del lugar del hecho, sino que posee una legitimación de modo originario⁽⁶⁶⁾. El punto de conexión interno legitimador para la aplicación del principio en comento es la consecución de una justicia universal o la solidaridad en la lucha contra el delito como defensa de intereses comunes de toda la humanidad⁽⁶⁷⁾. Por consiguiente, para que la justicia de cualquier país pueda aplicar su ley penal, así el hecho no haya tenido lugar dentro de su territorio y los intervinientes sean extranjeros, bastará que nos encontremos ante la realización de delitos caracterizados por:

- 57 a) ser ejecutados de modo colectivo y organizado,
- 58 b) constituir graves violaciones a los Derechos Humanos,
- 59 c) atentar y perturbar gravemente intereses comunes a toda la comunidad internacional y,
- 60 d) suponer un peligro para todos los Estados.

61 Como ya se señaló previamente, y a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones como la española (artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el legislador peruano no ha optado por una descripción de los ilícitos cuya realización puede dar lugar a la aplicación de este principio. Pero hay que manifestar aquí que, por lo general, el principio de justicia mundial está relacionado con la realización de delitos como terrorismo internacional, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, ejecuciones extrajudiciales,

(65) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 208; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 135, párrafo 9.

(66) Cfr. AMBOS, K., *Estudios del Derecho penal internacional. Op. Cit.*, p. 89.

(67) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 177.

crímenes de lesa humanidad (esclavitud, tráfico de seres humanos, crímenes de guerra). Debemos señalar que este catálogo de delitos tiende a ampliarse como consecuencia de la mayor comunicación entre los Estados, lo cual facilita el desarrollo de una conciencia de solidaridad, la unificación de las legislaciones penales, así como la intensificación de la entreatyuda judicial internacional (cooperación policial, extradición)⁽⁶⁸⁾.

Es preciso mencionar que se han planteado una serie de críticas contra el principio de justicia mundial, las cuales tienen que ver con la pregunta acerca de cómo podrá reunir las pruebas y juzgar con acierto, el magistrado del lugar donde no se ha cometido el delito, donde el reo es extranjero y en muchos casos desconocido, donde también es extranjera y está ausente la víctima?⁽⁶⁹⁾ Por otro lado, JESCHECK y WEIGEND han señalado que este principio es “científicamente insostenible e inaplicable en la práctica”⁽⁷⁰⁾, pues torna ilimitado el poder punitivo estatal. Por ello, entre otras razones, es deseable una adopción muy controlada y limitada de la idea de justicia penal universal⁽⁷¹⁾.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, *Estudios del Derecho penal internacional*. Idemsa, Lima, 2007; BLANCO LOZANO, Carlos, “Principios espaciales y personales de aplicación del Derecho penal español”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 73, Edersa, Madrid, 2001; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*. 6ª edición. Tomo 1. Tecnos, Madrid, 2004; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE. Comares, Granada, 2002; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*. 13ª edición. Sudamericana, Buenos Aires, 1984; LUZÓN PEÑA,

(68) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, pp. 254-255.

(69) *Ibidem*, p. 254.

(70) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 182.

(71) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 198.

Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Tomo I. Universitas, Madrid, 1999; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 7ª edición alemana por J. BOFILL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON. Astrea, Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2008; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Configuración actual del principio de justicia universal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 91, Edersa, Madrid, 2007; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Bosch, Barcelona, 1996; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Aranzadi, Navarra, 2000; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*. Tomo I. Traducción de M. CANCIO MELIÁ y M. SANCINETTI. Aranzadi, Navarra, 2005; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2008; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

§ 3

Principio de representación

LUIS PEÑA TERREROS
Abogado en Derecho penal
(Perú)

	Sumario				
	Nm	P		Nm	P
I. Conceptos generales.....	1	317	III. Bibliografía.....	11	323
II. El principio de representación y su obligación.....	5	320			

§ 3.- Principio de representación

“La ley penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero”.

I. Conceptos generales

La extradición, en doctrina, se entiende como un acto de asistencia jurídica internacional⁽¹⁾, es decir, como un instrumento de cooperación judicial penal internacional de Estado a Estado para la lucha contra el delito⁽²⁾ destinado a impedir que los presuntos responsables eludan la acción de los tribunales competentes, ya sea para enjuiciarlos o ejecutar una pena, mediante su refugio en otro país⁽³⁾, lo cual evidentemente responde a su construcción jurí-

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, p. 772. Así también lo entendió el legislador nacional, y por ello el nuevo Código Procesal Penal del 2004 (aprobado por D. Leg. N° 957 del 29 de julio de 2004) regula la institución de la extradición en el Libro Séptimo titulado “La Cooperación judicial internacional”, como un proceso especial autónomo. Este Código, según su primera disposición final, ha entrado en vigencia progresiva en el territorio nacional a partir del 1 de julio de 2006 (numeral 2, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28671 del 31 de enero de 2006), y, las normas del libro Séptimo sobre Cooperación Judicial Internacional que contienen las normas sobre la extradición, entraron en vigencia en todo el país el 1 de febrero de 2006 (numeral 4, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28671 del 31 de enero de 2006).

(2) Cfr. DIRECCIÓN NACIONAL DE JUSTICIA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, “El procedimiento de extradición”, p. 15; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, pp. 197-198; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 274; ZUGALDÍA ESPINAR, J. / PÉREZ ALONSO, E. (coordinador), *Derecho penal. Parte general*, p. 337.

(3) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 179; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 221; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 133.

dica vía un sinnúmero de tratados y convenciones bilaterales y multilaterales⁽⁴⁾, imponiéndose sin duda alguna el principio de legalidad (*nulla traditio sine lege*). Sin embargo, convenios como el de la Unión Europea de 1996⁽⁵⁾, buscan eliminar la extradición en su sentido clásico para dotarle de un procedimiento rápido y veloz pero siempre respetando los derechos de la persona reclamada⁽⁶⁾, y otros, como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998⁽⁷⁾, la extradición cede el paso a las figuras de la detención y la entrega⁽⁸⁾, esto es, se pone una persona a disposición de un órgano internacional al que un Estado le ha reconocido jurisdicción⁽⁹⁾, por ello se afirma que las normas de este Estatuto contienen reglas que pueden estigmatizar y declarar fuera de la ley a los causantes de delitos contra los derechos humanos, como criminales internacionales⁽¹⁰⁾.

- 2 Respecto de la naturaleza jurídica de la extradición no existe consenso en doctrina. Así, un sector afirma que la extradición sería una institución mixta, con una connotación jurídica híbrida, por estar influenciada por tres disciplinas: el Derecho internacional, el Derecho penal y el Derecho procesal; y política⁽¹¹⁾. Otros afirman que sería un instituto de Derecho procesal penal que regula los requisitos de la extradición activa y pasiva⁽¹²⁾. Finalmente, otros la conciben como una institución de marcado carácter político, debido al considerable margen de decisión que los Estados tienen para perseguir o conceder la persecución de delitos, lo cual se encuentra vinculado al principio de

(4) Al respecto, sobre los tratados en materia de extradición suscritos por el Perú, Cfr. VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición*, p. 83 ss., y los suscritos por España, Cfr. PAZ RUBIO, J. María / ROBREDÓ BARRIO, M. / BOLUFER NIETO, I., *Tratados Internacionales en Materia Penal*, p. 49 ss.

(5) Cfr. Considerandos del *Convenio Europeo de Extradición* de 27/09/1996.

(6) Cfr. VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, Volumen I, pp. xxxvii-xl. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 147.

(7) El Estado peruano lo ha ratificado mediante Resolución Legislativa N° 27517 del 16 de septiembre de 2001.

(8) Artículos 86 ss. del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

(9) Cfr. VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen I, pp. xl-xli.

(10) Un estudio pormenorizado sobre la nueva Corte Penal Internacional lo encontramos en AMBOS, K., *El nuevo Derecho penal internacional*, p. 203 ss.

(11) En GIMENO SENDRA, V. / CONDE-PUMPIDO, C. / GARBERI LLOBREGAT, J., *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, pp. 833-834. En igual sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 199; ampliamente, QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 134-135.

(12) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 272-273.

reciprocidad, ante la ausencia del principio de la doble incriminación⁽¹³⁾, y, sobre todo, si es políticamente conveniente conceder la entrega del *extraditurnus*. Esta posición, a la luz de la reciente experiencia nacional en esta materia, creemos que es la más acertada, más aún, si según el Código Procesal Penal del 2004, resulta ser el Consejo de Ministros quien finalmente emite la resolución autoritativa⁽¹⁴⁾.

Desde el punto de vista metodológico, si bien la extradición es un proceso especial a tenor del Código Procesal Penal del 2004, su estudio en el ámbito del Derecho penal, sin discusión alguna en la doctrina, se encuentra vinculado a la validez espacial de la ley penal. Por ello nuestro Código Penal de 1991 lo regula en su artículo 3, en el capítulo I sobre aplicación espacial o territorial de la ley penal, y en concreto, como otro caso de aplicación territorial de la norma penal nacional⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, en doctrina se afirma que existen nueve clases de extradición, entre ellas se mencionan a las siguientes: extradición activa, la pasiva, la de tránsito, la reextradición y la extradición-secuestro⁽¹⁶⁾; y, un total de doce principios de Derecho internacional informadores de la extradición, siendo los más importantes: la doble incriminación⁽¹⁷⁾, legalidad (*nulla traditio sine lege*), especialidad, competencia, la prescripción, cosa juzgada (*non bis in idem*)

(13) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 179 y 182; CARBONELL MATEU, J., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, pp. 175-176.

(14) Cfr. Artículos 514 y 522.

(15) En este sentido, REYNA ALFARO, L., "Artículo 3". En: CASTILLO ALVA, J. (coordinador), *Código Penal comentado*, p. 300.

(16) Cfr. VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen I, p. xxv.

(17) El principio de la doble incriminación ha sido recogido por el legislador nacional al momento de promulgar el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 517 numeral 1. Al respecto, debemos agregar que, además del principio de doble incriminación —requisito formal para la procedencia de la extradición—, los Estados requeridos no solo realizan una valoración de carácter jurídico-penal de los hechos materia de extradición, sino que además hacen una valoración de carácter probatorio de dichos hechos y de la presunta responsabilidad del *extraditurnus*, en el sentido de afirmar si existe "(...) indicios fehacientes para establecer su participación y responsabilidad en tal hecho punible (...)". Cfr. considerando 61 en el fallo recaído en los Exps. N°s 017-2001, 018-2001 y 041-2001, respecto de la extradición solicitada por el Gobierno peruano a Chile, en el caso Edgardo Daniel Borobio Guede. En igual sentido, en el expediente de Extradición Activa N° 76-03 (caso Enrique José Benavides Morales), donde el Estado alemán, a través del Tribunal Regional Superior de Hamm, declaró inadmisibles la extradición solicitada por el Estado peruano a través del 5° Juzgado Penal Especial, Exp. N° 69-01, por no haberse constatado "(...) indicios de criminalidad objetiva y subjetivamente"; en el expediente de Extradición Pasiva N° 05-97, resolución del 26 de diciembre de 1997 invocó el principio de reciprocidad y declaró improcedente la extradición por no haberse "(...) acompañado los actuados sustentatorios del hecho incriminado y menos las pruebas de la participación del reclamado (...)". Véase en ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia procesal penal*. Tomo II, pp. 618-619.

inextraditabilidad por delitos políticos y irretroactividad de los tratados⁽¹⁸⁾. De las instituciones mencionadas, solo nos referiremos a aquellas que se encuentran vinculadas al artículo 3 del Código Penal, esto es, a la extradición pasiva y a algunas de las causales de improcedencia o rechazo de la extradición pasiva, tal como lo regula el artículo 517 del Código Procesal Penal del 2004.

II. El principio de representación y su obligación

- 5 Acorde a los principios que rigen el Derecho penal internacional, el principio de representación vendría a constituirse en un complemento subsidiario del poder punitivo del Estado reclamante que no puede aplicar su ley penal sobre la base del principio de territorialidad, actuando en su lugar el juez del Estado requerido⁽¹⁹⁾, es decir, aplicando la ley penal del Estado requerido al *extraditurus* cualquiera que sea su nacionalidad, y no solo al extranjero como algunos sostienen⁽²⁰⁾, pues por el principio de territorialidad todos los Estados aplican su ley penal a todos los delitos cometidos dentro de su territorio sin importar la nacionalidad del infractor. En buena cuenta, de lo que se trata es de afianzar la solidaridad o cooperación entre los países a fin de evitar la impunidad y con ello lograr la justicia universal⁽²¹⁾.
- 6 Un primer supuesto sobre la aplicación del principio de representación se encuentra vinculado a los casos de no entrega de los nacionales al Estado requeriente. Por ello definiremos brevemente qué se entiende por extradición pasiva. La extradición pasiva es aquella donde un Estado es el requerido por otro Estado⁽²²⁾, que es el reclamante, a la entrega de un *extraditurus* por un delito que ha cometido en el territorio de este Estado. Legislativamente, se encuentra

(18) VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen I, p. xxvii; DIRECCIÓN NACIONAL DE JUSTICIA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, "El procedimiento de extradición". *Op. Cit.* pp. 25-26. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 273; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 184-186; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, p. 266 ss. Ampliamente en: RODRÍGUEZ DEVEZA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, pp. 241-250; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 224-228, ZUGALDÍA ESPINAR, J. / PÉREZ ALONSO, E. (coordinador), *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 339-342, y QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 139-146.

(19) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 182.

(20) Así, MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 186; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 147.

(21) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 271.

(22) Cfr. fundamento 4 de la Sentencia N° 3966-2004-HC/TC del 3 de marzo del 2005. Es decir, consiste en la entrega de un delincuente refugiado en un Estado al Estado extranjero reclamante, Cfr. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 221.

regulada en el artículo 516 y ss. del Código Procesa Penal del 2004⁽²³⁾, y, a diferencia de la antigua Ley de Extradición del 23 de octubre de 1888⁽²⁴⁾, no existe norma expresa en este cuerpo normativo que prohíba la entrega de los nacionales al Estado solicitante en los casos de extradición pasiva⁽²⁵⁾. Ante el silencio del legislador, debe agregarse además que no existe sobre este tema un criterio uniforme en los convenios o tratados bilaterales suscritos por el Perú. Así, unos niegan la entrega del nacional⁽²⁶⁾, pocos la aceptan⁽²⁷⁾, y otros la hacen facultativa⁽²⁸⁾. Al respecto, hay quienes entienden que la entrega de un nacional en virtud de la extracción pasiva, por lo menos en algunos casos, importaría una pena de expatriación⁽²⁹⁾. Sin embargo, a la luz de los tratados modernos en materia de extradición, el uso de la nacionalidad vendría a constituirse en un impedimento de la extradición pasiva, significando una distorsión total de los propósitos fundamentales de la cooperación internacional en la aplicación de la ley penal del país reclamante. En buena cuenta, resulta ser un subterfugio de protección indiscriminado que no debe ser acogido por ningún Estado de Derecho Social y Democrático. Por ello, urge un reexamen de la política de no extradición pasiva de los propios nacionales, a fin de establecer un medio más efectivo de aplicación internacional de la ley penal, y con ello evitar la impunidad⁽³⁰⁾.

Como se ha dicho, a pesar de la incertidumbre en las convenciones suscritas por el Estado peruano en materia de extradición pasiva de un nacional, es en estas convenciones donde precisamente se regula el principio de representación, como un principio del Derecho internacional. En efecto, en los convenios suscritos por el Perú con Francia, Bélgica y Chile, como consecuencia

(23) La extradición pasiva simplificada por aceptación del *extraditurus* la contempla el artículo 520 numeral 3 del CPP del 2004.

(24) Artículo 3 numeral 1.

(25) Cfr. Artículo 516 del CPP del 2004, donde se señala como sujetos de la extradición pasiva al “residente, turista y al que está de paso”; VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen I, pp. 363-364.

(26) Convenios con Francia, Bélgica y Chile. Véase VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen II, pp. 84, 95 y 153.

(27) Convenios con Brasil, EE. UU. y Bolivia. Véase VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen II, pp. 143, 211 y 261.

(28) Convenios con Gran Bretaña, España, Italia, Paraguay, México, Costa Rica y República de Corea. Véase VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen II, pp. 105, 160, 173, 188, 200, 250 y 289.

(29) ZAFFARONI, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 211. También se ha sostenido otros argumentos como la violación de la dignidad nacional, atentado contra el deber del Estado de proteger a sus súbditos, etc. Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 252-253.

(30) Desde mediados del siglo XX, ya la opinión científica era favorable a la entrega de los nacionales, Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 253.

de la prohibición de entregar a los connacionales, encontramos la *delegación* de la facultad de juzgar y aplicar la sanción correspondiente del Estado requerente a favor del Estado requerido con la obligación de aquel de aportar todo el material probatorio⁽³¹⁾. Es decir, ante la no entrega del Estado peruano del nacional solicitado por cualquiera de los tres Estados antes mencionados, el Perú estará en la obligación de aplicar la ley penal al *extraditurus*. El espíritu de estas convenciones, lamentablemente, no tiene correlato con el artículo 3 del Código Penal, donde hace *facultativa* la aplicación de la ley penal nacional. Este principio de representación también resulta aplicable en los casos donde la entrega del connacional resulta facultativa.

8 Otros dos supuestos donde se recurre al principio de representación, lo encontramos en el artículo 517 del Código Procesal Penal del 2004 donde se regula las causales por las cuales se rechaza o se declara inadmisibile la extradición pasiva, y ellos son: por falta de jurisdicción o competencia por parte del Estado requerente (numeral 2 literal a), y por soberanía, seguridad, orden público o interés nacional (numeral 3 literal b). Resulta evidente que en los demás casos donde no procede la extradición pasiva, como sería por falta de la doble incriminación, prescripción, cosa juzgada o delitos políticos, el Estado requerido, es decir, el Perú, no podría aplicar el Derecho penal nacional al *extraditurus*.

9 Sobre el supuesto de falta de jurisdicción y competencia, no cabe duda que en estos casos el Estado requerente carece de legitimación para solicitar la entrega del *extraditurus* a pesar de que este tenga en su poder todo el arsenal probatorio. Sin embargo, acorde al espíritu del artículo 3 del Código Penal, el Estado peruano podría aplicar la ley penal, para lo cual el Estado solicitante o a pedido de nuestro Estado, deberá remitir toda la documentación con las garantías del caso y siguiendo los conductos regulares. Históricamente, no ha sido pacífica la aplicación de esta causal para denegar la extradición, pues se aceptó la extradición solicitada por un Estado inexistente al momento de los hechos, como lo fue Israel, por el asesinato de miles de judíos franceses en la II Guerra Mundial (caso John Demjanjuk: 1995)⁽³²⁾. Lo mismo ocurrió respecto al juzgamiento en un tercer Estado —Holanda—, de un ciudadano libio

(31) Así, el artículo I del Convenio suscrito con Francia, artículo VI del suscrito con Bélgica y artículo IV del suscrito con Chile. Véase en VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen II, pp. 84, 95 y 153.

(32) VALLE-RIESTRA, J., *Tratado de la extradición. Op. Cit.*, volumen I, p. 36 ss.

respecto de hechos ocurridos en Escocia en agravio de ciudadanos norteamericanos (caso Lockerbie: 1999)⁽³³⁾.

Sobre el supuesto de no entrega del *extraditurus* por soberanía, seguridad, orden público o interés nacional, debe concordarse esta causal con lo prescrito en el artículo 2 del Código Penal, que regula la aplicación de la ley penal fuera del territorio nacional o el principio de extraterritorialidad, luego con la obligación –y no facultativa– del Estado peruano de aplicar la ley penal nacional. Es decir, fuera de los casos señalados en el artículo 2 del Código Penal, que regula la aplicación de la ley penal, vía extradición activa, en aplicación de los principios de defensa o real, de personalidad y universal; la ley penal nacional se aplicará una vez negada la extradición pasiva y por el principio de representación, a todos los casos donde en general exista un interés directo del Estado peruano, lesionado por el *extraditurus* por delito cometido en el Estado requerente.

III. Bibliografía

- AMBOS, Kai, *El nuevo Derecho penal internacional*. ARA, Lima, 2004; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomas, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*. 16ª edición. Tomo I (Parte general). Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1971; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; DIRECCIÓN NACIONAL DE JUSTICIA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, “El procedimiento de extradición”. 2ª edición. Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia, Lima, 1996; GIMENO SENDRA, Vicente / CONDE-PUMPIDO, Cándido / GARBERI LLOBREGAT, José, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Tomo 6. Bosch, Barcelona, 2000; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción Miguel OLMEDO CARDENOTE. Comares, Granada, 2002; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Losada, Buenos Aires, 1950; MAURACH, Reinhardt / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge BOFIA GENZCH y Enrique AIMONE GIBSON, supervisada por Edgardo DONNA. Astrea, Buenos Aires, 1994; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho*

(33) Ibídem, p. 38 ss.

penal. Parte general. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PAZ RUBIO, José María / ROBREDO BARRIO, María Dolores / BOLUFER NIETO, Inmaculada, *Tratados internacionales en materia penal*. Colex, Madrid, 1997; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. CEDECS, Barcelona, 1996; REYNA ALFARO, Luis, “Artículo 3”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (coordinador), *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima 2004; RODRÍGUEZ DEvesa, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*. 16ª edición. Dykinson, Madrid, 1993; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia procesal penal*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; VALLE-RIESTRA, Javier, *Tratado de la extradición*. Volúmenes I y II. AFA, Lima 2004; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima 1998; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2002; ZUGALDÍA ESPINAR, José (director) / PÉREZ ALONSO, Esteban (coordinador), *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

§ 4

Excepciones al principio de extraterritorialidad

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ

*Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)*

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades.....	1	325	3. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida (Art. 4, inc. 3).....	22	333
II. Limitaciones propiamente dichas del principio de extraterritorialidad.....	6	327			
1. Limitación extraterritorial de las leyes penales por extinción de la acción penal conforme a una u otra legislación (Art. 4, inc. 1).....	8	328	4. Renovación del proceso ante los tribunales peruanos cuando el agente no ha cumplido totalmente la pena (Art. 4, último párrafo).....	29	335
2. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos (Art. 4, inc. 2).....	14	330	III. Bibliografía.....	33	336

§ 4.- Excepciones al principio de extraterritorialidad

“Las disposiciones contenidas en el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

- 1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;*
- 2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y,*
- 3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida.*

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida”.

I. Generalidades

Es conocido por doquier que en la mayoría de países la aplicación espacial de la ley penal está vinculada al imperio del principio de territorialidad, según el cual la competencia jurídica para aplicar las leyes penales a los autores

y partícipes de un hecho delictivo corresponde al país en cuyo territorio se configura el delito. Asimismo, también es conocido que junto al principio de territorialidad (regla general que rige la aplicación espacial de la ley penal) existen otros principios complementarios (regla excepcional), los cuales dan lugar a que los Estados apliquen sus leyes penales más allá de su territorio, es decir, a aquellos hechos delictivos que tienen lugar fuera de su espacio físico.

2 De las líneas conceptuales apuntadas concluimos dos cosas. Por un lado, la aplicación espacial de la ley penal peruana también se rige por el principio de territorialidad (regla general), lo cual significa que el Estado peruano aplica su ley penal a los autores y partícipes de todos los delitos que tienen lugar dentro de la jurisdicción territorial peruana (Art. 1 del CP), en virtud de su competencia jurídico-penal preferente. Por otro lado, el Perú, excepcionalmente, aplica su ley penal más allá de su territorio (Art. 2 del CP), y ello aunque los sucesos delictivos no se hayan realizado dentro de su jurisdicción territorial.

3 En este último caso, la aplicación extraterritorial de la ley penal se expresa mediante tres principios: a) El *principio real o de defensa*, en virtud del cual el Estado peruano aplica su ley penal a todos los hechos delictivos que atentan contra sus intereses y sin importar las cualidades personales de los autores y partícipes ni el lugar donde ocurrieron los hechos; b) el *principio de personalidad*, conforme al cual Perú somete a su jurisdicción penal todos los hechos delictuosos perpetrados por sus ciudadanos en el extranjero (*principio de personalidad activa*) y todos los delitos cometidos contra sus ciudadanos (*principio de personalidad pasiva*); c) principio de *justicia universal*, el cual está orientado a sancionar los delitos que constituyen un riesgo para todos los países, al margen de quién, contra quién y dónde hayan sido cometidos⁽¹⁾.

4 Relacionado con lo acabado de mencionar, es necesario precisar que la aplicación extraterritorial *subsidiaria* de la ley penal peruana (en cualquiera de sus modalidades previstas en el Art. 2) a los hechos delictivos que se cometen fuera del territorio nacional solo tiene lugar cuando se cumplen dos presupuestos: uno material y otro legal. Desde la perspectiva material, la aplicación extraterritorial de la ley peruana requiere que los autores y partícipes se encuentren dentro del territorio peruano, lo cual puede producirse, bien porque son extraditados a solicitud de las autoridades peruanas, bien porque han ingresado al territorio peruano sin que medie una intervención estatal. Desde la óptica jurídica, la aplicación de la ley penal peruana a los autores

(1) Cfr. MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general* 1, p. 174.

y partícipes que cometen delitos fuera del territorio de Perú presupone que se cumplan los requisitos legales correspondientes. A saber, se requiere que: a) que el hecho delictivo se encuentre incriminado tanto en la legislación peruana como en el país donde se cometió el hecho; b) que la acción penal o la pena no haya prescrito en ninguna de las dos legislaciones (nacional y extranjera); c) que los autores o partícipes no hayan sido absueltos en el extranjero o que la pena impuesta a estos no haya sido cumplida o redimida.

Realizados los alcances preliminares pertinentes, es momento de referirnos al tema que es objeto del presente comentario: *los límites de la aplicación extraterritorial de la ley penal*. Estos límites se encuentran establecidos en el artículo 4 del Código Penal. En efecto, el precepto referido consagra los límites de la aplicación extraterritorial tanto de la ley penal peruana como de las leyes penales extranjeras. Así, el artículo 4 del Código Penal peruano establece dos tipos de prohibiciones a la vigencia de los principios de personalidad, real o de defensa y justicia mundial⁽²⁾. De forma más específica, la primera prohibición impide que la ley penal peruana —en cualquiera de sus expresiones— se aplique a los autores y partícipes que cometen un delito fuera del territorio peruano; mientras que la segunda prohibición impide que las leyes penales extranjeras se apliquen a los autores y partícipes que cometen delitos dentro de la República del Perú. En lo que sigue, analizaremos el contenido y alcances del artículo 4.

II. Limitaciones propiamente dichas del principio de extraterritorialidad

El artículo 4 del Código Penal peruano consagra los límites extraterritoriales de la ley penal en los siguientes términos:

“Las disposiciones contenidas en el artículo 2 incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;
2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y,
3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida.

(2) Véase también, BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano*, pp. 243-244.

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida”.

- 7 Como ya adelantamos, el artículo 4 del Código Penal peruano consagra no solo prohibiciones respecto de la eficacia extraterritorial de la ley penal peruana, sino también de la eficacia territorial de las leyes penales extranjeras. Estas prohibiciones se expresan, en cuatro situaciones. Veamos.

1. Limitación extraterritorial de las leyes penales por extinción de la acción penal conforme a una u otra legislación (Art. 4, inc. 1)

- 8 La limitación regulada por el inciso 1 del artículo 4 encuentra su fundamento en el sentido teleológico de los preceptos legales que regulan la prescripción de la acción penal, ya que lo dispuesto por el inciso acotado es una expresión de la seguridad jurídica que caracteriza al Estado de Derecho, y que, en la situación analizada, está vinculada a la vigencia y eficacia de los preceptos legales que regulan la institución jurídico-penal de la prescripción de la acción penal.

- 9 Respecto del fundamento de la prescripción de la acción penal –institución que está regulada en el artículo 78 y ss. del Código Penal peruano– MIR PUIG sostiene que este se halla vinculado a tres cuestiones: “(...) a la falta de necesidad de la pena (...), a las dificultades de prueba (...) y a las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un determinado plazo”⁽³⁾. A partir de ello, participando en parte con las ideas de MIR PUIG sobre el fundamento de la prescripción de la acción penal, postulamos que el fundamento de la restricción extraterritorial de la ley penal radica en consideraciones teleológicas y materiales. Las primeras se expresan en la ausencia de necesidades preventivas de pena a los autores y partícipes que cometen delitos en el extranjero, en virtud de que estas han sido desvanecidas por transcurso del tiempo; por su parte, las segundas se manifiestan en la dificultad probatoria que es ocasionada por el deterioro de los medios probatorios.

- 10 Asimismo, a nuestro juicio, la limitación extraterritorial de las leyes penales por extinción de la acción penal conforme a una u otra legislación también se fundamenta en el principio constitucional de igualdad ante la ley, cuya consagración en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993, señala que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe

(3) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, § 30/24, p. 751.

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Pues bien, de esta regulación se desprenden las garantías formales y materiales de que los legisladores y las autoridades judiciales se encuentran vinculados a tratar por igual a todos los ciudadanos, respectivamente, tanto en el momento en que elaboran el texto legal⁽⁴⁾ como en el momento de su aplicación⁽⁵⁾. Esto, no es otra cosa que el sometimiento igual de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico, así como el derecho que todos tenemos a recibir la protección de los derechos que dicho ordenamiento nos reconoce. En tal sentido, en la materia objeto de comentario, la vigencia formal y material del principio de igualdad ante la ley demanda que los efectos de la prescripción de la acción penal no solo se apliquen a los autores y partícipes que cometen delitos dentro del territorio peruano, sino también a quienes realizan delitos en el extranjero. Y es que el principio de igualdad ante la ley —por medio de una de sus máximas: *tratar igual a los iguales*— exige al Estado no perseguir a los ciudadanos cuando la acción penal ha prescrito, tanto cuando el delito es realizado en Perú, como cuando el delito es realizado en el extranjero. Con ello, no tiene asidero jurídico alguno sancionar a ciertos ciudadanos —aquellos que configuran hechos delictuosos en el extranjero— cuando la acción penal se encuentra prescrita.

Junto al fundamento, una cuestión importante que subyace en el inciso 11 1 del artículo 4 del Código Penal es el referido a los alcances de la frase “(...) prescripción de la acción penal conforme a otra legislación”. Sobre esta cuestión, debemos indicar que no es necesario que la acción penal prescriba en las dos legislaciones, sino que basta la prescripción de la persecución penal a la luz de solo una de las legislaciones penales. Con ello, se tiene lo siguiente: por un lado, el Perú no podrá sancionar con sus leyes penales a los autores o partícipes que cometen hechos delictivos en el extranjero cuando, tomando en consideración la legislación del país donde ocurrieron los hechos, tales conductas ya se encuentran prescritas, pero que según la legislación nacional la acción penal sigue vigente. Por otro lado, bajo la misma óptica, tampoco se puede aplicar la ley penal peruana cuando la acción penal respecto de los hechos cometidos en un país extranjero se encuentra prescrita conforme a la legislación de Perú. Está claro que, a efectos de declarar la inaplicación de la ley penal peruana en este último caso, no tiene repercusión alguna si la acción penal sigue vigente en el país donde se comete el delito.

(4) Vide BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, p. 72. También, Cfr. SOSA SACIO, J., “Igualdad ante la ley”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, p. 52.

(5) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*. Op. Cit., p. 72.

12 Como correlato de lo señalado, resulta que otros países tampoco pueden aplicar extraterritorialmente su ley penal a los autores y partícipes que cometen delitos dentro del territorio peruano en los supuestos de que la acción penal ha prescrito a la luz de sus legislaciones o de nuestra legislación. De esta manera, si un país extranjero solicita la extradición de ciudadanos que han cometido delitos en el territorio de la República peruana —e incluso que habiendo delinquido en el extranjero se encuentran en nuestra patria— las autoridades peruanas denegarán la extradición si se observa que la acción penal de los hechos imputados se encuentra prescrita en la legislación nacional, pero se encuentra vigente en la legislación del país donde acontecieron los hechos o en la legislación del país requirente.

13 De lo expuesto en el párrafo precedente, se infiere una última cuestión: la restricción de la aplicación extraterritorial de la ley penal que se fundamenta en la prescripción de la acción penal orienta su eficacia por el sentido de la ley más favorable para el imputado, ya que el inciso 1 del artículo 4 no indica si la prescripción de la acción penal se determina de acuerdo a la ley penal nacional, sino por la ley penal que tiene más corto el plazo prescriptorio (nacional o extranjera), es decir, la más favorable⁽⁶⁾.

2. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos (Art. 4, inc. 2)

14 Esta limitación se encuentra regulada en el inciso 2 del artículo 4 bajo la fórmula siguiente: “Las disposiciones contenidas en el artículo 2 incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican: (...) Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos (...)”.

15 La primera cuestión a dilucidar en torno a esta problemática es la referida a su alcance. Al respecto, hay que decir dos cosas: por un lado, tal como ocurre con los alcances de la limitación prevista en el inciso 1, la presente restricción se extiende a los principios de personalidad, real o de defensa y justicia universal. Por otro lado, la restricción aludida irradia su vigencia no solo a la legislación nacional, sino también a la legislación extranjera. De este modo, el Perú —y consecuentemente los estados extranjeros— no pueden aplicar sus leyes penales a los autores y partícipes que cometen delitos políticos fuera de sus jurisdicciones territoriales.

(6) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 285.

La presente restricción está vinculada a una clase de delitos: los delitos políticos, por tanto, la segunda cuestión a dilucidar es la referida a la naturaleza de los delitos políticos, es decir, ¿qué se entiende por delitos políticos? Y ¿cuáles son esos delitos?

Sobre las respuestas a estas interrogantes, la doctrina suele elaborar sus postulados desde perspectivas distintas, las mismas pueden dividirse en tres grupos: objetivas, subjetivas y mixtas. Con arreglo a las teorías objetivas, los delitos políticos son definidos como aquellos acontecimientos que atentan contra la organización política o constitucional del Estado⁽⁷⁾; lo cual significa que la naturaleza política de tales hechos viene determinada por la clase de bien jurídico lesionado⁽⁸⁾. En tales circunstancias, serían delitos políticos los injustos penales de rebelión, algunas figuras de sedición, reuniones o manifestaciones ilegales y asociaciones ilícitas, etc. En contra de lo apuntado, las teorías subjetivas conceptualizan los delitos políticos en función del móvil o fin perseguido por el delincuente⁽⁹⁾, de modo que, con arreglo a ellas, serían delitos políticos todos aquellos injustos penales que se realicen con un móvil o fin político aunque, por el bien jurídico lesionado, se trataran de delitos comunes, como el homicidio, asesinato, robo, incendio, daños, etc.⁽¹⁰⁾. Por su parte, las teorías mixtas combinan los criterios objetivo y subjetivo, es decir, identifican el delito político con la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos.

Ahora bien, dentro de las teorías mixtas existen, a su vez, una posición extensiva y una posición restrictiva. Para las teorías mixtas extensivas, son delitos políticos todos los supuestos que —aunque no tengan un fin político— crean riesgos contra la organización política o constitucional del Estado, y todos los comportamientos que —aunque objetivamente no ponen en peligro la organización política del Estado— se realizan con dicha finalidad. *A sensu contrario*, para las teorías de carácter restrictivo solo son delitos políticos aquellos que, atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan además con un fin político. A partir de aquí, quedan al margen del concepto de delito político los delitos contra la organización política o constitucional del Estado que realizados con móviles o fines no políticos (v. gr., con ánimo de lucro, afán de notoriedad, etc.); del mismo modo, no son calificados como delitos políticos los injustos penales comunes que son realizados con un móvil o fin político (asesinato, robo, daño, incendio, etc.).

(7) En la doctrina penal peruana tenemos a BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano*. Op. Cit., p. 244.

(8) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. 6ª edición. Tomo I, p. 288.

(9) BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano*. Op. Cit., p. 244.

(10) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Op. Cit., p. 288.

- 19 Por lo que a nosotros concierne, nos decantamos por el concepto mixto restringido, en tanto, a nuestro juicio, es el más correcto, ya que, como apunta CEREZO MIR⁽¹¹⁾, no hay que olvidar que el concepto de delito político es un concepto teleológico elaborado en función de un fin, que no es otro que el de excluir de la extradición a los delincuentes políticos, dispensarles un tratamiento penitenciario especial, más benévolo. En este contexto, los delitos comunes realizados en el curso de una rebelión deben considerarse como políticos únicamente aquellos delitos que están amparados por las leyes y costumbres de la guerra. Conforme a este parámetro establecido por el Instituto de Derecho Internacional en la reunión de Ginebra de 1892, será delito político la muerte del enemigo en la lucha o las destrucciones necesarias para conseguir los fines de la rebelión. En cambio, el asesinato de prisioneros, rehenes, o de personas no combatientes, así como los robos y las destrucciones innecesarias, aunque se realicen con móviles o fines políticos no poseen la calidad de delito político.
- 20 Finalmente, asoma una tercera cuestión: la referida al fundamento, esto es, ¿por qué se prohíbe aplicar extraterritorialmente las leyes penales cuando se trata de delitos políticos? Las razones son de tres tipos. En primer lugar, se sostiene que tal prohibición se fundamenta en la perspectiva liberal que considera que los delitos políticos son de menor gravedad que los comunes, y que el delincuente político, más que un delincuente, es un vencido en la lucha política. En segundo lugar, se argumenta que la restricción analizada se debe a que se busca evitar cualquier tipo de interferencia en los asuntos internos del país al que pertenecen los presuntos autores y partícipes de delitos políticos. Por último, en tercer lugar, suele decirse que la restricción del inciso 2 encuentra su asidero en el hecho de que los delitos políticos, en puridad, no atentan contra los intereses del Estado, sino contra los intereses políticos de los gobiernos totalitarios.
- 21 Desde nuestra perspectiva, suscribimos todo lo apuntado precedentemente acerca del fundamento, ya que tales valores son los que fundamentan el Estado Constitucional Democrático de Derecho. Expresión de ello es que el principio de la no entrega de los delincuentes políticos —y, como consecuencia, la restricción de la aplicación extraterritorial de las leyes penales—, en la actualidad, sigue siendo un principio fundamental recogido en todas las leyes y tratados de extradición. Así, por ejemplo, el artículo 3.2 del Convenio Europeo de Extradición autoriza al Estado requerido a rechazar

(11) Ídem.

la extradición cuando pueda suponer que la persecución, aunque tenga por objeto un delito común, se realiza por motivos de raza, religión, nacionalidad o de carácter político.

3. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida (Art. 4, inc. 3)

El inciso 3 del artículo 4 del Código Penal consagra una tercera restricción de la aplicación extraterritorial de la ley penal en los términos siguientes: “Las disposiciones contenidas en el artículo 2 incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican (...) Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida”.

La presente restricción sienta su fundamento en la seguridad jurídica que emana del instituto *non bis in idem*. De forma general, esta institución garantiza que ninguna persona puede ser procesada o sancionada más de una vez por los mismos hechos. De un modo específico, en el sistema punitivo, la vigencia del *non bis in idem* impide dos ámbitos: en el ámbito procesal, prohíbe que el Estado someta a los ciudadanos a un proceso penal dos veces o más por los mismos hechos; en el plano sustantivo, garantiza a los ciudadanos que no se les impondrá nuevas penas por los mismos hechos, cuando tales acontecimientos ya han sido objeto de sanción en el curso de un debido proceso⁽¹²⁾.

Pues bien, estas garantías de seguridad jurídica —consagradas en el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución peruana de 1993⁽¹³⁾— han sido recogidas en el inciso 3 del artículo 4 del Código Penal, las mismas que han sido sintetizadas en cuatro supuestos.

El primero de ellos está referido a la inaplicación extraterritorial de la ley penal en virtud de que los autores y/o partícipes del delito cometido en el extranjero ya han sido absueltos en el contexto de un proceso penal regular. Es decir, debe existir una sentencia absolutoria firme, cuyos efectos inmediatos constituyen cosa juzgada, de modo que el estatus jurídico es inmodificable. Este es el criterio que mantiene el texto del inciso 3 del artículo 4 del Código

(12) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 285.

(13) En el mismo sentido, REYNA ALFARO, L., “Excepciones al principio de extraterritorialidad”. En: *Código Penal comentado*, p. 305.

Penal cuando reconoce la validez de la sentencia extranjera absolutoria⁽¹⁴⁾. A nivel internacional, esta perspectiva ha sido consagrada en el Convenio Europeo de Extradición (CEE), cuyo artículo 9 excluye la extradición —y con ello la restricción de la aplicación extraterritorial de la ley penal— en los casos en que hubiera recaído sentencia firme absolutoria en el Estado requerido.

26 El segundo supuesto se presenta cuando los agentes de un delito cometido fuera del territorio peruano ya han cumplido la pena que se les ha impuesto en una sentencia condenatoria y cuyo juzgamiento ha gozado de todas las garantías que atañen al debido proceso. En este ítem cobra singular importancia la clase de pena impuesta. En principio, el Código Penal no vincula la operatividad de la restricción al cumplimiento de una determinada clase de pena, por el contrario, utiliza la fórmula general “cumplimiento de pena”, con lo cual subsume a todas las clases de penas que se contemplan en el artículo 29 del Código Penal⁽¹⁵⁾. En tal sentido, la restricción que está vinculada al segundo supuesto tiene lugar en todos los casos que los condenados han cumplido la pena impuesta, sea esta privativa de libertad, restrictiva de la libertad, limitativa de derechos o de multa.

27 Por lo que concierne al tercer supuesto, este se presenta cuando —según el propio texto del inciso 3— la pena impuesta a los agentes del delito se halla prescrita. A diferencia del supuesto anterior, la pena impuesta en una sentencia firme no ha sido cumplida, sino se halla prescrita. La razón que va unida a esta restricción estriba en que la pena no es imprescriptible, pues así lo consagra el artículo 86 del Código Penal peruano, al señalar que “El plazo de prescripción de la pena es el mismo que fija la ley para la prescripción de la acción penal (...)”. En tal sentido, no está de más señalar que por disposición del artículo 86, la prescripción de la pena se sujeta a las reglas que rigen la prescripción de la acción penal, vale decir, el plazo prescriptorio se determinará en función de los criterios que se encuentran establecidos en el artículo 80 (v. gr., tomando en cuenta el concurso real o ideal de delitos, fecha en que la sentencia quedó consentida o ejecutoriada, etc.) y ss. Por lo demás, consideramos que las consideraciones axiológicas y materiales que fundamentan la restricción del tercer supuesto poseen la misma naturaleza de aquellas que ya fueron expuestas en el epígrafe II.1, es decir, en la ausencia de necesidades preventivas de pena y en la dificultad probatoria y en diversas instituciones que atañen al Estado de Derecho.

(14) Es de la misma opinión HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 281.

(15) REYNA ALFARO, L., “Excepciones al principio de extraterritorialidad”. *Op. Cit.*, p. 305.

Finalmente, el cuarto supuesto de restricción que establece el inciso 3 hace referencia a la inaplicación extraterritorial de la ley penal en virtud de que la pena se encuentra remitida. En torno a esta cuestión, solo cabe indicar que su fundamento radica en que la pena remitida también ostenta garantías de seguridad jurídica propias de la cosa juzgada; es decir, impide que quien de acuerdo a ley haya remitido su pena, sea nuevamente juzgado y/o condenado por los mismos hechos. Esto es lo que fundamenta que la República peruana no pueda aplicar su ley penal a los ciudadanos que son condenados en un país extranjero y que allí mismo remiten su pena.

4. Renovación del proceso ante los tribunales peruanos cuando el agente no ha cumplido totalmente la pena (Art. 4, último párrafo)

El último párrafo del artículo 4 del Código Penal señala que: “Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida”.

Como puede verse, en este acápite, el artículo 4 presenta a los tribunales peruanos la posibilidad de renovar un proceso penal contra los autores y partícipes de algún delito cuando estos no cumplen totalmente la pena que se les impone en el país donde realizan la conducta punible. Dicho en otras palabras, si los agentes de un delito cometido en el extranjero no cumplen la pena impuesta por el tribunal del país territorialmente competente, el artículo 4 permite que las instituciones peruanas correspondientes hagan posible el cumplimiento de la condena faltante.

Mientras que la renovación del proceso es una posibilidad, el cómputo de la pena impuesta en el extranjero es una obligación. Es decir, las autoridades peruanas están obligadas a hacer cumplir solamente la pena faltante, pues la pena cumplida en el extranjero surte todos sus efectos. Esto implica que se cumplirá solo lo que reste de la misma pena impuesta en el extranjero.

Por último, cabe indicar que lo consagrado en el cuarto párrafo del artículo 4 CP, en puridad, constituye un límite a la aplicación extraterritorial de la ley penal solo en tanto obliga a computar la pena cumplida en el extranjero. De ahí en más, dicho párrafo no constituye límite alguno a la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana, ya que posibilita su aplicación extraterritorial.

III. Bibliografía

- 33 BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993; BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, *Derecho penal peruano*. Ediciones Jurídicas Unifé, Lima, 2004; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. 6ª edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 2004; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general 1*. Traducción de la 7ª edición alemana por J. BOFILL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON. Astrea, Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Reppertor, Barcelona, 2002; REYNA ALFARO, Luis Miguel, “Excepciones al principio de extraterritorialidad”. En: *Código Penal comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; SOSA SACIO, Juan Manuel, “Igualdad ante la ley”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

§ 5

Lugar de realización del delito (principio de ubicuidad)

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ

*Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)*

		Sumario			
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades	1	337	1. Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en la acción	26	347
II. Modelos teóricos sobre la determinación del lugar de realización del delito y orientación del artículo 5 CP	4	339	2. Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en el resultado..	32	349
1. Modelo o teoría de la acción.....	5	339	3. Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias dogmáticas en la autoría y participación	34	350
2. Teoría del resultado	9	340	4. Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias en el ámbito de los delitos de tránsito	41	352
3. Teoría de la ubicuidad.	13	342	V. <i>Excursus</i> : lugar de realización del delito vs. momento de realización del delito...	43	353
III. Fundamentos del principio de ubicuidad	16	343	VI. Bibliografía.....	48	355
1. Fundamento dogmático	17	343			
2. Fundamento político-criminal.....	21	345			
IV. Aplicación y consecuencias dogmáticas del principio de ubicuidad.....	25	345			

§ 5.- Lugar de realización del delito (principio de ubicuidad)

“El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”.

I. Generalidades

Uno de los temas más polémicos relacionado con la aplicación de la ley penal de un Estado es el referido al lugar donde se considera que se ha configurado el hecho punible. En la legislación penal peruana, esta cuestión se encuentra regulada bajo el *nomen iuris* principio de ubicuidad (*Ubiquitätsprinzip*⁽¹⁾); de ahí

(1) Vide HEINRICH, B., *Weber-FS*, p. 100 ss.; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, § 18/IV, p. 177; KUNIG, P. / UERPMMANN, R., *Jura* 1994, p. 193; ROTSCH, T., *ZIS* 2010, p. 170 s.

que, por tal principio debe entenderse como la institución jurídico-penal que determina dónde o en qué lugar se considera realizado el delito. La determinación del lugar de realización del injusto penal es de enorme importancia para la aplicación de la ley penal de un Estado⁽²⁾, porque, por imperio del principio de territorialidad –reconocido por todas las legislaciones penales–, la ley que se aplica al autor o partícipe de un delito es la ley del Estado donde se realizó el injusto penal. Tienen razón Luzón Peña⁽³⁾, Rotsch⁽⁴⁾ y Walther⁽⁵⁾, cuando sostienen que la problemática del lugar de comisión del delito tiene repercusiones no solo en la aplicación espacial de la ley penal, sino también en la configuración típica de los injustos penales y en la aplicación de las reglas procesales.

2 Sin embargo, cabe precisar que el lugar de realización del delito no tiene mayores consecuencias cuando el comportamiento y resultado material tienen lugar en una misma jurisdicción territorial, sino solo en los supuestos de que la acción y el resultado del injusto penal acontecen en distintas jurisdicciones territoriales. Sobre esta cuestión, el artículo 1 del Libro Primero (Parte General) del Código Penal peruano señala que. “La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho internacional (...)”. De acuerdo con este precepto legal, la aplicación de la ley penal peruana a los autores o partícipes de un delito está supeditada a que el hecho punible se realice dentro del territorio peruano⁽⁶⁾. En este escenario, cobra importancia la determinación del lugar de realización del hecho delictivo, la misma que, según el artículo 5 del Código Penal de 1991, se encuentra sujeta tanto al lugar donde se lleva a cabo la acción como al lugar donde se produce el resultado (*Ubiquitätsprinzip*).

3 En efecto el artículo 5 del Código Penal establece que “El lugar de comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos”. En mi opinión, en esta regulación, existen cuatro cuestiones de singular trascendencia: a) el significado de acción y resultado; b) el fundamento del principio de ubicuidad; c) las consecuencias del principio de ubicuidad en la autoría y la participación; y d) la relación entre el lugar y el momento de realización del delito. En

(2) Vide BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 186.

(3) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 210.

(4) ROTSCH, T., ZIS 2006, p. 18.

(5) WALTHER, F., *JuS* 2012, p. 204.

(6) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 211; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 241 PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal*, p. 216; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 158; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 186 ss.

el presente trabajo, analizaré los cuatro ítems mencionados. Primero analizaré tanto los modelos teóricos que se utilizan en la dogmática para determinar el lugar de realización del delito, como el modelo que sigue el Código Penal peruano (II). Luego, dilucidaré el fundamento del principio de ubicuidad regulado por el artículo 5, es decir, se explica por qué el artículo 5 ha adoptado dicho modelo (III). Posteriormente, me referiré a las consecuencias dogmáticas que se derivan de la vigencia del artículo 5 (IV). Finalmente, analizaré someramente la relación entre el lugar y el momento de realización del delito.

II. Modelos teóricos sobre la determinación del lugar de realización del delito y orientación del artículo 5 CP

A nivel dogmático existen, básicamente, tres modelos que se utilizan para determinar el lugar de realización del hecho punible. Estos son: el modelo de la acción, el modelo del resultado, y el modelo de la acción y/o el resultado.

1. Modelo o teoría de la acción

Para la teoría de la acción, el lugar de realización del delito es aquel donde se produce la acción u omisión⁽⁷⁾. Como es obvio, los defensores de este modelo consideran que lo fundamental para determinar el lugar donde se considera realizado el delito es el acto *comisivo* u *omisivo* del agente⁽⁸⁾. De lo dicho cabe preguntarse ¿qué razones son las que llevan a plantear que el lugar de realización del delito es aquel donde el agente cumple u omite su deber de actuar? En mi opinión, la respuesta se encuentra en dos planos: en el plano dogmático y en el plano político-criminal.

A nivel dogmático, el modelo de la acción encarna las categorías ontológicas que subyacen a sus premisas metodológicas, las cuales se expresan, entre otras, en la diferenciación de acción y omisión y en la homologación del concepto “comportamiento típico” y las categorías ontológicas de “acción” y “omisión”. Sobre la primera cuestión, cabe indicar que tal diferenciación solo existe en la dogmática ontológica (la dogmática normativista ya no hace tal diferenciación), pues sostiene que, mientras la acción consiste en un “hacer lo que la ley prohíbe realizar”, la omisión es un “no hacer lo que la ley manda realizar”. Por su parte, la homologación de acción y omisión con el comportamiento típico se debe a que, en la perspectiva de la dogmática ontológica, las

(7) Vide LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 210; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 220; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 334.

(8) Cfr. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 247.

conductas típicas son conceptualizadas como simples manifestaciones fenomenológicas del ser (acciones u omisiones), las cuales están determinadas por leyes causales o psicológicas (v. gr., disparar un arma de fuego o no socorrer a una persona de manera voluntaria). A partir de ello, la dogmática ontológica voluntarista⁽⁹⁾ sostiene que las conductas típicas son bien omisiones (*no cumplir con un mandato normativo o dejar de hacer lo que la ley manda*), bien acciones (*hacer lo que la ley prohíbe*).

7 En tal contexto, autores como Jescheck⁽¹⁰⁾, Maurach, Cobo del Rosal⁽¹¹⁾, etc., señalan que el lugar del delito es aquel donde el autor o partícipe actúa u omite en contra de una norma prohibitiva o de mandato respectivamente. Por el contrario, en la moderna dogmática penal, el comportamiento típico ya no es conceptualizado como una expresión categorial del “ser”, sino como procesos comunicativos que pertenecen al plano del “deber ser”. Dicho en otros términos, en la actualidad, los comportamientos típicos no son simples acciones u omisiones, sino mensajes comunicativos que infringen deberes o normas de comportamiento jurídico-penales.

8 En el ámbito político-criminal, los defensores del modelo de la acción sostienen que dicha tesis evita muchos casos de impunidad y, por el contrario, logra un efecto preventivo general⁽¹²⁾. Así, por ejemplo, desde su perspectiva, el modelo de la acción no deja impunes aquellas acciones u omisiones que solo quedan en grado de tentativa⁽¹³⁾, v. gr., las acciones u omisiones propias de los delitos de mera actividad⁽¹⁴⁾, etc.

2. Teoría del resultado

9 La teoría del resultado —en oposición a la teoría de la acción— omite toda consideración relacionada al comportamiento y postula que el lugar de realización del delito es aquel donde se produce el resultado⁽¹⁵⁾, por ejemplo, la lesión

(9) Sobre el carácter ontológico voluntarista de la teoría de la acción *vide* GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, p. 27.

(10) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, § 18/IV, p. 190.

(11) Así, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 212.

(12) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187.

(13) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 247.

(14) De esta manera, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 114; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 193; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 165.

(15) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 210; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 334.

del bien jurídico⁽¹⁶⁾. A juicio de quienes defienden esta teoría, las acciones u omisiones desplegadas por el agente recién se convierten en delito cuando las fuerzas naturales desplegadas por este —que operan según las leyes de la causalidad— han alcanzado su cometido⁽¹⁷⁾, esto es, han producido un resultado⁽¹⁸⁾ consistente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁽¹⁹⁾.

El fundamento de esta teoría —igual que la teoría de la acción— también 10 radica en consideraciones dogmáticas y político-criminales.

A nivel dogmático, la teoría del resultado es expresión de un Derecho 11 penal que protege bienes jurídicos o que desvalora la producción de resultados lesivos⁽²⁰⁾. Pues solo en un Derecho penal que posee las características descritas el delito no se fundamenta en categorías valorativas del “deber ser” (v. gr., desvalor del comportamiento), sino en elementos del “ser” que son cuantificables empíricamente (producción del resultado lesivo). Por su parte, en el plano político-criminal, la teoría del resultado —en opinión de sus defensores— materializa los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal democrático, porque no criminalizaría todas las acciones y omisiones, sino solo aquellas que lesionan bienes jurídicos. De ello se derivarían una gama de consecuencias político-criminales positivas, porque no existiría una sobrecriminalización, sino una criminalización racional de la libertad.

A mi juicio, si bien la teoría del resultado no criminaliza todas las accio- 12 nes y omisiones —sino solo aquellas que producen un resultado lesivo fáctico— no por ello es defensora de un Derecho penal mínimo, pues las garantías de un Derecho penal de *ultima ratio* y eficaz no dependen del desvalor del resultado, sino de su relación con el desvalor del comportamiento. Por ello, considero que la teoría del resultado es expresión de un Derecho penal de máxima intervención, en tanto, en el mundo del “ser”, donde se estructuran los planteamientos de dicha teoría, ocurren dos fenómenos: por un lado, hay más resultados que comportamientos prohibidos y, por otro, todos los resultados lesivos pueden ser relacionados a un comportamiento mediante leyes de la

(16) Vide PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 221.

(17) Refiriéndose a LISZT, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 115.

(18) Vide JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 18/IV, p. 190; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 212.

(19) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187.

(20) En este sentido, VILLAVICENCIO TERREROS sostiene que esta teoría encuentra su fundamento en los postulados que consideran que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 193.

causalidad. En tales circunstancias, la adopción de este modelo implica estar ante un Derecho penal de intervención máxima, porque todos los resultados –pese a que en muchas ocasiones no sean expresión de comportamientos– serían calificados como delitos. Ello se presentaría, por ejemplo, cuando el sujeto en estado de ausencia de acción (casos fortuitos, estados de sonambulismo, etc.), de inimputabilidad⁽²¹⁾, etc. ocasiona –solo en sentido natural– un resultado lesivo comprobable empíricamente.

3. Teoría de la ubicuidad

13 A diferencia de los dos modelos anteriores, la teoría de la ubicuidad (*Ubiquitätslehre*) considera que el delito se comete en todos aquellos lugares en los que, total o parcialmente, se realizó la acción prohibida, se omitió la acción mandada o se produjo el resultado lesivo⁽²²⁾. De ello se infiere que está teoría es una síntesis de las dos anteriores⁽²³⁾, pues toma en consideración tanto el lugar donde se realiza la acción como el lugar donde se produce el resultado⁽²⁴⁾, lo cual significa que hace una equiparación desvalorativa de la acción y del resultado.

14 Este modelo –absolutamente dominante en la doctrina⁽²⁵⁾– ha sido adoptado por el Código Penal peruano. Ello significa que, para la ley penal peruana, es indiferente que la acción (u omisión) o el resultado se lleve a cabo fuera del territorio nacional. Es decir, para que los tribunales peruanos apliquen la ley penal peruana (Art. 5 CP) al autor o partícipe de un delito, no es necesario que, al mismo tiempo, la acción y el resultado tengan lugar dentro de nuestro territorio. Conforme al artículo 5, es suficiente que solo uno de los dos –bien la acción, bien el resultado– acontezca en el territorio peruano para que se considere que el delito se ha realizado en Perú y, en consecuencia, se aplique la ley penal peruana.

(21) BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 114.

(22) También, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 212; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 334.

(23) De esta manera ROTSCH, T., *ZIS* 2010, p. 170 ss.; EISELE, J. / MAJER, C., *NStZ* 2011, p. 551.

(24) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 18/IV, p. 190; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 221; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 165.

(25) Vide HEINRICH, B., *Weber-FS*, p. 100 ss.; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 18/IV, p. 177; ROTSCH, T., *ZIS* 2010, p. 170 s.; MAURACH, R. / ZIPF, H. / GÖSSEL, K., *Derecho penal. Parte general. Tomo I.* § 11/II.16, pp. 178-179; WERLE, G. / JESSBERGER, F., *LK*, 12ª ed., § 9, Nm. 3.

Se dice que esta teoría, debido a su carácter ecléctico, supera con eficacia las deficiencias que aquejan a las teorías monistas de la acción y del resultado; ya que, por un lado, subsana todo tipo de impunidad generada por la teoría del resultado⁽²⁶⁾ y, por otro lado, evita la sobre criminalización que desencadena la teoría de la acción. Desde mi perspectiva, esta teoría puede lograr tales cometidos siempre que la acción, la omisión y el resultado no sean conceptualizados en el plano del “ser”, sino del “deber ser”; esto es, que se desvinculen de elementos ontológicos como la causalidad o la producción del resultado lesivo y, por el contrario, se configuren en función de elementos normativos como el quebrantamiento de normas de comportamiento. Solo de esta manera, la teoría de la ubicuidad, puede, paralelamente, tener eficacia político-criminal (evitar la impunidad) y garantizar la libertad de los ciudadanos, porque solo (y siempre) se consideraría cometido un delito en el lugar (país) donde el autor o partícipe ha configurado riesgos prohibidos o defraudado expectativas normativas.

III. Fundamentos del principio de ubicuidad

Cuando se busca una explicación del porqué el Código Penal peruano ha adoptado el principio de ubicuidad para determinar el lugar de realización del delito, las consideraciones que se presentan a la vista del intérprete son de naturaleza dogmática y político-criminal. En mi opinión, ello se debe a que el Código Penal de 1991 —de la misma manera que ha ocurrido (y ocurre) con los sistemas jurídico-positivos de otros países— consagró las instituciones dogmáticas y político-criminales que imperaron durante su elaboración.

1. Fundamento dogmático

La consideración de las categorías dogmáticas como elementos constitutivos de los sistemas jurídico-penales —en este caso del principio de ubicuidad— se debe a que las instituciones que subyacen en su estructura y contenido son expresión de una determinada concepción teórica que está vigente en un tiempo y espacio concreto. En tal sentido, el principio de ubicuidad que consagra el Código Penal es manifestación de una concepción ontológica del Derecho penal⁽²⁷⁾, la cual —como ya se dijo— enarbola categorías del ser como elementos constitutivos de las instituciones que fundamentan y delimitan las

(26) Vide REYNA ALFARO, L., “Lugar de comisión del delito: principio de ubicuidad”. En: CASTILLO ALVA, J. (director), *Código Penal comentado*, p. 310.

(27) En contra, REYNA ALFARO, L., “Lugar de comisión del delito: principio de ubicuidad”. *Op. Cit.*, p. 310.

imputaciones penales. Como hemos señalado en otro lugar (comentario al Art. 13 CP), la elaboración del Código Penal peruano de 1991 es fiel reflejo de los planteamientos finalistas de Welzel.

18 En efecto, si se hace un análisis del cuerpo legislativo acotado, el intérprete encontrará que los institutos que fundamentan las imputaciones penales encarnan las categorías lógico-objetivas del ser postuladas por Welzel. Ello se observa tanto en la Parte Especial, como en la Parte General. En la Parte Especial hay muchos tipos penales cuya estructura típica subjetiva, en última instancia, depende de elementos psicológicos semejantes al concepto de la acción final. Tales componentes se expresan mediante los términos “propósito” (Arts. 118, 176, 245, 253, 302, 329, 259, etc. CP), “ánimo” (Art. 133 CP), “intención” (Arts. 319, etc. CP), “finalidad” (Art. 417-A, etc. CP), “para” (v. gr., la mayoría de tipos penales referidos a los delitos contra el patrimonio). La misma perspectiva ontológica es seguida por los tipos penales que hacen referencia expresa –y redundante– a los actos omisivos (Arts. 126, 245, 352, etc. CP). En la Parte General se encuentran, entre otros institutos jurídicos, la comisión por omisión (Art. 13 CP), según la cual los comportamientos omisivos serán objetos de imputación penal si cumplen ciertos requisitos (posición de garante y equivalencia normativa). En el mismo sentido, la autoría mediata y la coautoría (Art. 23 CP) también encarnan el modelo teórico ontologista.

19 Como se puede apreciar, muchas instituciones del Código Penal peruano de 1991 encarnan las categorías ontológicas welzenianas, pues de otra forma no se habrían construido institutos con base en categorías del ser como los elementos psicológicos, la acción y la omisión, el actuar instrumentalizando a un tercero, de manera conjunta, con otros sujetos, etc. Únicamente, en un Derecho penal con bases ontológicas se pueden configurar tipos penales con base en elementos psicológicos, criminalizar comportamientos en virtud de acciones u omisiones, o reconocer que existen autoría mediata y coautoría. En todos estos supuestos, los elementos sustanciales de las instituciones penales no son de naturaleza normativa, sino ontológica, esto es, son descripciones de hechos, mas no adscripciones de infracción de deberes jurídicos. Esta línea teórica ontológica es la que ha sido consagrada en el artículo 5 del Código Penal cuando consagra el principio de ubicuidad como institución que determina el lugar de realización del delito.

20 Ahora bien, estos elementos ontológicos (v. gr. acción, omisión, resultado, intención, etc.) son irrelevantes en el plano del “deber ser” (jurídico-penal), debido a que el fundamento de las imputaciones penales está constituido por elementos normativos. Así, por ejemplo, en este nuevo contexto, la relevancia

penal de un comportamiento no se configura en función de la acción u omisión del sujeto, o del resultado lesivo, sino con base en el quebrantamiento de deberes que competen a una persona. En efecto, en el contexto de una sociedad normativa, lo que se desvalora no es la fenomenología del comportamiento (acción u omisión) o el resultado lesivo, sino los riesgos prohibidos que el sujeto configura con su comportamiento. En otras palabras, las imputaciones penales ya no se configuran en función de lo que el sujeto hizo, dejó de hacer o de los resultados que este causa, sino en virtud de los deberes o normas de comportamiento que el sujeto infringe. Desde dicha óptica, si nuestro Código Penal tuviese un perfil teórico normativista –lejos de hacer referencia a la acción y omisión, así como al resultado– hubiera establecido que el lugar de realización del delito es aquel donde la persona quebranta sus deberes jurídico-penales que le competen, es decir, donde se realiza el comportamiento⁽²⁸⁾. Así las cosas, queda demostrado que el principio de ubicuidad consagrado en el artículo 5 CP es expresión de una dogmática ontológica.

2. Fundamento político-criminal

Desde la perspectiva político-criminal, se ha señalado que el fundamento ²¹ del principio de ubicuidad se encuentra en la necesidad de llenar los espacios de impunidad que dejaría el principio de territorialidad⁽²⁹⁾ si este vinculara el lugar de realización del delito solo al territorio donde tienen lugar tanto la acción como el resultado. Así, por ejemplo, si el Código Penal peruano estableciera que el delito se comete en nuestro territorio solo si la acción (u omisión) y el resultado tienen lugar dentro de la jurisdicción peruana, entonces quedarían impunes todos los supuestos en que uno de los dos componentes –bien la acción, bien el resultado– se lleva a cabo en el extranjero y el otro en Perú. De la misma manera, el principio de ubicuidad subsanaría los vacíos de punibilidad derivados del artículo 5, si este reduce la realización del injusto penal al lugar donde se lleva a cabo la acción (u omisión) del hecho punible. A partir de ello, un sector de la doctrina⁽³⁰⁾ sostiene que la ventaja de la teoría mixta adoptada por el artículo 5 CP radica en que el modelo de la ubicuidad criminaliza supuestos de impunidad⁽³¹⁾ que se presentan cuando la acción (u omisión) se realiza en una jurisdicción extranjera y el resultado lesivo se

(28) En contra, REYNA ALFARO, L., "Lugar de comisión del delito: principio de ubicuidad". *Op. Cit.*, pp. 305 y 306.

(29) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 18/IV, p. 190.

(30) ASÍ, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 212; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 194.

(31) PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 221.

produce en la jurisdicción territorial del Estado peruano. Lo mismo ocurriría si la legislación peruana estableciera que el injusto penal se lleva a cabo en el territorio peruano únicamente cuando los resultados surten efecto en el territorio nacional. En este último caso, serían impunes todos aquellos supuestos en que, en nuestro país, solo tienen lugar las acciones u omisiones, mientras que los resultados se desencadenan en latitudes extranjeras. Por lo demás, debido a la falta de resultado, tampoco sería posible la aplicación de la ley penal peruana a aquellos delitos de mera actividad cometidos en nuestro territorio.

22 Otros criterios político-criminales que se utilizan a favor del principio de ubicuidad son los de carácter procesal o práctico⁽³²⁾ y criterios preventivo-generales⁽³³⁾. A nivel procesal, se postula que, con la tesis mixta consagrada en el artículo 5 CP, se evitan muchas dilaciones procesales o procedimentales (por ejemplo, concordancia de las leyes procesales de los Estados competentes), ya que, en virtud de lo establecido por dicho precepto, no existen impedimentos para que cualesquiera de los estados en los que se han realizado la acción o el resultado (Perú o un Estado extranjero) aplique su ley penal. De esta manera, se lograría obtener dos cosas: por un lado, sanciones oportunas y eficaces y, por otro, se evitarían impunidades por efectos de prescripción; v. gr., si un sujeto realiza una acción delictiva en el extranjero y sus efectos se producen en el Perú, el Estado peruano puede aplicar la ley penal peruana a dicho sujeto sin la necesidad de observar las leyes procesales penales que rigen en el país donde se realizó la acción. De la misma manera —esto es, también se aplicaría la ley penal peruana—, en los supuestos de que la acción (u omisión) se realiza en Perú y los resultados se llevan a cabo en otra jurisdicción territorial. Con todo ello, puede verse que el principio de ubicuidad también es expresión de una política criminal internacional de cooperación, la cual está encaminada a combatir la criminalidad moderna a distancia⁽³⁴⁾ (v. gr., los delitos informáticos, terrorismo, etc.).

23 Desde la perspectiva de la prevención general, se argumenta que la tesis adoptada por el artículo 5 del Código Penal motiva a los ciudadanos a no cometer delitos. La razón de ello estribaría en que los potenciales delincuentes, al conocer la probabilidad de ser procesados y sancionados penalmente tanto en el país donde realizan el comportamiento como en el Estado donde tiene lugar el resultado, se verían compelidos a interrumpir su decisión y plan criminal. Ello no ocurriría si el artículo 5 limitase el lugar de realización del

(32) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, p. 240.

(33) Ídem; GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, p. 33.

(34) NAMAVICIUS, *Territorialgrundsatz und Distanzdelikt*, p. 63 ss.

delito únicamente bien al lugar donde se lleva a cabo la acción, bien al lugar donde se produce el resultado; pues en dichos casos, quienes están dispuestos a realizar un hecho punible verían una gran probabilidad de no ser sancionados, por lo que llevarían adelante su plan delictivo.

Tomando en consideración este contexto, el legislador peruano habría ²⁴ optado por establecer que el lugar de realización del delito lo constituyen, alternativamente, aquel en donde se realiza la acción u omisión como aquel en el que se configura el resultado. Con ello, se solucionarían los espacios de impunidad anteriormente aludidos (delitos de mera actividad, delitos tentados⁽³⁵⁾, delitos de resultado lesivo, delitos de tránsito, delitos de varios actos, etc.), ya que de no poder invocar la realización de una acción u omisión se toma en cuenta el resultado lesivo producido y viceversa.

IV. Aplicación y consecuencias dogmáticas del principio de ubicuidad

Como ya se ha dicho, el artículo 5 del Código Penal peruano considera ²⁵ tres opciones a efectos de calificar el lugar donde se realiza el delito. Estas tres opciones son: a) lugar donde se realiza la acción u omisión, b) lugar donde se produce el resultado, y, c) lugar donde se realiza la acción y se produce el resultado. Cada una de estas alternativas desencadena importantes consecuencias en la configuración de las imputaciones penales. Veamos.

1. Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en la acción

Lo primero que hay que señalar, respecto a la vigencia del principio de ²⁶ ubicuidad que considera la realización del delito en el lugar donde se lleva a cabo la acción u omisión, es que esta (la acción u omisión) se circunscribe a la tipicidad, esto es a las acciones u omisiones típicas. Dicho de otro modo, la acción y omisión descritas en el artículo 5 CP son aquellas que se encuentran tipificadas en la Parte Especial del Código Penal. Además, debe tenerse en cuenta que con la locución “acción típica” quedan descartados elementos referidos a la antijuridicidad y a la culpabilidad. En tal sentido, instituciones como las causas de justificación o las causas de inimputabilidad no son consideradas a efectos de determinar el lugar de realización del delito en función de la acción o de la omisión. Así, por ejemplo, si, en el territorio peruano, una

(35) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187.

persona mata (por acción o por omisión) en legítima defensa o en estado de embriaguez, se considerará que el lugar de la realización del delito es el territorio peruano, independientemente de que tal acción se encuentre amparada por una causa de justificación o de inimputabilidad; en consecuencia, el agente de dicho delito (autor y/o partícipe) será sometido a un proceso penal según las leyes penales peruanas donde se determinará si el injusto realizado tuvo lugar (o no) bajo la concurrencia de una causa de justificación o de inculpabilidad.

27 La consideración del lugar de la acción como lugar de realización del delito tiene importantes consecuencias en los delitos de mera actividad, de peligro abstracto, de resultado, de varios actos, de paso, etc.

28 En los delitos de mera actividad, para que se considere que el lugar del delito se encuentra dentro del territorio peruano, es suficiente que una parte de la acción punible se haya realizado dentro del territorio nacional. Por ejemplo, para la configuración del tipo penal de conducción en estado de ebriedad (Art. 274 CP) no se requiere que el sujeto activo inicie y termine la conducción sin salir del territorio peruano. Aquí, es indiferente que el sujeto activo inicie la conducción en otro país y deje de conducir después de ingresar a nuestro territorio, o viceversa. En síntesis, en los delitos de mera actividad solo se requiere que la acción u omisión (total o parcial) quebrante los mandatos normativos que se encuentran prescritos en los tipos penales de nuestro Código Penal. Lo mismo rige para los delitos de peligro abstracto, es decir, lo decisivo es el lugar donde se realiza la acción, aun cuando el peligro que el legislador se propone evitar mediante el precepto penal se desarrolle en otro lugar⁽³⁶⁾.

29 En los delitos de resultado es irrelevante que el resultado se produzca dentro de la República peruana o fuera de ella. Tal es el caso de los delitos a distancia (por ejemplo, la carta injuriosa escrita en Perú es recibida en Chile, o la bomba que explota en Buenos Aires fue colocada en Arequipa). Si lo determinante es que la acción u omisión se realice dentro del territorio nacional⁽³⁷⁾, entonces, conforme a lo establecido por el artículo 5 CP, los autores y partícipes de los ejemplos citados, en principio, serían procesados y sancionados ante tribunales peruanos y según las leyes penales peruanas; solo ante la imposibilidad material (v. gr., los agentes del delito no se encuentran en Perú) o jurídica (v. gr. se niega la solicitud de extradición) de aplicar la ley penal peruana, se aplicarían las leyes penales de Chile y Argentina, respectivamente.

(36) Ídem.

(37) Así, JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 18/IV, p. 191.

En los delitos de varios actos –v. gr., robo a mano armada (Art. 189, inc. 3), asesinato para facilitar u ocultar un delito (Art. 108, inc. 2)– es suficiente que uno de tales actos típicos se lleve a cabo dentro del territorio peruano para que se aplique la ley penal peruana. Por lo tanto, en los tipos penales mencionados, se procesará y sancionará como autores o partícipes de los delitos de robo agravado y asesinato a quienes realicen cualquiera de los siguientes actos: consecución del arma para cometer el delito de robo, ejecución del robo con un arma que fue obtenida en el extranjero o matar a una persona (o intentar matarla) para no ser delatado de haber realizado un delito precedente. Bajo la misma perspectiva, en los delitos de encubrimiento personal (Art. 404 CP), encubrimiento real (Art. 405 CP) y receptación (Art. 194 CP) la determinación del lugar de realización del delito depende de la acción típica de cada uno de estos delitos y no del injusto precedente.

Por último, los delitos de paso –también denominados de contrabando– realizados en buses, naves o aeronaves que atraviesan las fronteras están sometidos al poder punitivo peruano hasta donde alcanza la competencia de los funcionarios públicos nacionales en los controles aduaneros, incluso aunque tales infracciones sean cometidas en el extranjero. En estos casos, la aplicación de la ley penal peruana se realizará en concordancia con las legislaciones nacionales de otros países y con los ordenamientos jurídicos internacionales.

2. Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en el resultado

El resultado típico tiene relevancia, sobre todo, en los supuestos en los que la acción y el resultado acaecen por separado, como es el caso de los ya aludidos delitos a distancia. En estos casos, de manera similar a la forma como se opera en la teoría de la acción, se toma en cuenta el lugar donde se produce la configuración del resultado y se deja de lado el lugar donde se lleva a cabo la acción. En tal sentido, lo único que importa es que el resultado se haya realizado dentro del territorio peruano; por ejemplo, en las transferencias de dinero electrónicas a distancia lo decisivo para aplicar la ley penal peruana no es el lugar donde se lleva a cabo la transferencia electrónica (v. gr. Madrid), sino que el apoderamiento del patrimonio se lleve a cabo dentro del territorio peruano. En la misma perspectiva, también tiene que ser considerado como resultado típico aquel elemento con el que se consigue la consumación y/o culminación del delito, por ejemplo, el apoderamiento del bien mueble y/o el

perjuicio patrimonial en el delito de estafa⁽³⁸⁾ (Art. 196 CP). Finalmente, como resultado también deben considerarse aquellas consecuencias del hecho de que discurren en el espacio temporal existente entre consumación y culminación, tal como sucede con la continuación del resultado en el delito permanente⁽³⁹⁾, por ejemplo, en el delito de secuestro (Art. 152 CP).

- 33 Bajo la misma perspectiva, en los delitos de peligro abstracto y/o concreto, el resultado viene determinado por el advenimiento mismo del riesgo. En ese sentido, la aplicación de la ley penal peruana a los autores y partícipes de dichos delitos no se opone al Derecho internacional, incluso cuando el riesgo está permitido en el lugar donde se perpetra la acción. En los delitos de omisión impropia, el resultado viene determinado por el acaecimiento de la lesión o de la puesta en peligro que el autor debería haber impedido sobre la base del cumplimiento de su deber de garante. La tentativa se entiende cometida en territorio nacional, aunque el autor haya actuado en el extranjero, siempre que el resultado hubiera de producirse dentro del territorio peruano.

3. Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias dogmáticas en la autoría y participación

- 34 Como ya se dijo *supra*, la vigencia del principio de ubicuidad cobra suma importancia a nivel de la autoría y participación. Pues, a tenor del artículo 5 CP, la determinación del lugar de realización del delito se encuentra relacionada tanto con la conducta del autor como con la conducta del partícipe. Esto significa que la determinación del lugar de realización del delito afecta tanto al comportamiento del autor como al comportamiento del partícipe.
- 35 En el plano de la autoría, se considera que el delito se realiza en el lugar donde el autor o autores actúan u omiten, o en el lugar donde dichas actuaciones u omisiones producen sus efectos. En la autoría directa, la identificación del lugar del delito no tiene mayores inconvenientes, puesto que se considerará cometido el delito en el lugar donde el autor infringió su deber (mediante acción u omisión) o en el lugar donde se produce el resultado lesivo proveniente de dicha infracción de deber (acto comisivo u omisivo).
- 36 En el caso de la autoría mediata, el tema ya no es tan simple. A mi juicio, en la autoría mediata, el lugar de realización del delito es tanto aquel donde el hombre de atrás infringe su deber mediante la instrumentalización

(38) Ídem.

(39) Ibídem, pp. 191-192.

de un tercero⁽⁴⁰⁾, como aquel donde el instrumento ocasiona el resultado⁽⁴¹⁾. Así, por ejemplo, si una persona desde Perú –vía electrónica– instrumenta a un funcionario de un banco extranjero para que este realice una transferencia ilegal en otro país, se considerará que el lugar de comisión del delito es tanto el territorio peruano (lugar de la infracción del deber o de realización de la acción) como aquel donde el instrumento ha realizado la transferencia (producción del resultado).

En el plano de la coautoría, se considerará que el delito se ha cometido 37 en el territorio peruano en dos supuestos: a) cuando todos o parte de los coautores infringen sus deberes en forma paralela dentro de la jurisdicción del territorio peruano y, b) cuando una infracción simultánea de deberes que ha tenido lugar en el extranjero ha producido su resultado en el territorio de la República peruana. Así, por ejemplo, cuando en el extranjero, varios sujetos se dividen el trabajo orientado a falsificar moneda peruana y sus efectos se producen dentro del territorio nacional. Aquí, se considera que el delito se ha cometido dentro del territorio nacional, en virtud de que el resultado lesivo ha ocurrido en nuestro país.

Por lo demás, es indudable que en las tres formas de autoría –en los casos 38 que la acción u omisión se realiza en el extranjero y el resultado lesivo se produce en Perú– el Derecho penal peruano solo se aplicará en forma subsidiaria y supletoria⁽⁴²⁾: a saber, cuando los autores de dichas conductas no son sancionados en el Estado donde tuvieron lugar los comportamientos, bien porque tales conductas no son punibles en la jurisdicción territorial donde fueron realizadas, bien porque, siendo punibles, los autores huyeron de la persecución penal desplegada por el Estado donde se actuó u omitió.

Por su parte, la determinación del lugar de realización del delito respecto 39 de la participación se sujeta al lugar donde los partícipes infringen su deber. Con ello, para el partícipe, el lugar de realización del delito no siempre coincide con el lugar donde este presta su contribución material a la realización del hecho delictivo. Ello sucede, por ejemplo, en los casos de complicidad primaria (una persona, en territorio peruano, le proporciona veneno al autor y, luego, este mata en jurisdicción de otro Estado) y de instigación (desde territorio peruano se determina a otro, que se encuentra en un país distinto, para que este estafe en dicho lugar). En estos casos, a decir del artículo 5 CP, el lugar

(40) AMBOS, K., *MK*, 3ª ed., § 9, Nm. 10.

(41) HEINRICH, B., *Weber-FS*, p. 106.

(42) AMBOS, K., *MK*, 3ª ed., § 9, Nm. 10.

de realización del delito respecto de los partícipes no es el territorio peruano (lugar donde los partícipes se encontraban al momento de prestar su contribución), sino los países donde sus contribuciones han infringido sus deberes, es decir, donde el autor ha llevado a cabo las acciones típicas de matar y estafar⁽⁴³⁾. Del mismo modo, para el cómplice o instigador que presta su colaboración o influjo psíquico desde (o en) el extranjero respecto de un delito que se ejecuta en nuestro territorio se considerará que el lugar del delito es el territorio peruano, porque es aquí donde dicha contribución se expresa en la forma de infracción del deber jurídico-penal “no contribuir con un tercero a realizar un delito”.

- 40 En consecuencia, en la determinación del lugar donde se configura la participación lo decisivo no es el lugar donde el partícipe actúa u omite (elemento ontológico), sino el lugar donde dicha acción u omisión se expresa en la infracción de un deber jurídico-penal regulado en los artículos 24 y 25 CP (elemento normativo), es decir, donde el autor ejecuta la acción típica. Ello se debe a que las dos formas de participación reguladas por el Código Penal peruano, por mandato expreso de la ley (Arts. 24 y 25 CP) solo son punibles en la medida que las conductas del inductor y del cómplice se expresen en la infracción de una norma de comportamiento concreta regulada en los tipos penales de la Parte Especial, lo cual se produce en el momento y lugar que actúa el autor⁽⁴⁴⁾. Finalmente, los criterios señalados para determinar el lugar punible de la participación son válidos no solamente para los delitos consumados, sino, también, para los delitos tentados, por ejemplo, la participación en un delito tentado, en la que la ejecución del hecho principal se proyecta en el extranjero y la ejecución sin consumación en nuestro país.

4. Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias en el ámbito de los delitos de tránsito

- 41 De lo dicho hasta aquí se infiere que no existe mayor inconveniente para la aplicación de la ley peruana cuando —además de aquellos supuestos en los que acción y resultado de un delito tienen lugar en territorio peruano— solo la acción o el resultado tiene lugar en nuestro país. Ello se debe a que el artículo 5 CP establece que la aplicación de la ley penal peruana a los autores

(43) Ibídem, § 9, Nm. 6.

(44) Sobre esta cuestión, BUSTOS RAMÍREZ sostiene que su fundamento radica en impedir la punibilidad excesiva y abusiva. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 187.

y partícipes de un injusto penal solo presupone la concurrencia de uno de los elementos mencionados.

El problema radica en los supuestos de que —en el plano ontológico (adoptado por el artículo 5 CP— tanto la acción como el resultado se configuran fuera del territorio nacional; a saber, se trata de los denominados delitos de tránsito o de paso (por ejemplo, el envío de clorhidrato de cocaína desde Colombia hasta Chile a través del territorio peruano). Sobre dicha problemática, se postula que, para la ley penal peruana, el delito también se habrá cometido en territorio peruano, de modo que los tribunales peruanos también serían competentes para conocer tal delito. En el ejemplo expuesto, los autores y partícipes serían procesados y sancionados por el delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados (Art. 296-B CP), pues lo decisivo sería el tránsito por territorio peruano (terrestre, aéreo, marítimo) de alguno de los elementos típicos (v. gr., la sustancia prohibida).

V. *Excursus*: lugar de realización del delito vs. momento de realización del delito

Una de los temas más importantes que viene unido al *lugar* de realización del delito es el referido al *momento* de comisión, por ello, la doctrina suele tratarlo conjuntamente. Pese a que el objeto del presente trabajo no se orienta a analizar el momento de realización del delito, en virtud de la estrecha relación que guardan dichas instituciones y a efectos de determinar la aplicación correcta de la ley penal— resulta necesario hacer algunas referencias sobre el momento de su realización. La estrecha relación de estas instituciones se expresa con gran nitidez en aquellos delitos donde la acción y el resultado se encuentran separados en el espacio y en el tiempo, por ejemplo, los delitos de resultado a distancia, los delitos de varios actos, los delitos permanentes⁽⁴⁵⁾, etc.

Sobre el *lugar* de realización del delito el artículo 5 CP señala lo siguiente: “El lugar de comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos”. Por su parte, respecto al *momento* de la realización del delito el artículo 9 CP prescribe que: “El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”. De la lectura

(45) En el mismo sentido, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 27.

comparativa de dos disposiciones del Código Penal (Arts. 5 y 9) se infiere que el lugar y el momento de realización del delito siguen caminos distintos: el lugar de realización del delito sigue la teoría de la ubicuidad y el momento de realización la teoría de la acción.

45 Ya he referido que la teoría de la ubicuidad adoptada por el artículo 5 del CP encuentra su razón dogmática en una visión ontológica del Derecho penal y del delito, la cual concibe al hecho punible como una estructura de acción y resultado; pues, conforme a sus premisas metodológicas, los injustos penales son hechos materiales (acción, omisión, resultado) que se encuentran relacionados por leyes causales de espacio y tiempo. A partir de ello, es lógico que el lugar de realización del delito haya sido conceptualizado en función de la acción y del resultado. En contrapartida, el momento de realización del delito (Art. 9 CP) ha sido definido a partir de consideraciones ontológico-normativas. Lo ontológico se expresa en la caracterización del hecho punible como “acción” y “omisión”; por su parte, lo normativo se manifiesta en la configuración del momento de realización del delito, el cual es determinado en función del comportamiento (acción u omisión), mas no del resultado.

46 Esta diferente orientación dogmática de los artículos 5 y 9 CP generan enormes dificultades prácticas en la aplicación de la ley penal, porque los tribunales peruanos se encuentran sujetos a dos disposiciones legales contradictorias. Así, por ejemplo, si se envenena a una persona en München y esta muere en Lima después de un mes. De acuerdo al artículo 5 (modelo de la acción y del resultado) los tribunales peruanos también serían competentes para juzgar y sancionar al autor o partícipe de dicho asesinato (Art. 108, inc. 4 CP), razón por la cual los fiscales y jueces peruanos están obligados a aplicar la ley penal de Perú. Por el contrario, conforme al Art. 9 (teoría de la acción), los únicos tribunales competentes para conocer este injusto penal serían los tribunales alemanes. De ello, *de lege lata*, emana la aplicación de dos legislaciones que se niegan entre sí: de un lado, la aplicación de la ley peruana (Art. 5 CP) y, de otro lado, la aplicación de la ley alemana (Art. 9 CP). Ello significa que los tribunales peruanos pueden optar por una de las dos alternativas, porque, en mi opinión, ambas tienen cabida legal. Sin embargo, ello no solo crearía inseguridad jurídica, sino, al mismo tiempo, implicaría la violación del principio de igualdad ante la ley.

47 A mi juicio, lugar y momento de realización del delito son instituciones jurídicas y, como tales, deben configurarse en virtud de consideraciones normativas. Esto implica que los institutos acotados deben desligarse de categorías naturalistas (como acción, omisión, resultado, voluntad final, etc.). En este

nuevo contexto, lugar y momento de realización del delito deben configurarse con base en el comportamiento típico, es decir, en el lugar y momento en que el autor o partícipe quebranta sus deberes generales negativos o sus deberes especiales positivos. Con ello se lograría que el lugar y el momento de la realización del delito sean instituciones complementarias que permitan la aplicación coherente de las normas penales sustantivas y procesales. Por tales consideraciones, desde una perspectiva *de lege ferenda*, el artículo 5 CP debe ser modificado en el sentido del artículo 9 CP.

VI. Bibliografía

- AMBOS, Kai, “§ 9”. En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3ª edición. 2017; 48
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. Akal, Madrid, 1997; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. 6ª edición. Tomo I. Madrid, 2004; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Derecho penal español. Parte general*. Dykinson, Madrid, 2002; EISELE, Jörg / MAJER, Christian, “Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB im Lichte des Internationalen Straf- und Privatrechts”. En: *NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht)*; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Comares, Granada, 2002; HEINRICH, Bernd, “Handlung und Erfolg bei Distanzdelikten”. En: HEINRICH, Bernd (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; JESCHECK, Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Duncker & Humblot, Berlin, 1996; JESCHECK, Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENOTE. Comares, Granada, 2002; KUNIG, Philip / UERPMANN, Robert, “Der Fall des Postschiffes Lotus”. En: *Jura* 1994; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Universitas, Madrid, 1996; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GÖSSEL, Karl-Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON. Astrea, Buenos Aires, 1994; NAMAVICIUS, *Territorialgrundsatz und Distanzdelikt*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal*. 3ª edición. Grijley, Lima, 1999; REYNA ALFARO, Luis Miguel, “Lugar de comisión del delito: principio de ubicuidad”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (director), *Código Penal comentado*, Lima, 2004; ROTSCH, Thomas, “Der Handlungsort i.S.d § 9 Abs. 1 StGB zur Anwendung deutschen Strafrechts im Falle des Unterlassens und der Mittäterschaft”. En: *ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik)* N° 3, 2010; WALTHER, Felix, “Tat und Täter im transnationalen Strafanwendungsrecht

des StGB". En: *JuS (Juristische Schulung)* N° 3, 2012, pp. 203 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. San Marcos, Lima, 2001; WERLE, Gerhard / JESSBERGER, Florian, "§ 9". En: *Leipziger Kommentar*, Tomo I, 12ª edición. Berlin, 2007; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

CAPÍTULO II
APLICACIÓN TEMPORAL

§ 6

Ley penal aplicable y principio de combinación

ANTONIO CUERDA RIEZU
Universidad Rey Juan Carlos
(España)

		Sumario			
	Nm	P		Nm	P
I.	Introducción	1	360		
II.	Vigencia de la ley penal...	4	360		
	1. Entrada en vigencia de la ley penal.....	5	361		
	2. Término de vigencia de la ley penal.....	10	362		
	2.1. Término de vigencia previsto en la ley ...	12	362		
	2.2. Derogación	15	363		
	2.3. Anulación por el Tribunal Constitucional	28	366		
III.	Eficacia de la ley penal	33	367		
	1. La regla <i>tempus regit actum</i>	37	368		
	2. Irretroactividad de la ley penal	43	369		
	2.1. Significado y previsión normativa	47	370		
	2.2. Naturaleza y fundamento.....	61	372		
	2.3. Presupuestos de aplicación de la irretroactividad perjudicial para el reo	65	373		
				2.3.1. Presupuestos fácticos	66 373
				2.3.2. Presupuestos legales.....	69 374
				3. Retroactividad de la ley penal favorable.....	73 376
				3.1. Significado de la retroactividad favorable o <i>in bonus</i>	74 376
				3.2. Previsión normativa, naturaleza y fundamento.....	78 376
				3.3. ¿Verdaderamente rige en el artículo 6 el principio de combinación?	85 378
				3.4. Presupuestos de aplicación de la retroactividad favorable.....	99 380
				3.4.1. Presupuestos fácticos	99 380
				3.4.2. Presupuestos legales.....	100 380
				3.5. Alcance de la retroactividad favorable	114 383
IV.	Bibliografía.....	121	383		

§ 6.- Ley penal aplicable y principio de combinación

“La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”.

I. Introducción

- 1 En virtud del principio de supremacía constitucional (Art. II del Código Procesal Constitucional; Sentencias del Tribunal Constitucional Exps. N°s 02283-2006-PH/TC; 01043-2007-PHC/TC; 08877-2006-PHC/TC), las garantías penales previstas en la Constitución obligan a todos los poderes públicos y, en consecuencia, vinculan tanto al legislador como a los órganos jurisdiccionales. Ni la ley penal ni los jueces o tribunales pueden desconocer o vulnerar tales garantías previstas en la Ley Fundamental. En eso se diferencian de las garantías puramente legales, esto es, sin respaldo constitucional, ya que estas últimas pueden ser modificadas mediante otra ley de distinto signo, que anule o reduzca su ámbito de aplicación. No obstante, la ley sí está legitimada para ampliar el ámbito de aplicación de una garantía, pero esta facultad queda a disposición del legislador, de modo que, posteriormente, un legislador con distinta composición podría renunciar a esa ampliación.
- 2 El artículo 6 del Código Penal abre el Capítulo II, relativo a la aplicación temporal de la ley penal. Para un análisis en profundidad del mismo hay que partir de los conceptos de vigencia y eficacia de las leyes, tal y como se regulan en la Constitución Política del Perú.
- 3 La vigencia es una cualidad de las normas, por la que estas pertenecen a un ordenamiento jurídico o sistema normativo⁽¹⁾. Sin embargo, la eficacia –en sentido jurídico y no sociológico– de una norma hace referencia a su capacidad de ser aplicada o su idoneidad para regular una determinada situación subsumible en el supuesto de hecho previsto en la norma⁽²⁾. Una vez promulgada y publicada con regularidad, es decir, de conformidad con los artículos 108 y 109 de la Constitución, la ley está vigente, pero puede no tener eficacia inmediata, lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de que se dispusiera su suspensión temporal.

II. Vigencia de la ley penal

- 4 La vigencia está determinada por un comienzo –entrada en vigencia– y por un final –término de vigencia–. Es conveniente examinar ambos momentos de manera más detenida.

(1) Cfr. Díez-PICAZO, L., “Vigencia de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV, p. 6859.

(2) Cfr. Díez-PICAZO, L., “Eficacia de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen II, p. 2632.

1. Entrada en vigencia de la ley penal

La entrada en vigencia de las leyes penales —como las demás leyes— presupone que hayan sido formalizadas mediante la correspondiente tramitación parlamentaria y que hayan sido sometidas a la promulgación (artículo 108 de la Constitución) y a la publicación en el diario oficial (artículo 109 de la propia Constitución).

El artículo 109 de la Constitución establece implícitamente que la vigencia (y normalmente la obligatoriedad) solo puede establecerse *después* —y nunca antes— de la publicación en el diario oficial, ya que solo prevé la posibilidad de la postergación de aquella y no de su anticipación; tal consecuencia también viene requerida por el principio de seguridad jurídica, pues en caso contrario, durante el tiempo que mediara hasta la publicación, para la gran mayoría de los ciudadanos sería inviable la posibilidad de conocer el contenido de la ley, lo que generaría una inadmisibile inseguridad jurídica. Además el precepto constitucional dispone expresamente la regla de que es la propia ley la que establece el momento de entrada en vigencia; en caso de silencio de la ley, se prevé subsidiariamente que la ley será obligatoria “desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”. A falta de otra previsión expresa, habrá que entender que la entrada en vigor se producirá a partir de las cero horas del día en cuestión, lo que plantea el problema del desconocimiento de la ley hasta que se produce la distribución de la versión tradicional, es decir: por escrito, del diario oficial; en el caso de la versión digital, dependerá del momento en que esta esté disponible para los ciudadanos.

Se denomina *vacatio legis* al periodo que transcurre desde la publicación completa de la ley hasta su entrada en vigor. En atención a los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, parece aconsejable que las normas penales estén provistas de un periodo razonable de *vacatio*, con la finalidad de que las mismas puedan ser conocidas por sus destinatarios, que son no solo los jueces sino más bien todos los ciudadanos.

Tanto la doctrina científica española⁽³⁾ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo del mismo país (SSTS 7-2-1979, 7-4-1980, 28-1-1986, 21-2-1989, 29-11-1995, 15-3-1997, 3-5-1999) están de acuerdo en que durante el periodo de *vacatio* la ley carece de vigencia y no puede ser aplicada por jueces y tribunales, ya que si estos anticiparan su vigencia, se estarían arrogando funciones legislativas que no les corresponden (STS 7-4-1980).

(3) Cfr., por todos, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, pp. 185-207.

- 9 Sin embargo, se ha destacado por algún autor⁽⁴⁾ que a partir de la publicación se pueden producir algunos efectos, aunque la ley se encuentre todavía en periodo de *vacatio*. Pero lógicamente esta posibilidad está reservada únicamente al legislador. En España, por ejemplo, cabe la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra una ley a partir del momento de su publicación en el diario oficial (Arts. 31 y 33 de la Ley Orgánica (española) del Tribunal Constitucional), sin necesidad por tanto de que se haya producido su entrada en vigencia.

2. Término de vigencia de la ley penal

- 10 Aunque la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de que la ley establezca expresamente su término de vigencia, no parece que esta hipótesis sea contraria a la Norma Fundamental. En efecto, el artículo 79, último párrafo, de la misma menciona una hipótesis de ley temporal en relación con las disposiciones que prevean “selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país”. En el nivel de la legislación penal ordinaria se confirma esta suposición, dado que el artículo 8 del Código Penal regula las leyes temporales “destinadas a regir solo durante un tiempo determinado”, lo que necesariamente implica que las mismas deberán establecer su propio término de vigencia. Si el legislador puede lo más —es decir: que una ley inicie su vigencia y, por consiguiente, su obligatoriedad—, parece lógico y consecuente que también pueda lo menos —establecer en la propia ley su término de vigencia—.
- 11 Luego el término de vigencia de una ley se puede producir de tres maneras: primero, porque lo establezca la propia ley, lo que se deriva implícitamente de la Constitución, ya que esta hipótesis no está prohibida, se prevé específicamente para las leyes fiscales y además es razonable esta hipótesis con un argumento *a fortiori*; segundo, por la derogación de otra ley, lo que viene previsto expresamente en el artículo 103 de la Constitución; y tercero, en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional que la deje sin efecto, lo que se contempla en el último inciso del artículo 103 y en el párrafo primero del artículo 204 de la misma Constitución.

2.1. Término de vigencia previsto en la ley

- 12 La primera posibilidad (ley que fija la finalización de su vigencia) suele ser poco frecuente, pues lo más común, y sobre todo en el ámbito penal, es

(4) Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., “Vigencia de las normas”. *Op. Cit.*, p. 6859 s.

que las leyes surjan con una pretensión de relativa permanencia. Pero nada impide que la propia ley prevea su propio término de vigencia, que puede consistir en una fecha determinada o en algún hecho, como ocurre con las leyes temporales o excepcionales.

Supuesto distinto al de la terminación de la vigencia es el de la pérdida de 13
eficacia de la norma: en tal caso la norma sigue estando vigente, pero carece de aplicación a casos concretos, por ejemplo, porque tales casos han dejado de producirse. Esta hipótesis se suscita especialmente con las Disposiciones Transitorias, una vez que ya se ha concluido el periodo en que una ley sucede a otra.

Sin embargo, pueden existir casos límite entre la terminación de vigencia 14
y la ineficacia de la norma. Así, cuando un delito consiste en la infracción de un deber impuesto por otra ley no penal, y dicho deber es suprimido por una disposición posterior que también carece de naturaleza penal. Esto es lo que ocurrió en España con la desaparición tanto del servicio militar obligatorio como de la prestación social sustitutoria (mediante Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo y 342/2001, de 4 de abril). Parece lógico entender que la desaparición de tales deberes influyó en la propia vigencia (y no solo en la eficacia) de los correlativos delitos contra el deber de prestación del servicio militar (antiguo artículo 604 del Código Penal español) y contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria (antiguo artículo 527 del Código Penal español), con lo que estas normas penales carecerían de vigencia y no hubiera sido necesario promulgar la Ley Orgánica (española) 3/2000, de 22 de mayo, que expresamente dejó sin contenido tales preceptos del Código Penal.

2.2. Derogación

El Congreso ejerce la potestad legislativa (artículo 102.1 de la Constitu- 15
ción), con sometimiento a la Constitución (Art. 102.2 de la Norma Fundamental). Por esa razón no se encuentra vinculado a las leyes que hubiera dictado con anterioridad, sino que —dentro del respeto a la Norma Fundamental— puede “interpretar, modificar o derogar las existentes”, en atención a criterios de política legislativa y según las mayorías parlamentarias. Esta capacidad de alteración de las leyes ya existentes impide la petrificación del ordenamiento jurídico y favorece la adecuación del mismo a las nuevas circunstancias sociales.

La capacidad derogatoria de una norma es una cuestión particular que se 16
inserta en el tema más amplio de las relaciones entre normas. Básicamente tales relaciones se ordenan en virtud de dos principios: el de jerarquía, conforme al cual cada norma ostenta un determinado rango superior o inferior en función

de la forma que adopte; y el de competencia, conforme al cual se distribuyen las materias entre las diversas fuentes que integran el ordenamiento jurídico.

17 Como, de acuerdo con el artículo 2.24 d) de la Constitución⁽⁵⁾ y de otros preceptos de la misma⁽⁶⁾ en el ámbito penal rige el principio de reserva de ley (lo que implica que la potestad de dictar leyes punitivas no puede ser delegada en el Poder Ejecutivo⁽⁷⁾), la capacidad derogatoria de una norma depende ante todo de la jerarquía de la misma, es decir del rango que ocupa en el sistema de fuentes. El principio de competencia puede tener cierta relevancia respecto a los complementos de las leyes penales en blanco.

18 Dentro del principio de la jerarquía se distingue a estos efectos entre fuerza activa y fuerza pasiva⁽⁸⁾. La fuerza activa consiste en la eficacia derogatoria de una norma respecto a las normas de igual o inferior rango; por ejemplo, una ley ordinaria deroga a otra ley ordinaria anterior y también a un decreto; por ello el artículo 103 de la Constitución dispone, entre otras cuestiones, que “la ley se deroga solo por otra ley”. La fuerza pasiva, por el contrario, consiste en la resistencia que ejerce una norma a ser derogada por otra de orden inferior, de modo que si la inferior contradice a la superior ello comporta la nulidad de la inferior. Considerada la cuestión desde otra perspectiva, cabe afirmar que dos normas comparten el mismo rango cuando tienen fuerza activa pero no pasiva entre sí.

19 Tienen fuerza activa respecto a la ley estatal (y por lo tanto, pueden derogarla): otra ley ordinaria, la ley orgánica, los tratados y, por supuesto, la Constitución.

20 En España se discute intensamente si las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria responden al criterio de jerarquía o al de competencia. La Constitución del Perú también regula las leyes orgánicas en el artículo 106, exigiendo para su aprobación mayoría absoluta. Aunque no resulta evidente si, de conformidad con esta Constitución, una ley ordinaria puede derogar a una ley orgánica, lo cierto es que cuando respecto de una materia u órgano previsto en la Constitución rige una reserva de ley orgánica, no sería legítimo que en

(5) Que por dos veces menciona el término “ley”.

(6) También el artículo 103 permite la retroactividad de la ley penal. Y el artículo 139.11, asimismo hace referencia a la “ley” y a las “leyes penales”.

(7) Posibilidad prevista en el artículo 104 de la Constitución.

(8) Cfr. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, p. 89; PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, p. 100.

tal caso una ley ordinaria pudiera sustituir a la ley orgánica, porque en dicha hipótesis se estaría vulnerando la reserva de ley orgánica.

Lo más usual es que en virtud de las normas generales del Derecho internacional público, los tratados tengan fuerza pasiva respecto a leyes orgánicas y leyes ordinarias, ya que no es razonable que un Estado se exonere de las obligaciones contraídas por un tratado mediante el argumento de que su legislación interna se opone a lo dispuesto en dicho tratado. El principio *pacta sunt servanda* rige para todos los Estados parte en un convenio internacional. Pues bien, el párrafo segundo del artículo 56 de la Constitución permite confirmar esa regla general de la fuerza pasiva de los tratados frente a las leyes, en cuanto que *solo* prevé que los tratados puedan exigir la modificación o derogación de una ley o medidas legislativas para la ejecución del referido tratado, y sin embargo la Norma Fundamental *no* prevé la situación contraria consistente en que una ley pudiera exigir la modificación o derogación de un tratado. De esta falta de previsión expresa cabe deducir que tal hipótesis es inviable de conformidad con la Constitución peruana.

Se distingue entre derogación expresa y derogación tácita.

La derogación es expresa cuando la disposición posterior delimita explícitamente cuál es el objeto derogado, como ocurre en la Disposición Final y Transitoria Decimosexta de la Constitución, aunque en esa norma se indica que una vez promulgada la presente Constitución, *sustituye* (no utiliza el verbo “deroga”) a la del año 1979.

La derogación expresa se caracteriza porque produce sus efectos *ex nunc* (es decir, desde la entrada en vigor de la disposición posterior que produce el efecto derogatorio) y, como regla general, de manera irreversible, esto es, sin posibilidad de devolver la vigencia a la disposición derogada, con la excepción del caso en que se deroga una anterior norma derogatoria, puesto que en tal hipótesis se expresa la voluntad de poner nuevamente en vigor la primitiva norma derogada (reviviscencia).

El que la derogación produzca sus efectos *ex nunc* explica la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma, aunque esta haya sido ya derogada⁽⁹⁾, puesto que tal declaración afecta

(9) Así ocurrió con la Sentencia del TC Español 136/1999, de 20 de julio (caso de los dirigentes de la organización política Herri Batasuna), que declaró que el artículo 174 bis a) del Código Penal español de 1973, derogado por el Código Penal —también español— de 1995, era inconstitucional por desproporcionado.

a la validez de la norma, y no a su vigencia, y dado que en materia penal tal declaración de inconstitucionalidad puede conceder derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales (párrafo primero del artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

26 Por el contrario, la derogación es tácita cuando la disposición posterior la impone respecto de las normas anteriores que sean incompatibles con aquella. Un supuesto de estas características aparece en las Disposiciones Finales y Transitorias Primera y Segunda del Código Penal del Perú, puesto que declaran la vigencia de una disposición anterior “en cuanto no se opongan a este Código”. Luego si hay una contradicción entre las leyes anteriores al Código Penal y este mismo Código Penal, habrá que apreciar una derogación tácita de aquellas leyes anteriores.

27 No obstante, la derogación tácita plantea graves problemas: desde la perspectiva de la seguridad jurídica, porque su comprobación debe efectuarse caso por caso, analizando a través de una labor interpretativa si se trata de una verdadera antinomia jurídica. Y desde la perspectiva de la división de poderes, porque en el sector normativo penal la derogación es decidida al fin y al cabo por quien carece de capacidad derogatoria, por el juez, al seleccionar la norma aplicable al caso.

2.3. Anulación por el Tribunal Constitucional

28 De acuerdo con el último inciso del artículo 103 de la Constitución una ley o una norma con rango de ley “también queda sin efecto por sentencia que declare su inconstitucionalidad”. Esa sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley solo puede ser emitida por el Tribunal Constitucional, según dispone el artículo 202.1 de la misma Constitución, que conoce en única instancia de la acción de inconstitucionalidad.

29 La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley la deja “sin efecto”, lo que puede ser interpretado como una anulación. El Alto Tribunal ejerce de esta manera una función de legislador negativo, expulsando del ordenamiento aquellas normas que se oponen a la Constitución que, de tal manera, manifiesta su supremacía en el ordenamiento jurídico. No obstante, el análisis de la doctrina emanada de otros Tribunales Constitucionales demuestra que en ocasiones ejercen funciones de legislador positivo, dándole al legislador ordinario pautas concretas acerca de cómo debe promulgar las normas. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985, de 11 de abril, relativa a la despenalización parcial del delito de

aborto, el Supremo Intérprete de la Constitución española no se limitó a esa labor de legislador negativo, sino que obligó al legislador a incluir determinados contenidos en la ley. Un caso distinto es el de las llamadas sentencias interpretativas. En ellas, el Tribunal Constitucional declara que una norma no es inconstitucional siempre que sea interpretada de una manera conforme con la Constitución, que el propio Tribunal se encarga de especificar; en estos casos, la norma no es dejada sin efectos ni expulsada del ordenamiento jurídico, sino que simplemente se obliga a los tribunales ordinarios a una determinada interpretación de la norma (vid. STC N° reg. 010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 29 y 34 ss.).

El artículo 203 de la Constitución peruana faculta a determinadas autoridades e instituciones para interponer la acción de inconstitucionalidad, pero además otorga la legitimidad a los ciudadanos, en número de cinco mil, para ejercerla. Esta posibilidad permite un control más democrático de la adecuación de una ley a la Constitución. 30

Con carácter general, las sentencias del Tribunal Constitucional de la República del Perú en procesos de inconstitucionalidad producen sus efectos *ex nunc*, es decir, desde el día siguiente de su publicación y carecen de efectos retroactivos (párrafo primero del artículo 81 y párrafo primero del artículo 82 del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, en materia penal (y tributaria) la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley concede derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales (párrafo primero del artículo 83 del Código Procesal Constitucional); ello implica que en estas materias las sentencias tienen efectos *ex tunc*, excepción que tiene su razón de ser en que no tendría sentido seguir cumpliendo una pena por aplicación de una norma que padece un defecto desde su nacimiento, radical e insubsanable, cual es el de ser contraria —total o parcialmente— a la Norma Fundamental. 31

Como ya se ha dicho antes, la derogación expresa produce sus efectos, por lo general, de manera irreversible. Esto explica que el párrafo segundo del artículo 83 del Código Procesal Constitucional disponga que “por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado”. 32

III. Eficacia de la ley penal

Distinta a la vigencia es la eficacia de la ley. Mientras que la vigencia es la integración de una disposición en el ordenamiento jurídico, la eficacia de 33

la misma hace referencia a su capacidad de ser aplicada o su idoneidad para regular una determinada situación subsumible en el supuesto de hecho previsto en la norma⁽¹⁰⁾. Por tanto, es posible que exista una ley pero que no sea aplicada por los jueces y tribunales.

34 Así, por ejemplo, y aunque no suele ser frecuente, la suspensión de una norma por el legislador afecta a la eficacia, no a la vigencia de la misma; la norma existe, pero es inaplicable⁽¹¹⁾.

35 Tampoco hay que confundir la eficacia —de naturaleza jurídica— con el acatamiento, eficiencia u observancia práctica de una norma —que son criterios de carácter sociológico—; ni la eficacia con la validez, pues esta última hace referencia a su regularidad, esto es, a que haya sido dictada respetando la Constitución y las normas sobre producción normativa.

36 Interesa ante todo la dimensión temporal de la eficacia. En esta dimensión las leyes penales siguen una regla general, que a su vez cuenta con una importante excepción.

1. La regla *tempus regit actum*

37 En materia de eficacia de las leyes, el segundo inciso del artículo 103 de la Constitución establece la siguiente regla: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos (...)”. Se trata pues no solo de una regla sobre la producción normativa, sino también una garantía de rango constitucional.

38 En cumplimiento de la primacía de la Constitución, el primer inciso del primer párrafo del artículo 6 del Código Penal, objeto de este comentario, reitera esa regla genérica, pero concretada en la materia penal, en los siguientes términos: “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible”.

39 En sentido temporal esta regla general implica que se superponen (o coinciden) vigencia y eficacia, es decir que una ley produce efectos —o lo que

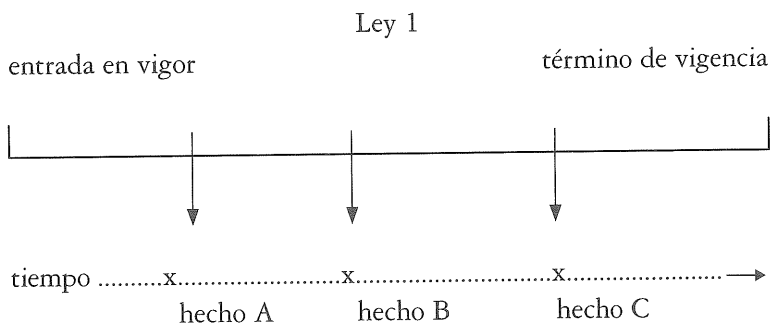
(10) Cfr. Díez-PICAZO, L., “Eficacia de las normas”. *Op. Cit.*, p. 2632.

(11) Un caso de estas características es la suspensión del artículo 4 de la Ley Orgánica española reguladora de la responsabilidad penal de los menores, precepto relativo al régimen de los mayores de 18 y menores de 21 años, por obra de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, también española, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia.

es lo mismo: puede ser aplicada— desde que entra en vigor hasta que llega su término de vigencia. Según esta regla, una ley solo es aplicable a los hechos que tienen lugar durante la vigencia de la propia ley. En términos latinos se expresa esta misma idea con la máxima *tempus regit actum*, lo que significa que la ley aplicable a un hecho es aquella que estuviera vigente al tiempo de su realización.

La ley se dicta, en principio, *pro futuro*, para regular los hechos que se produzcan a partir de su entrada en vigor. En la concepción del teólogo y filósofo español del siglo XVI FRANCISCO SUÁREZ, “la ley es norma de acción, luego no puede tener por objeto una acción pasada (...); ahora bien, cuando esa ley crea un derecho nuevo, establece una nueva norma de comportamiento, luego por su propia naturaleza se da para actos futuros” (*De legibus ac Deo legislatore*).

Gráficamente expresado:



De tal modo que la ley 1 será aplicable a los hechos A, B y C, ya que estos se realizaron durante la vigencia de dicha ley.

Para aplicar la regla, tal y como se define en el artículo 6 del Código Penal, es necesario concretar el “momento de comisión del hecho punible”. Ahora bien, la determinación legal de dicho momento se regula en el artículo 9 del propio Código Penal, a cuyo comentario se hace ahora una remisión.

2. Irretroactividad de la ley penal

Con carácter general, la sucesión de leyes origina inseguridad en los destinatarios y aplicadores de las normas. La transición de la ley antigua a la ley nueva supone un momento de posible cambio de regulación jurídica, con sus consecuentes efectos de nuevo signo.

44 En estos casos, es posible que la ley nueva disponga una específica regulación jurídica transitoria de carácter material, que opera como una especie de ley intermedia entre la ley antigua y la ley nueva. Esto ocurre, por ejemplo, con las Disposiciones Finales y Transitorias del Código Penal.

45 Pero también cabe que la ley nueva no establezca ese régimen específico transitorio. En tal caso, ¿qué disposición hay que aplicar a los hechos cometidos bajo la vigencia de la ley antigua: la propia ley antigua —cuya vigencia ya ha cesado— o la ley nueva?

46 En estos casos rige el principio constitucional de irretroactividad, conforme al cual las leyes penales no pueden ser aplicadas a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada formal en vigencia, si ello implica un perjuicio para el ciudadano. Este principio es una consecuencia de la regla *tempus regit actum*.

2.1. Significado y previsión normativa

47 Irretroactividad significa que una ley no puede producir efectos sobre hechos realizados en el pasado, es decir, sobre hechos realizados antes de que dicha ley entrara en vigor. Imposibilidad de retrotraer es lo mismo que incapacidad para hacer retroceder la eficacia de la ley hacia el pasado. La norma jurídica no es norma *pro praeterito* sino *pro futuro*.

48 La irretroactividad rige como regla en todos los sectores normativos del ordenamiento jurídico peruano. Esos es lo que se deriva del segundo inciso del artículo 103 de la Constitución: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y *no tiene fuerza ni efectos retroactivos* (...)”. En materia penal, el principio de legalidad penal implica la garantía de una *lex praevia* al hecho para que el mismo pueda ser considerado delito o falta, lo que supone una consagración de la irretroactividad genérica de la ley penal. Tal garantía de la *lex praevia* está contenida en el artículo 2 de la Constitución, relativo a los derechos fundamentales de la persona, cuyo apartado 24 d, dispone lo siguiente: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté *previamente* calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (vid. STC Exp. N° 012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 23).

49 En virtud de la Disposición Final cuarta de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos

y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Por otra parte, el artículo V del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Pues bien, de acuerdo con estos criterios interpretativos, hay que poner 50 de relieve que el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de come- 51 terse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Asimismo el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y 52 Políticos se pronuncia en los siguientes términos:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de 53 cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la con- 54 dena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

La Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José 55 de Costa Rica, dispone en su artículo 9, que lleva por título *principio de legalidad y de retroactividad*, lo siguiente:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento 56 de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

57 Aunque no pertenece al ámbito regional latinoamericano y por lo tanto no ha sido ratificada por el Perú, el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, acordado en el seno del Consejo de Europa, prevé en el artículo 7 una regulación similar –pero no idéntica– a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

58 “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

59 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

60 La irretroactividad de las leyes penales (perjudiciales) es actualmente un agregado inescindible del principio de legalidad penal. La exigencia de que el Derecho penal solo se formule a través de leyes (garantía formal o de reserva de ley) no es capaz de impedir por sí sola que una ley penal disponga su aplicación a conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la propia ley: en sentido estricto tal ley cumpliría dicha garantía formal o de reserva de ley. Pero esta posibilidad provocaría la sorpresa de aquellos ciudadanos que se vieran condenados por haber realizado hechos que en el momento de su ejecución no eran delictivos y por lo tanto no estaban prohibidos. En esta hipótesis el sentido de garantía de la garantía formal o de reserva de ley habría quedado totalmente burlado. Para impedir tal burla se impone hoy en día la irretroactividad de las normas penales siempre que perjudiquen al reo.

2.2. Naturaleza y fundamento

61 La exigencia constitucional de irretroactividad (o lo que es lo mismo, de *lex praevia*) en materia penal ostenta una naturaleza plural: Por un lado, es un derecho subjetivo constitucional para el ciudadano (STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fundamento jurídico 18), susceptible de ser tutelado mediante el proceso de amparo ante el juez ordinario competente (artículo 51 del Código Procesal Constitucional) o, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional (Art. 202.1 de la Constitución). De otro, representa una prohibición absoluta impuesta al legislador y al juez. Si hipotéticamente una ley penal previera su aplicación retroactiva en perjuicio del reo, habría de ser declarada inconstitucional, y, por

lo tanto, dejada sin efecto en este aspecto. Y la misma inconstitucionalidad y nulidad afectaría a una resolución judicial que hubiera aplicado retroactivamente una ley penal con consecuencias perjudiciales para el reo.

El principio de irretroactividad *in malam partem* se fundamenta en la seguridad jurídica y constituye una garantía política para el ciudadano en un doble sentido:

En primer lugar, le protege frente a condenas sorpresivas o aumentos de penalidad *ex post facto*, pues suele ser frecuente que tras sucesos delictivos que conmueven a la opinión pública, sobre todo en materia de terrorismo o de delincuencia sexual, se promuevan campañas para introducir nuevas incriminaciones o para aumentar la penalidad de los delitos ya existentes. Si estas campañas cristalizan en leyes, el principio de irretroactividad garantiza que tales leyes posteriores en ningún caso van a ser aplicadas a aquellos hechos que las motivaron, sino única y exclusivamente a los que se produzcan en el futuro.

Y en segundo término, el principio de irretroactividad posibilita que los ciudadanos puedan adecuar su conducta a los mandatos y prohibiciones de las leyes, pues resulta materialmente imposible planificar las conductas y prever sus consecuencias si no existe previamente un modelo, un baremo legal que discrimine lo lícito de lo ilícito. La función social de la ley de regular conductas humanas para proteger bienes jurídicos es impracticable con leyes retroactivas. Por pura lógica, una ley inexistente no puede motivar a su cumplimiento.

2.3. Presupuestos de aplicación de la irretroactividad perjudicial para el reo

Cabe distinguir entre presupuestos fácticos y presupuestos legales:

2.3.1. Presupuestos fácticos

Para que no sea aplicable la ley perjudicial posterior es preciso que el hecho se haya realizado, total o parcialmente, bajo la vigencia de la ley anterior.

En los casos de delitos que se prolongan temporalmente (delito permanente, delito continuado, delitos de varios actos o habituales), la realización de alguno de los actos bajo la vigencia de la ley anterior impedirá la aplicación retroactiva *in peius* o perjudicial de la ley posterior.

- 68 La irretroactividad rige para todos los presupuestos del delito o falta y de las penas o medidas de seguridad⁽¹²⁾.

2.3.2. Presupuestos legales

- 69 La distinción entre clases o hipótesis de retroactividad, carece de valor en Derecho penal; en este cualquier tipo de retroactividad *in peius* está prohibida. En otras ramas del Derecho se suele distinguir entre retroactividad máxima (hecho y efectos acaecidos bajo la vigencia de la ley anterior) y retroactividad media (hecho realizado bajo la vigencia de la ley anterior y efectos que perviven bajo la posterior), siendo la retroactividad mínima verdaderamente un supuesto de no retroactividad.
- 70 Se requiere que la ley posterior cambie o altere la regulación jurídico-penal preexistente en sentido perjudicial⁽¹³⁾, por lo que si hay identidad de las normas que se suceden, no entra en juego la garantía constitucional⁽¹⁴⁾. Cuando lo que antes era infracción administrativa se convierte después en delito o falta, cambia la consecuencia jurídica (de sanción administrativa a pena), por lo que también en este caso rige la irretroactividad. Contra el criterio mayoritario de la doctrina científica, la Sentencia del Tribunal Supremo español 22-1-1999 considera que las lesiones al feto ya eran punibles de acuerdo con el Código Penal español de 1973.
- 71 La irretroactividad alcanza indudablemente a la ley penal en sentido estricto⁽¹⁵⁾; a las normas penales que imponen medidas de seguridad, pues, estas consecuencias jurídicas también son restricciones de derechos individuales; asimismo a las leyes penales temporales e intermedias; y a los complementos extrapenales de las leyes punitivas en blanco⁽¹⁶⁾, aunque estén previstos por tratados o normas internacionales ratificados por el Perú. Es dudoso

(12) En España, la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la irretroactividad para la ampliación del tiempo de prisión provisional (SSTC 32/1987, de 12 de marzo; 117/1987, de 8 de julio), pero no para la prescripción (SSTC 29/1989, de 6 de febrero; 73/1989, de 20 de abril; 196/1991, de 17 de octubre) —lo que se critica por la doctrina—, ni para la responsabilidad civil derivada de delito (SSTC 210/1991, de 11 de noviembre; 21/1993, de 18 de enero; 119/1993, de 19 de abril; 237/1993, de 12 de julio; 259/1993, de 20 de julio; 261/1993, de 20 de julio; 58/1996, de 15 de abril; AATC 126/1982, de 24 de marzo; 365/1990, de 15 de octubre; 151/1992, de 25 de mayo). Es polémica su extensión a las condiciones objetivas de perseguibilidad (*vide* STC 21/1993, de 18 de enero).

(13) En este sentido, Sentencia del TC Español 470/1984, de 24 de julio.

(14) Así, Sentencia del TC Español 21/1993, de 18 de enero.

(15) Así, sentencias del TC Español 196/1991, de 17 de octubre; 95/1992, de 11 de junio.

(16) Véase, en este sentido, la Sentencia del TC Español 127/1990, de 5 de julio.

si alcanza o no a la prescripción de delitos y penas, a la que algunos atribuyen una naturaleza procesal y no penal⁽¹⁷⁾.

Se discute sobre si la irretroactividad rige respecto de las modificaciones 72 jurisprudenciales cuando estas perjudican al reo. Esto afectaría a las resoluciones judiciales de la Corte Suprema de la República del Perú. En España, el problema se ha planteado en varias ocasiones. Así, por ejemplo, hasta las sentencias del Tribunal Supremo de 31-1-1994 y de 1-6-1994, el éxtasis o Metil-MDMA era considerado como una sustancia que no era susceptible de causar grave daño a la salud; a partir de dichas sentencias, tal sustancia es considerada susceptible de causar un grave daño a la salud y, por lo tanto, su tráfico se castiga con una pena más elevada de acuerdo con el artículo 368 del Código Penal español; la cuestión es si esta nueva doctrina jurisprudencial es aplicable a los hechos de tráfico con tal sustancia cometidos antes de las mencionadas sentencias, momento en el que no podía conocerse que el éxtasis iba a ser calificado como sustancia perjudicial para la salud y castigado con mayor pena. El Tribunal Supremo español considera que sus resoluciones no son ni “disposiciones”, en el sentido del artículo 9.3 de la Constitución española (que garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos fundamentales”), ni “legislación”, en el sentido del artículo 25.1 de la Constitución española (en virtud del cual “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”), y por ello el propio Tribunal Supremo español niega la irretroactividad de la jurisprudencia perjudicial⁽¹⁸⁾. Sin embargo, la ciencia penal española aboga por extender a la jurisprudencia la prohibición de que sea aplicada retroactivamente en perjuicio del reo, a través de diversas vías (error de tipo, error de prohibición, recurso constitucional de amparo, aplicación analógica del artículo 25.1 de la Constitución española, etc.). Planteado el problema en la Sentencia 195/2000 del Tribunal Constitucional español, el Alto Tribunal no entra en el fondo de la cuestión.

(17) Sobre este punto, cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. I Introducción*, pp. 224-226.

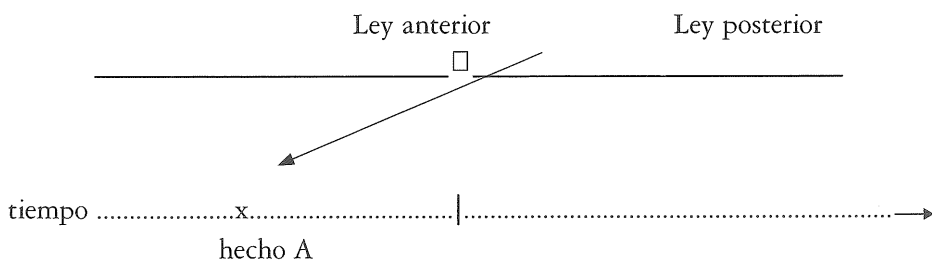
(18) En este sentido, sentencias del TS Español 883/1994, de 11 de mayo, fundamento jurídico 8; 1359/1994, de 2 de julio; 197/2006, de 28 de febrero; y Autos (AA) del propio TS español 12/11/1997; 14/10/1998.

3. Retroactividad de la ley penal favorable

- 73 La regla *tempus regit actum* (y su consecuencia inmediata de la irretroactividad) no rige sin excepción. Esta excepción consiste en admitir la eficacia retroactiva de las leyes cuando favorecen al acusado o condenado.

3.1. Significado de la retroactividad favorable o *in bonus*

- 74 Cuando una ley penal admite la aplicación retroactiva de sus normas si resultan favorables, supone que, sin alterar el ámbito de vigencia de la ley, dichas normas se aplican a hechos realizados antes de la entrada en vigor de aquella.
- 75 Otorgar efecto retroactivo implica, en cierto modo, la ficción de rescribir la historia, en cuanto que supone aplicar una ley en un momento en que esta no existía. Mientras que las leyes son prescripciones generales o hipotéticas —aplicables a un número indeterminado de supuestos, si es que se producen—, las disposiciones retroactivas se aplican a un número concreto y determinado de hechos, puesto que estos ya han tenido lugar.
- 76 Gráficamente expresado:



- 77 En este caso al hecho A le será aplicable la ley posterior por ser más beneficiosa.

3.2. Previsión normativa, naturaleza y fundamento

- 78 La Constitución de la República del Perú ha elevado la retroactividad de las leyes penales favorables a la categoría de garantía constitucional, ya que está prevista expresamente, como salvedad a la regla *tempus regit actum*, en el segundo inciso del artículo 103:
- 79 “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.”

La retroactividad de la ley penal favorable está también contemplada 80 en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto ya ha quedado reflejado páginas atrás. También aparece contemplada en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, así como en el artículo 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica, ambos transcritos anteriormente en este comentario al artículo 6 del Código Penal⁽¹⁹⁾.

En atención a la primacía de la Constitución, el artículo 6 del Código 81 Penal reitera asimismo la garantía de la retroactividad favorable. Ahora bien, en cuanto el Código Penal ha sido promulgado por un Decreto Legislativo, nada obsta para que una disposición posterior con rango de Ley pueda modificar dicho artículo 6. Lo que vinculará en el futuro al legislador seguirá siendo el artículo 103 de la Constitución, y no el artículo 6 del Código Penal.

Para comprender en toda su extensión dicha garantía hay que tener en 82 cuenta también el artículo 7 del mismo Código que, con mayor motivo, permite la aplicación retroactiva de la ley posterior cuando dicha ley desincrimina la conducta. No obstante, el comentario a este último precepto excede del cometido que corresponden a estas páginas, que se limitan a interpretar el artículo 6.

Existe en la actualidad una pluralidad de posiciones en cuanto al posible 83 fundamento de la retroactividad favorable. Así se acude mayoritariamente al principio de proporcionalidad. Otros la consideran como una garantía de la libertad personal vinculada al principio de legalidad penal. Un último sector lo justifica en razones de humanidad o *pietatis causa*.

Es muy discutible el fundamento de la proporcionalidad, al menos que lo 84 sea en todos los casos de retroactividad favorable. Ello es así por varias razones. En primer lugar, la proporcionalidad también serviría para explicar una hipotética retroactividad de las leyes desfavorables, pues ante una nueva incriminación sería desproporcionado dejar impune la conducta cometida bajo la vigencia de la ley anterior; en efecto, la proporcionalidad es un baremo de ponderación neutro, que vale para lo que beneficia y para lo que perjudica, pues tan desproporcionado es lo que no está incriminado y debiera estarlo, como lo que está incriminado y no debiera estarlo. En segundo término, la desincriminación de una conducta no responde a veces a una nueva valoración del legislador, sino simplemente al dato real de que tales conductas apenas se realizan

(19) *Vide supra*, apartado 3.2.1.

estadísticamente hablando; en tal caso, la proporcionalidad exigiría atender a las circunstancias reales de cada periodo histórico (*rebus sic stantibus*), y no aplicar retroactivamente las normas que desincriminan tales conductas. La tercera y última razón estriba en que el fundamento de la proporcionalidad, tomado en serio, obligaría a considerar inconstitucional la ley anterior perjudicial, cuando realmente no se trata de eso, es decir, de que sea inconstitucional por desproporcionada, sino que se trata de que la nueva ley obedece a un cambio de circunstancias o a un cambio de valoración.

3.3. ¿Verdaderamente rige en el artículo 6 el principio de combinación?

85 El artículo 6 del Código del Perú está intitulado con la expresión “Principio de combinación”. Por otra parte, en la exposición de Motivos del Código Penal se puede leer lo siguiente:

86 “Aplicación temporal

87 1. En acatamiento del artículo 233 inciso 7) de la Constitución Política, se prescribe la aplicación de “*lo* más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” (Art. 6). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de ley aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo 7 del Código Penal de 1924, por el nuevo principio de combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas”.

88 Pese a lo manifestado en esta Exposición de Motivos, el artículo 6 no hace referencia a “*lo* más favorable” sino a “*la* más favorable”. Gramaticalmente, el artículo definido “*la*” concuerda con la “ley penal” que aparece en la frase anterior y que, para evitar la repetición, en esta segunda frase se oculta mediante una elipsis. Si se quisiera prescindir de dicha elipsis, el segundo inciso de este precepto tendría el siguiente tenor literal: “No obstante, se aplicará la *ley* más favorable al reo (...)”. Esto supondría que habría que aplicar de forma completa una u otra ley, bien la anterior, bien la posterior, pero no reelaborar una *tercera* ley, construida mediante el sistema de escoger lo más favorable de cada una de ellas.

89 Es cierto que la intitulación del artículo 6 (“Principio de combinación”) y el apartado ya transcrito de la Exposición de Motivos parecen presuponer que en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, el juez tendrá que seleccionar *lo* más favorable de la ley anterior y de la ley posterior, combinando de esta manera ambas disposiciones y elaborando una *tercera* ley, que es la que finalmente tendrá que ser aplicada.

Existe, por tanto, una contradicción entre, por un lado, la intitulación del precepto (“principio de combinación”) y la Exposición de Motivos, y, por otro lado, el tenor literal del artículo 6 del Código Penal peruano. ¿Cuál de ambas posibilidades debe ser elegida? Creo que la Exposición de Motivos no tiene el carácter de norma jurídica obligatoria, sino que es un importante elemento para interpretar la norma, ya que explica las intenciones del legislador en el momento de promulgarla. En cuanto a la intitulación del precepto, su valor normativo es más dudoso, pero no creo que pueda prevalecer frente al claro e inequívoco tenor literal de la propia norma. El sentido normativo del contenido del artículo 6 determina que, en una primera aproximación, deba resolverse la contradicción descartando el principio de combinación.

En mi opinión hay también otro argumento sistemático para rechazar que el artículo 6 verdaderamente establezca el principio de combinación. En efecto, el artículo 139 de la Constitución regula los principios y derechos de la función jurisdiccional; pues bien en su apartado 11 recoge el siguiente principio:

“11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

Es cierto que este principio se limita subjetivamente al “procesado” y objetivamente al genérico “conflicto entre leyes penales”, y no —como el artículo 6 del Código Penal— al “conflicto *en el tiempo* de leyes penales”. Parece más bien que hace referencia a un criterio de solución del concurso de normas o de leyes en el ámbito penal, aunque elevado a la categoría de principio constitucional de la jurisdicción penal. Pero lo cierto, y esto es lo importante en este contexto, es que este artículo 139.11 de la Constitución no prevé un criterio de combinación de dos o más leyes, sino que simplemente resuelve el conflicto aplicando una sola y única ley, precisamente “la *ley* más favorable” al procesado.

Una tercera razón para llegar a la conclusión de que el artículo 6 no prevé el principio de combinación, es de tipo político-constitucional. La separación de poderes es un principio que está garantizado en el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución. Pues bien, si el juez combina dos o más leyes penales para *crear* una tercera ley, se corre el riesgo de que abandone su función de administrar justicia “con arreglo a la Constitución y a las leyes” (artículo 138 de la Constitución) para convertirse en un verdadero legislador, con la consiguiente inseguridad jurídica, pues el único criterio que le vincularía sería simplemente elegir lo más favorable de las leyes en conflicto. Con esta tarea se excede lo que es la labor ordinaria de un juez, que es la de *aplicar* la ley y no la de *crear* la ley, ya que su posición institucional —derivada del principio de la

división de poderes— es la que corresponde a alguien que se encuentra sometido al imperio de la Constitución y de la ley.

95 Como conclusión y como respuesta a la pregunta formulada en el presente epígrafe, creo que el artículo 6 del Código Penal, por razones del valor normativo del precepto, por motivos sistemáticos y por una argumentación de tipo político-constitucional, no acoge verdaderamente el principio de combinación.

96 De acuerdo con esa interpretación, el primer párrafo del artículo 6 opera en definitiva como una norma de conflicto entre la ley anterior y la posterior, que se resuelve con el criterio de seleccionar como ley aplicable la más beneficiosa. Pueden ocurrir dos hipótesis:

97 Primera: Que sea más beneficiosa la ley anterior. En este caso, como dicha ley ya carece de vigencia, se produce el fenómeno de la ultraactividad de tal ley, esto es, que la misma produce sus efectos más allá de su término de vigencia.

98 Segunda: Que sea más beneficiosa la ley posterior. Entonces es cuando verdaderamente se produce el efecto retroactivo de tal ley, en cuanto a que es aplicada a hechos realizados antes de su entrada en vigor.

3.4. Presupuestos de aplicación de la retroactividad favorable

3.4.1. Presupuestos fácticos

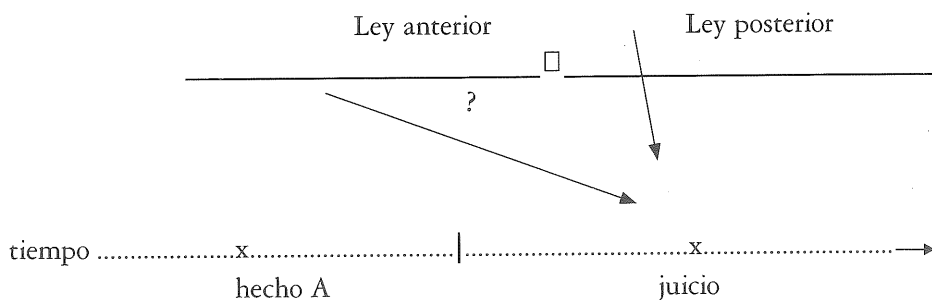
99 También aquí el hecho debe haberse realizado, total o parcialmente, durante la vigencia de la ley anterior. Rige asimismo la retroactividad favorable cuando la nueva ley establece nuevas eximentes del delito⁽²⁰⁾. El dolo y la conciencia de antijuridicidad en relación con la ley posterior favorable deben ser necesariamente relativizados, pues por pura lógica tales elementos, que implican un conocimiento actual (o al menos potencial), no pueden ser valorados en relación con una ley que no existe en el momento de realización del hecho, sino que entra en vigencia posteriormente.

3.4.2. Presupuestos legales

100 Son dos los presupuestos legales de la aplicación retroactiva de la ley penal posterior: que exista un conflicto en el tiempo de leyes penales y que la ley posterior sea más beneficiosa para el reo. A continuación se examinarán por separado.

(20) En este sentido, la Sentencia del TC Español 38/1994, de 15 de febrero.

A) Se suscita un conflicto en el tiempo de leyes penales en los casos en 101 que hay una sucesión de leyes, y además el hecho es cometido bajo la vigencia de la ley anterior, en tanto que la ley posterior entra en vigencia antes de que se celebre el juicio relativo al referido hecho.



Si en el juicio al hecho A se le aplica la ley anterior (la vigente en el momento 102 en el que se realizó el hecho), pese a que está derogada, entonces el conflicto se resuelve mediante la ultraactividad de dicha ley anterior. Por el contrario, si al mismo hecho A se le aplica la ley posterior (que no estaba vigente en el momento de realización del hecho, pero que sí lo está en el momento del juicio), entonces el conflicto se resuelve con la retroactividad de dicha ley posterior, esto es, produciendo efectos antes de su entrada en vigencia.

La regla de aplicar la ley más favorable de las dos que se suceden opera, 103 pues, como una norma de conflicto, es decir, como una norma que decide acerca de la aplicación de otras dos normas.

Paradójicamente, hay ley penal cuando el hecho no aparece siquiera men- 104 cionado en la ley posterior. En estos casos hay que analizar la nueva normativa con prudencia, pues este silencio puede poner de relieve muy diferentes situaciones: puede significar que el hecho ha sido despenalizado o que, cuando menos, ha pasado a ser regulado por otro sector normativo distinto al penal, por ejemplo el administrativo sancionador; pero puede ocurrir también que el silencio implique una distinta calificación jurídica del hecho⁽²¹⁾.

En cuanto al complemento de las leyes penales en blanco, existe una con- 105 troversia científica sobre si la retroactividad favorable debe abarcar bien todos

(21) Así, en España el nuevo Código Penal de 1995, frente al de 1973, hizo desaparecer las calificaciones autónomas de parricidio e infanticidio, pero obviamente eso no significa que esas conductas hayan quedado desincriminadas, sino que ahora serán calificadas como homicidio (artículo 138) o asesinato (artículos 139 y 140), con la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23).

bien solo algunos supuestos en atención al fin de la norma extrapenal; según este último criterio, no debería existir retroactividad si tras la falsificación de moneda se retira esta del curso legal o si tras la imprudencia con vehículo de motor se cambian las señales de tráfico. Puesto que la retroactividad favorable solo rige en materia penal, no alcanza a la responsabilidad civil.

106 En relación con las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una norma, ya se puso de manifiesto más arriba que en materia penal sus efectos pueden llegar hasta reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

107 B) ¿Cuándo es más beneficiosa la ley posterior? La única regla expresa que aparece en el Código Penal peruano es el artículo 7, que representa el supuesto más evidente del carácter beneficioso de la ley posterior: cuando deja de ser punible el hecho anteriormente castigado; también cabría incluir dentro de esta hipótesis los casos en que la infracción penal cambia de naturaleza para pasar a ser una infracción administrativa, ya que también entonces el hecho “deja de ser punible”. Pero al margen de este precepto, no existen reglas expresas, aunque sí cabe deducir ciertos criterios extraídos de otras normas:

108 - Así, del artículo 28 y siguientes, que establecen una ordenación sistemática de las penas, se desprende la gravedad relativa de las mismas, de modo que, por ejemplo, una pena privativa de libertad es obviamente más grave que una pena restrictiva de libertad.

109 - Igualmente, dentro de un mismo género de penas, es más beneficiosa aquella pena de menor duración.

110 - Parece también que hay que atender a las penas concretas y no a los marcos penales, ya que el punto de vista decisivo no es abstracto sino personal: se trata de determinar lo más beneficioso para el reo y, por esta misma razón, parece razonable que el juez escuche la opinión de la defensa del condenado.

111 - Son más graves las penas impuestas cumulativamente que las mismas penas impuestas de manera alternativa.

112 - La Disposición final y transitoria cuarta, que se ocupa de la conversión al nuevo Código Penal de las penas impuestas conforme al antiguo Código, permite establecer una comparación entre las penas del Código vigente.

113 - En referencia a las penas de multa, la legislación española considera que cuando la ley posterior eleva las cuantías de las mismas, con la consecuencia

de que lo que antes era un delito pasa después a ser una falta, la nueva ley obedece simplemente a la necesidad de atender a la devaluación del dinero, y por lo tanto no debe ser considerada más beneficiosa.

3.5. Alcance de la retroactividad favorable

¿Hasta qué momento puede ser aplicada la ley posterior más favorable a hechos cometidos bajo la vigencia de la ley anterior? Con otras palabras: ¿cuál es el alcance de la retroactividad favorable?

El segundo párrafo del artículo 6, e incluso el artículo 7, parecen concretar algunas hipótesis respecto al alcance de la retroactividad favorable.

Cabe distinguir varias posibilidades:

- Cuando el hecho todavía no ha sido sometido a juicio, en cuyo caso se aplicará en este la ley posterior.

- Cuando se haya celebrado el juicio pero no haya recaído sentencia firme, con lo que en los eventuales recursos habría que aplicar la ley posterior más favorable.

- Cuando se haya dictado sentencia firme y el reo esté cumpliendo condena. Este supuesto aparece mencionado expresamente en dos preceptos: por un lado, el segundo párrafo del artículo 6: “Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”; por otro lado, el artículo 7 se refiere al momento en que la pena haya sido impuesta y la nueva ley deje de considerar punible el hecho, en cuyo caso la pena se extingue de pleno derecho y lógicamente el reo dejará de cumplirla.

- Cuando la pena ya ha sido ejecutada y el hecho deja de ser punible de acuerdo con la nueva ley, los efectos de la pena se extinguen de pleno derecho, lo que implica que no pueda ser apreciada la circunstancia agravante de reincidencia cuando se cometa otro delito doloso (artículo 46-B).

IV. Bibliografía

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, “Límites temporales de la ley penal militar”. En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho* N° 12. Universitat de les Illes Balears, 1985; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I Introducción*. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 2004; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás,

Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CUERDA RIEZU, Antonio, “Irretroactividad y retroactividad de la ley penal”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Civitas, Madrid, 1995; CUERDA RIEZU, Antonio, “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad en clave constitucional”. En: Manuel BALADO / José Antonio GARCÍA REGUEIRO (directores), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Centro Internacional de Estudios Políticos y Bosch, Madrid, 1998; CHOFRE SIRVENT, José, *Significado y función de las leyes orgánicas*. Tecnos, Madrid, 1994; DíEZ-PICAZO, Luis María, “Vigencia de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV. Civitas, Madrid, 1995; DíEZ-PICAZO, Luis María, “Derogación”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen II. Civitas, Madrid, 1995; DíEZ-PICAZO, Luis María, “Eficacia de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen II. Civitas, Madrid, 1995; DíEZ-PICAZO, Luis María, “Retroactividad de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV. Civitas, Madrid, 1995; DíEZ-PICAZO, Luis María, “Validez de las normas”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV. Civitas, Madrid, 1995; GAYA SICILIA, Regina, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*. 2ª edición. Montecorvo, Madrid, 1994; GONZÁLEZ RUS, Juan José, “§7”. En: Manuel COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; HUERTA TOCILDO, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. En: *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León* N° 6, mayo 2005; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la retroactividad penal favorable*. Civitas, Madrid, 2000; LÓPEZ MENUDO, Francisco, “El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional”. En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I, 1991; LÓPEZ MENUDO, Francisco, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982; MADRID CONESA, Fulgencio, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*. Universidad de Valencia, Valencia, 1982; MAGRO SERVET, Vicente, “La irretroactividad de las normas jurídicas: regla general y excepciones”. En: *La Ley* t. 5, 1998; MIR PUIG, Santiago, “¿No siempre es aplicable la ley más favorable?”. En: *Revista Jurídica de Catalunya* N° 2, 2000; DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2ª edición, 7ª reimpresión. Ariel, Barcelona, 1987; PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*. 4ª edición, 2ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 1991; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002 en el acto de su recepción como Académico de Número*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2002; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe,

“El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia”. En: *Poder Judicial* N° VI (especial), 1989; SAINZ MORENO, Fernando, “La publicidad de las normas”. En: Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1993; SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, “Comentarios a las disposiciones transitorias, derogatoria y finales”. En: Tomás VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, “La transición del antiguo al nuevo Código Penal”. En: *La Ley*. Tomo 2, 1996; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes penales en blanco’”. En: *Revista Jurídica de Catalunya* N° 1, 1994; SOLOZABAL ECHEVARRÍA, Juan José, “Promulgación de la ley”. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Civitas, Madrid, 1995; SUÁREZ COLLÍA, José María, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. 2ª edición. Actas, Madrid, 1994; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

§§ 6 y 7

Principio de combinación y retroactividad benigna

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Madrid
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	387	IV. ¿Leyes de prescripción y leyes que imponen medidas de seguridad como leyes penales?	39	400
II. El principio de irretroactividad penal desfavorable .	5	388	V. Bibliografía	47	402
III. El principio de retroactividad penal favorable	15	391			

§ 6.- Principio de combinación y retroactividad benigna

“La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”.

Artículo 7.- Principio de retroactividad benigna

“Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho”.

I. Introducción

1. Los artículos 6 y 7 del Código Penal regulan la aplicación de las normas penales en relación con el factor tiempo.

A) El primero de ellos proclama como primera regla la aplicación de la ley penal vigente en el momento de comisión del hecho punible, que según el artículo 9 es el momento de la acción u omisión típica, y no el del resultado. Si concurrieran varias leyes vigentes a calificar el comportamiento se establece como regla de solución de la concurrencia normativa la favorabilidad para el reo. No se expresa en el primer inciso del apartado primero del artículo 6, pero se infiere del mismo, que las leyes penales no son retroactivas ni ultra-activas: que no se aplican a hechos anteriores a su vigencia y que no se aplican a hechos posteriores a su pérdida de vigencia.

- 3 B) El segundo apartado del artículo 6 y el artículo 7 regulan una excepción a la regla de la aplicación de la norma vigente en el momento de la conducta, constituida por la aplicación de una posterior si es más favorable, que entonces se aplica retroactivamente.
- 4 2. La lectura de esta regulación depara una adecuada recepción de dos postulados básicos de un Derecho penal democrático: el de la irretroactividad de las leyes sancionadoras desfavorables, por elementales razones de seguridad jurídica (principio de legalidad), y el de la retroactividad de las leyes sancionadoras favorables, por elementales razones de justicia (principio de proporcionalidad). Junto a esta positividad esencial de la regulación se suscitan algunas interrogantes, como se verá, el criterio único de la favorabilidad para el concurso de normas simultáneamente aplicables; la distribución del contenido de los artículos, por la división en dos del postulado de retroactividad favorable; la enigmática rotulación del artículo 6, con un “principio de combinación” que luego no se regula; y la contemplación de la retroactividad favorable solo para los supuestos de nueva ley posterior a la sentencia condenatoria y no también para los posteriores al hecho enjuiciado pero anteriores a la sentencia.

II. El principio de irretroactividad penal desfavorable

- 5 3. El postulado de la irretroactividad penal desfavorable es ante todo consecuente al valor de la seguridad jurídica (A), pero también presupuesto del ejercicio de la libertad (B) y de la propia funcionalidad del mecanismo preventivo penal (C), y exigencia del principio de culpabilidad (D).
- 6 A) La seguridad jurídica como valor ha ido concretando un núcleo esencial, comprensivo de un postulado más restringido que el de la proscripción de la falta de cognoscibilidad de las normas. Al hilo de una segunda acepción habitual de lo seguro como lo libre de “peligro, daño o riesgo”, cabe diferenciar dentro de la seguridad un contenido insoslayable, no sometible a otros valores o intereses, que es el constituido por la previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos que sean relevantemente negativas para ellos. Así, la Constitución proclama que “la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo” (Art. 103), y establece como derecho que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Art. 2.24.d). Para este segundo círculo concéntrico,

para el contenido inviolable de la seguridad, lo determinante será que no se pueda aplicar a nadie una ley que sea previa a su conducta y que sea relevantemente desfavorable para sus intereses.

Esa relevancia de la aflictividad de sus consecuencias está fuera de toda duda en las leyes penales, que son las leyes que prevén las sanciones más graves. De ahí que la seguridad jurídica como valor, y el principio de legalidad penal como principio que sirve de cauce principal de dicho valor hacia el ordenamiento, exijan la antelación de la norma punitiva al comportamiento penado o, dicho técnicamente, la irretroactividad de las normas penales —entendidas como las normas que penan *ex novo* un comportamiento o que agravan la pena de un comportamiento ya penado— o, si se prefiere matizar así, la irretroactividad de las normas penales desfavorables.

B) La irretroactividad de las normas penales no es solo un imperativo del valor seguridad, sino que entronca también con la legitimación democrática del Estado a través del valor de la libertad entendida, en sentido genérico, como autonomía personal. Y lo hace de un doble modo: de un lado posibilitando que el individuo ejercite tal autonomía, y, de otro, posibilitando que el Estado proteja los márgenes sociales de libertad a través del Derecho sancionador. Así, si el Estado se propone maximizar y garantizar las libertades y si, para ello, ha de recurrir necesariamente a una ordenación coactiva, deberá anunciar y precisar el contenido de sus amenazas si quiere posibilitar un razonable ejercicio de la libertad de cada ciudadano, que exigirá en lo posible el conocimiento de las consecuencias de sus comportamientos. En efecto: sin información no es posible el ejercicio personal de la autonomía. Como señala JOHN RAWLS, “si el principio *nullum crimen sine lege* es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos”⁽¹⁾.

C) Si lo que se quiere con las normas sancionadoras es ordenar la realidad social de cierto modo, para la antelación de la norma a la conducta normada existen, además de la razón de la preservación de la seguridad, otras muy buenas razones derivadas de la propia funcionalidad del mecanismo sancionador y que ya se intuyen desde la propia semántica de los términos utilizados. Solo se pueden normar las conductas posteriores. Si lo que se pretende con la norma penal es, esencialmente, aportar razones disuasorias a todos respecto al emprendimiento de comportamientos gravemente peligrosos o lesivos

(1) RAWLS, J., *A Theory of Justice*, p. 239.

de los que se consideran como los legítimos bienes e intereses fundamentales, este efecto preventivo de la norma penal solo puede producirse si el anuncio de lo que está prohibido y la amenaza de sanción a quien infrinja la prohibición son anteriores al comportamiento que se quiere evitar. Carece prácticamente de todo sentido preventivo el castigo de una conducta cuya prohibición solo era cognoscible con posterioridad a su realización, pues nada aporta el castigo a la evitación de un comportamiento que no podía ser disuadido por la amenaza del mismo.

10 D) Si el principio de culpabilidad, como derivación del valor de la dignidad de la persona, comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva, que solo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso normal de su autonomía personal, resultará que para castigar a alguien será necesaria la cognoscibilidad por su parte de la ilicitud del hecho, lo que devendrá imposible si la prohibición es posterior a la realización del comportamiento.

11 4. La proclamación legal de la interdicción de la retroactividad penal desfavorable se hace en términos positivos: con la determinación de que la norma aplicable es la vigente al momento de la comisión (A). Junto a esta regla, el enunciado legal prevé el caso de que sea más de una la ley vigente la aplicable al caso, resolviendo esta concurrencia normativa con el criterio de la preponderancia de la ley penal más favorable (B).

12 A) La regla de la aplicación de la norma penal vigente en el momento de la comisión del hecho punible requiere la precisión de cuál es el periodo de vigor de una ley y de cuándo se entiende cometido el hecho punible. Para lo primero la Constitución especifica que "(l)a ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (Art. 109). La ley perderá su vigor cuando lo prevea la misma, si excepcionalmente lo prevé (leyes temporales); cuando sea derogada por otra posterior, expresa o tácitamente —mediante un contenido incompatible con la anterior—; o cuando sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional —artículo 204 de la Constitución: desde el día siguiente a la publicación de la sentencia en el diario oficial—.

13 El momento de comisión del hecho punible viene especificado en el Art. 9 del Código Penal: "aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca".

B) La regla de la favorabilidad como criterio único de resolución de los concursos de normas, inducida por el artículo 139.11 de la Constitución —“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”— resulta patentemente inadecuada. Solo encuentra su sentido, y así debe ser interpretada, como regla residual solo aplicable si las normas concurrentes carecen entre sí de relaciones de especialidad —en cuyo caso la norma especial desplaza a la genérica—, subsidiariedad —en cuyo caso la norma principal desplaza a la subsidiaria— o consunción —en cuyo caso la norma consumente desplaza a la norma consumida—. Repárese en lo absurdo que sería hacer prevalecer por favorabilidad la norma que sanciona el homicidio (Art. 106) frente a las normas que castigan el parricidio (Art. 107) o el asesinato (Art. 108).

III. El principio de retroactividad penal favorable

5. El mandato de retroactividad penal favorable no es un mandato de seguridad, ni se incluye en el principio de legalidad penal (A), sino que se constituye como una exigencia de justicia derivada del principio de proporcionalidad (B).

A) La aplicación de una ley posterior favorable —posterior al momento de comisión del delito y más favorable para los intereses de su autor que la ley vigente en dicho momento— no es una opción demandada por el valor de la seguridad jurídica ni por el principio de legalidad que lo encarna. Es más: aunque no en su contenido esencial, la retroactividad favorable afecta, como toda retroactividad, a la seguridad jurídica. Aunque la retroactividad penal favorable no lesione la garantía individual de los ciudadanos de que no van a verse negativamente sorprendidos por una determinada consecuencia jurídica no prevista en el momento de su comportamiento, sí que incide en la previsibilidad general y particular de las consecuencias penales de los actos propios y ajenos. Dicho de otro modo: resulta más acorde con la seguridad, e incluso con un entendimiento amplio del principio de legalidad, una aplicación sin fisuras de la ley penal del momento de comisión, habida cuenta de que todos los aspectos de la norma finalmente aplicable resultan cognoscibles desde el momento en el que se cumple su presupuesto.

Cuestión diferente es la de que el legislador penal contemple la retroactividad favorable, y la de que, por ello, la falta de aplicación por el juez de la norma penal posterior favorable suponga la ignorancia de su mandato expreso —el incluido en los artículos 6 y 7 del Código Penal—. El juez que así actúe estará ignorando un elemento de la norma penal en contra del reo, estará

infringiendo el artículo 103 de la Constitución, y estará lesionando el derecho fundamental del condenado a la legalidad penal (Art. 24.2.d Constitución).

18 En efecto, forma parte de la “ley” en el momento de producirse la acción o la omisión (Art. 24.2.d Constitución) la norma del Código Penal (Arts. 26 y 7) que establece la vigencia temporal de los preceptos penales y que eventualmente remite a una hipotética norma futura que contemple el supuesto de un modo más favorable para el reo —destipificándolo o atenuando la pena que merece—. El juez que antes de finalizar “la ejecución de la sanción” ignore la nueva norma más favorable estará ignorando un elemento legal del que depende la responsabilidad penal o la medida de la responsabilidad penal del condenado: estará sancionando una conducta que, vistas las cosas *ex post*, no constituía delito o falta en el momento de su realización, o que merecía una sanción más leve según la previsión prospectiva de la ley del momento del acto.

19 B) La aplicación de la ley posterior más favorable en ciertos casos es una exigencia del principio de proporcionalidad. Si el principio de legalidad tiende a demandar que para la calificación penal de una conducta se aplique la ley vigente en el momento en el que se realizó la misma, y en todo caso que no se aplique una ley posterior desfavorable para su agente, el principio de proporcionalidad puede exigir en algunos supuestos que la norma que se aplique sea una norma posterior al hecho que califica y, por lo tanto, desconocida para su autor cuando lo generó. Tales supuestos serán aquellos en los que esta norma posterior haya despenalizado la conducta o la someta a una pena más leve. Empeñarse en seguir aplicando la norma vigente en el momento de la conducta equivaldrá a aplicar una norma punitiva en la que el legislador ya no cree, y comportará proceder a una reacción penal desproporcionada desde este nuevo y vigente punto de vista. Piénsese en los dos siguiente ejemplos, tomados por su claridad del Derecho español y de la sucesión de leyes penales que se produjo del paso de un régimen dictatorial a un régimen democrático: carecía de todo sentido seguir aplicando o perseverando en la pena de un delito de adulterio o en la imposición de una pena de muerte tras la reforma del Código Penal que eliminaba aquel delito y esta pena.

20 C) En la exposición anterior se ha configurado, como es lo habitual, como regla, la de la aplicación de la norma vigente en el momento del hecho punible, y como excepción a lo anterior, la aplicación de la norma posterior favorable. No sobra señalar que, con el mismo resultado final, algunos autores ven las cosas a la inversa: que la regla ha de ser la de que los jueces apliquen el Derecho que se estima mejor, más justo, que es el vigente en el momento de

la aplicación, y que solo por excepción, derivada del principio de legalidad, se ha de aplicar la norma que rige la conducta en el momento en el que se realiza.

6. La retroactividad penal favorable es, pues, una exigencia del principio de proporcionalidad. Debería regir la regla de la aplicación de la ley posterior más favorable siempre que, a la luz de las valoraciones penales que refleja la propia sucesión de leyes, se revele desproporcionada la solución alternativa y solo cuando se revele desproporcionada la solución alternativa, que es la aplicación de la ley penal del momento de comisión. ²¹

Debe aclararse al respecto que a la hora de analizar si la conducta en cuestión resulta desproporcionadamente tratada al aplicarle la norma vigente en el momento de su realización, en lugar de otra posterior que resulta materialmente aplicable y que es más favorable, ha de considerarse la conducta con todos sus elementos contextuales relevantes para la evaluación de su desvalor desde la perspectiva penal. La cuestión no consiste en cotejar, por ejemplo, cómo calificaríamos el hurto de víveres hoy, en tiempo de paz, con la calificación que merecía dicho hecho en tiempo de guerra, bajo la vigencia de una ley que adaptaba sus previsiones penales a las específicas necesidades sociales que comportaba dicho periodo. En realidad, si así procediéramos, estaríamos comparando dos conductas distintas en cuanto a sus aspectos penalmente relevantes, y no la calificación que hacen dos leyes a una misma conducta. En realidad, si prefiere verse así, la sucesión de leyes en tal supuesto se debería a una omisión previa del legislador, que se olvidó de contemplar una conducta posible relevante penalmente o que, por razones de economía legislativa, decidió no tipificarla hasta que se produjera el contexto que la caracteriza. ²²

De lo que se trata, en el plano regulativo de la retroactividad en el que nos ubicamos, es de restringir la retroactividad favorable a aquellos supuestos en los que la sucesión de leyes muestra una distinta valoración de la misma conducta: de la conducta analizada en el contexto penalmente relevante, con los datos relevantes para la evaluación de su lesividad para el bien jurídico protegido. El juicio correspondiente para la aplicación retroactiva de la norma parte del cotejo del modo en el que castigaríamos la conducta ayer, cuando se produjo, y el modo en el que castigaríamos hoy tal conducta en su contexto relevante, con nuestra actual valoración de las cosas —de lo que son bienes, de su trascendencia como bienes, del papel del Derecho penal en el seno del ordenamiento jurídico y de la organización social—. La conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy. No se trata así, como resulta obvio de preguntarnos cómo hubiéramos evaluado un vertido industrial en el momento en el que se ²³

produjo, en el que creíamos aún que era nocivo para el medio ambiente un agente que era inocuo, según se demostró con posterioridad. Esa perspectiva rompería nuestros presupuestos y cualquier análisis racional de proporcionalidad sobre la base de la sucesión normativa, que consiste precisamente en comparar nuestra visión de ayer, plasmada con la norma de ayer, con nuestra visión de hoy, quizás distinta como quizás lo demuestre la existencia de una nueva norma material aplicable al caso.

24 El punto de partida de la aplicación retroactiva es el de la nueva visión penal del problema contenida en una nueva norma. Podrá suceder que un mismo problema parezca regulado de modo distinto y favorable —la falsificación de moneda que luego pierde curso legal— por el legislador y que una visión más profunda de las cosas nos haga concluir que no se da tal cambio de baremo valorativo y que, en realidad, penalmente hablando, no hay cambio penal: no hay sucesión de leyes. Para que se dé una sucesión de leyes penales que revele una distinta concepción de lo penalmente injusto no es suficiente con que se altere, siquiera en una medida nimia, el escenario jurídico que afecta a cualesquiera elementos que se conciten en el comportamiento penal. Del mismo modo que no cambia el marco jurídico-penal relevante el hecho de que el asesinato hubiera pasado a ser hoy, en el momento del juicio, un ciudadano extranjero, tampoco lo altera en absoluto desde la perspectiva del delito de simulación de delito el hecho de que el delito simulado pase a ser antes del juicio un comportamiento jurídico.

25 Así, simplificando las cosas, podríamos decir que siempre que hay una sucesión de leyes favorable que subsuma una misma conducta debe aplicarse retróactivamente la segunda por exigencias del principio de proporcionalidad. Esta regla no tiene excepciones que no respondan a meras apariencias. Así, por ejemplo, como se ha señalado, en el caso de las leyes temporales la aplicación de la primera, temporal y más dura ley responde en realidad a que no estamos ante la misma conducta contemplada por la segunda y más benévola ley. Así, en supuestos como el indicado de la falsificación de moneda que pierde curso legal o del delito simulado que luego deja de serlo, lo que sucede es que no hay una sucesión de leyes penales que nos interroge acerca de un cambio valorativo penalmente relevante. En estos casos no solo carece de sentido la retroactividad, sino que puede acarrear graves efectos de desprotección social: de desprotección de la libertad.

26 La clave de la legitimidad de la aplicación retroactiva radica, pues, en que el cambio normativo, de la norma penal o de la normativa a la que la norma penal se remite, muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva

penal de un mismo tipo de conducta. Lo trascendente es, en expresión de E. Mezger, que se ha producido “una atenuación del estado jurídico”⁽²⁾. Dicho con menor abstracción: con nuestros conocimientos y con nuestros criterios valorativos de hoy respecto a la punibilidad del concreto hecho en su contexto y a la medida de la punibilidad carece de sentido aplicar la norma del momento de la comisión, porque es, en sí o en su dureza, desproporcionada o innecesaria con las pautas valorativas con las que contamos en el momento del juicio, lo que hace que tengamos que aplicar la nueva norma, a la vez más favorable para el reo y satisfactoria para solventar el conflicto suscitado. Dicho aún de un modo más simple, siguiendo a JAKOBS⁽³⁾: de lo que se trata es de comprobar, con nuestra concepción actual de lo que es penalmente injusto, la presencia y la cuantía de injusto en el momento del hecho.

7. Lo que el principio de proporcionalidad demanda es que la ley favorable posterior a la comisión del hecho se aplique siempre. Esto comportará que deberá aplicarse si la nueva ley entra en vigor después de la conducta y antes de su enjuiciamiento; que deberá revisarse la condena tras su imposición y durante su ejecución; y que incluso deberá revisarse tras su ejecución si tal revisión comporta aún algún beneficio para el que fue condenado, como son los referidos a la cancelación del antecedente —si es que hubiera plazos para la misma tras el cumplimiento de la condena— o a su posible supresión a efectos de habitualidad o de reincidencia. 27

Desde el punto de vista anterior la formulación del Código Penal es en parte defectuosa. En primer lugar, porque parece referirse a la retroactividad solo en los casos en los que ya ha habido condena: el artículo 6 en su apartado segundo se refiere a que la nueva ley entre en vigor “durante la ejecución de la sanción” y el artículo 7 habla de “la pena impuesta”. Tal restricción no solo carece de lógica, sino también de sentido de la economía procesal —si la nueva ley aparece antes del juicio el mismo debería aplicar la ley anterior desfavorable para después procederse a la revisión y aplicar la nueva favorable—, por lo que un recto entendimiento de la norma parece conducir por vía interpretativa a suprimir dicha restricción. La segunda, vinculada a la redacción analizada se refiere a que solo el artículo 7, el atinente a la despenalización, se refiere a la extinción de los efectos de la pena; por el contrario, la retroactividad de la norma menos punitiva parece restringir su ámbito a los supuestos en los que la misma entre en vigor durante la ejecución, pero no posteriormente, con lo 28

(2) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, p. 118.

(3) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 121 y s., ap. 4, n. m. 72.

que, en principio, no cabría la posibilidad de que el que ya cumplió su pena pudiera invocar la nueva norma para beneficiarse de efectos de la misma que aún puedan corresponderle.

29 8. Determinar cuando una ley es más favorable para el imputado o condenado no siempre es fácil. Sí lo es, evidentemente, cuando la ley posterior despenaliza la conducta o cuando se trata de penas homogéneas, pero no cuando la sanción es heterogénea. ¿Es siempre menos favorable una pena de prisión por el hecho de serlo, a pesar de que sea suspendible o convertible, que una pena restrictiva de libertad o privativa de derechos? ¿Es más favorable siempre la multa que la pena privativa de derechos?

30 La determinación de la favorabilidad la realiza el juez, aunque en los casos discutibles debería escuchar al respecto al implicado. Un tercer criterio de determinación es el que pasa por la posibilidad de combinar aspectos favorables de las leyes comparadas, que es el contenido del principio de combinación, tan enunciado en la exposición de motivos de la ley y en el título del artículo 6, como en absoluto desarrollado en su contenido. Esta combinación de aspectos⁽⁴⁾ puede alcanzar por ejemplo a la selección de una norma punitiva de una ley y de normas de conversión o sustitución de otra ley. Límite a la combinación, en cuanto generación de una *lex tertia*, sería la escisión de elementos típicos o de elementos de la pena. En un tipo con pena acumulativa de prisión y multa, por ejemplo, no puede elegirse la prisión más leve de una y la multa más baja de la otra.

31 9. En materia de retroactividad favorable de leyes penales despiertan algunos interrogantes las leyes penales temporales (A), las leyes penales intermedias (B) y las leyes que complementan una ley penal en blanco (C). Como criterio de partida para la resolución de tales dudas debe recordarse que el postulado de retroactividad penal favorable responde a razones de proporcionalidad: a que la nueva norma muestra que el propio legislador considera ya innecesaria o excesiva la aplicación de la norma anterior, aunque estuviera vigente en el momento de los hechos enjuiciados. Esta es la razón y también el límite del principio. Habrá que aplicar retroactivamente la nueva norma cuando la solución alternativa, la aplicación de la anterior, se revele como una solución desproporcionada. No hay, sin embargo, razón para la excepción de retroactividad y sí riesgo de una solución inadecuada y divergente de las valoraciones materiales del legislador cuando la aplicación de la norma

(4) Así, Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema 2-2006.

anterior –vigente en el momento de la comisión delictiva– no revele atisbo alguno de desproporción.

A) Ejemplos tradicionales de este último supuesto son los de las leyes dictadas para la aplicación a comportamientos realizados en ciertas circunstancias fácticas que inciden en el juicio concreto de su desvalor. Si durante un estado de sitio ocasionado por una declaración de guerra se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado –era la pena mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias–, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas más leves es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales. Este es el punto de partida que inspira el artículo 8 del Código Penal.

La solución adecuada a la cuestión de la norma aplicable al hecho cometido bajo la vigencia de una ley temporal es diferente si dicha ley temporal es sustituida por otra ley temporal que ante las mismas circunstancias corrige la valoración anterior y asigna una pena más leve. En este caso el empeñarse en la aplicación de la ley primera menos favorable constituirá un evidente ejercicio de desproporción, pues se estará castigando más de lo que en el momento del juicio se considera necesario y adecuado para el hecho en su contexto.

B) Puede darse el caso de que en el marco temporal relevante (entre la comisión del delito y la finalización de la ejecución de la condena asignada al autor del mismo) se sucedan tres leyes penales y que la más benigna para el imputado o condenado sea la intermedia. Piénsese en el caso hipotético de que la norma penal vigente en el momento de los hechos (posesión de droga para el consumo propio) penara duramente la posesión de drogas, que una ley posterior castigara dicha posesión solo cuando la misma fuera dirigida al tráfico –luego no cuando fuera dirigida al autoconsumo–, y que una tercera ley volviera a castigar toda posesión, pero con una pena más leve que la primera ley.

- 35 Si la tercera ley está vigente ya en el momento del juicio, el juez puede tener la tentación de aplicar esta, pues es posterior a la ley vigente en el momento de los hechos y más favorable para el acusado, y no la intermedia aún más favorable, pues al fin y al cabo esta corresponde a una concepción social ya superada y no vendría por ello exigida por el principio de proporcionalidad. El juez debería, sin embargo, resistirse a la tentación y considerar las importantes razones de justicia, de igualdad y de seguridad jurídica que avalan la solución de la ley intermedia más favorable. La tentadora alternativa haría cargar al acusado con el retraso en la administración de justicia, pues con un juicio anterior, vigente la norma penal intermedia, hubiera resultado absuelto, en decisión no revisable por la posterior entrada en vigor de una nueva ley. Repárese además en la insoportable desigualdad que supondría el que dos coautores fueran juzgados en momentos diversos y que solo el juzgado posteriormente, con la vigencia de la tercera ley, fuera condenado.
- 36 C) La sucesión de normas puede provenir de un cambio, no de los elementos que expresa el tipo —no del enunciado legal penal— sino de elementos del tipo que se encuentran en otras normas por remisión del mismo —de enunciados legales no penales que complementan el enunciado legal penal—. Se trata en estos casos, siguiendo la equívoca terminología habitual, de sucesiones de normas penales en blanco en virtud de transformaciones, no de la ley misma, sino de las normas que completan el blanco de la ley. Este tipo de sucesiones normativas se atiene a las reglas generales de irretroactividad favorable y retroactividad favorable, por lo que ha de negarse esta última si en puridad no ha cambiado la norma penal o si la conducta no era en rigor la misma.
- 37 Esto último es muy importante en materia de leyes penales remisivias, porque precisamente se utiliza a menudo esta técnica como técnica de encadenamiento temporal de normas penales para adaptarlas a un contexto fáctico continuamente cambiante. Consiste, como se ve, en mantener los elementos estables dentro de la ley penal y en anudarles los elementos variables a través de una remisión también estable de la propia ley penal a leyes extrapenales expresa o tácitamente temporales en su sentido más elemental de marcadas con un plazo de caducidad más o menos amplio o más o menos concreto. Dicho de otro modo: las leyes penales finalmente resultantes son leyes penales temporales, por de pronto, porque parte de sus elementos son leyes no penales temporales; además, en un sentido amplio y material, porque dichas leyes no suponen un cambio en la concepción de lo que es penalmente injusto y, aun inadecuadas para regular los supuestos posteriores a su

vigencia, siguen siendo la solución adecuada para los supuestos que bajo ella acaecieron. Así, por ejemplo, en el delito contra el medio ambiente, la exigencia de infracción de la normativa extrapenal y la correspondiente variación de esta pueden hacer penalmente relevante o no una determinada emanación en función de la mayor o menor fortaleza o integridad del entorno típicamente amenazado por esta. Así, la gran mayoría de las alteraciones de la normativa tributaria posteriores a una acción u omisión defraudatoria son irrelevantes para el juicio penal, pues no alteran la evaluación del injusto del hecho ni convierten en desproporcionada la pena vigente en el momento de la comisión. La razón de ello estriba en la temporalidad de la norma penal por influjo de sus elementos remisivos: en que el injusto típico reside en la desatención a un cierto modo de contribución a los gastos generales coyunturalmente determinado.

Puede así señalarse en general que cuando la intervención penal incide en un ámbito en el que la frontera del riesgo permitido es cambiante, el legislador, huyendo a la vez de la imprecisión y de la petrificación, opta por remitirse a leyes temporales, como lo son frecuentemente las de Derecho administrativo, y temporalizar a su vez la regulación penal. Existe, pues, como se ha señalado, una estrecha relación entre ley penal temporal y ley penal expresamente remissiva. Sin embargo, el que las normas penales con remisiones expresas a normas extrapenales puedan servir para concatenar leyes temporales, de modo que para la sanción de los comportamientos típicos rijan la ley del momento de la comisión, y que sea habitual que en algunos ámbitos lo hagan, no comporta el que dicha técnica se asocie a dicho objetivo ni que, por lo tanto, quede excluida la retroactividad favorable de la norma penal nueva por variación de la norma destino de la remisión. Al igual que sucede con las normas penales sin tal tipo de remisiones, se ha de averiguar en el plano material si la sucesión se debe a un cambio de valoración penal del hecho en su contexto, y en el plano formal si estamos ante auténticas normas temporales. Es también posible que la sucesión de normas por la sucesión de sus complementos normativos se deba a cambios valorativos que matizan la valoración penal y que tienen vocación de estabilidad. Piénsese, por seguir con el ejemplo ya utilizado de los delitos contra el medio ambiente, en cambios de la normativa extrapenal en sentido más permisivo para los vertidos industriales que se deban a una distinta valoración entre las necesidades productivas y las necesidades de protección del entorno. Aquí debería negarse, pues, la temporalidad “penal” y debería afirmarse correlativamente la retroactividad de la norma complementada posterior más favorable.

IV. ¿Leyes de prescripción y leyes que imponen medidas de seguridad como leyes penales?

39 10. Los artículos comentados establecen reglas de aplicabilidad para la concurrencia o la sucesión de leyes penales. En relación con ello se han suscitado dos tipos de interrogantes: si, más allá de los enunciados que describen delitos e imponen penas, son también penales los que se refieren a la aplicación temporal y especial de aquellos; y si lo son los enunciados que se refieren a la prescripción de los delitos y de las penas, y los que imponen medidas de seguridad.

40 Si, de una parte, parece que las normas espaciotemporales han de cobijarse bajo el manto de las garantías penales estrictas de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable, por otro, el debate en torno a los enunciados sobre prescripción se ha vinculado normalmente, aunque no siempre, a la discutida cuestión de su naturaleza procesal o penal. Si se tratara de una institución penal no podría aplicarse al imputado un plazo de prescripción más amplio posterior a la comisión del delito —por ejemplo: el delito prescriptible a los cinco años pasa a serlo a los diez cuatro años después de su comisión—; y debería aplicarse en cambio el nuevo plazo más breve. Si se tratara de una institución procesal la regla sería la de la ley vigente en el momento en que ha de tomarse la decisión de prescripción, lo que, por cierto, acarrea una solución igual a la anterior —naturaleza penal— en caso de sucesión favorable.

41 Frente al criterio clásico de BELING, restrictivo en exceso, relativo a que solo pertenecerían al Derecho penal material las circunstancias que tuvieran relación con el merecimiento de pena⁽⁵⁾, lo que en términos de la teoría del delito equivaldría a detenerse en los requisitos de la culpabilidad, y frente a la fórmula hipotética de HILDE KAUFMANN, que peca en cambio por exceso, relativa a si sería posible sin proceso la imposición de la pena sin la circunstancia debatida⁽⁶⁾, tiende a imponerse una fórmula intermedia, relativa a la conexión o no de la circunstancia debatida con el hecho. Para SCHMIDHÄUSER pertenece al Derecho material la circunstancia “cuya ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor; la conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría

(5) VON BELING, E., “Deutsches Reichsstrafprozeßrecht”. En: Erläuterung des Wortes “zureichend in § 152 II StPO”, p. 6.

(6) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Straflagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, p. 134.

que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella”⁽⁷⁾. ROXIN se adhiere a esta fórmula y la aclara conectándola con la seguridad jurídica, con la prohibición de retroactividad: “las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del artículo 103 II de la Ley Fundamental porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias”. No es lo que sucede con la prescripción porque “nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a producir una querrela o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada puede decirse en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse”⁽⁸⁾. No estoy seguro de que esto sea así respecto a la prescripción, una institución que se regula en el Código Penal y que constituye una especie de plazo de caducidad del concreto delito con el que imputado puede contar como parte de su derecho a la seguridad jurídica en el ámbito sancionador.

11. Un debate clásico en torno a los principios que gobiernan las medidas de seguridad es el que se refiere a la legitimidad de su retroactividad desfavorable: pues, por un lado, puede imponerse a un sujeto una medida posterior más gravosa que la prevista en el momento de la comisión de la conducta antijurídica que revelaba su peligrosidad y, por otro lado, puede imponerse una medida de seguridad a partir de la comisión de un hecho delictivo que no lo era en el momento de tal comisión.

En el ámbito de las penas están claras dos cosas: que el trueque a peor de las consecuencias jurídicas del comportamiento afecta a la seguridad jurídica, en primer lugar, y qué significa “peor” en este contexto: alguna pena en lugar de ninguna, la misma pena pero de mayor duración, o una pena distinta más aflictiva (aquí con cierto margen a la duda). Estos dos tipos de análisis, e incluso el de la existencia misma de retroactividad⁽⁹⁾, son más complejos en relación con las medidas, aunque al final deparan, a mi juicio, el mismo resultado de interdicción de la retroactividad de las medidas desfavorables.

Esto es así, en primer lugar, porque la imposición de medidas no previstas o más restrictivas que las previstas en el momento del comportamiento

(7) SCHMIDHÄUSER, E., “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 71, p. 558.

(8) ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 23, n. m. 52.

(9) Que se niega respecto a las medidas si pervive el estado de peligrosidad a la transición de normas. V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”. En: AA. VV. *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, pp. 362-363.

daña la seguridad del sujeto al que se le imponen tales medidas. La seguridad jurídica no es otra cosa que el conocimiento actual de las consecuencias jurídicas negativas de nuestros comportamientos. Dicha seguridad como valor social es independiente de la concreta perceptibilidad de la misma por parte del sujeto afectado, de modo que también se daña dicha seguridad —como, por ejemplo, se puede dañar el honor de un niño o de quien se encuentra en estado de coma irreversible— cuando se altera *in peius* la expectativa jurídica de quien no era consciente de la misma por las condiciones psíquicas que generan su inimputabilidad penal. Una percepción puramente subjetiva de la seguridad supondría un trato jurídico peor a quien por su falta de autonomía necesita precisamente uno mejor.

45 Pero es que además, en segundo lugar, esa perceptibilidad de las consecuencias de los comportamientos propios existirá, siquiera de un modo menos intenso, en la mayor parte de los sujetos a los que van destinadas las medidas. Como revela con especial claridad el caso de los menores, el concepto penal de imputabilidad es un concepto gradual, de modo que la inimputabilidad no equivale a la falta total de imputabilidad, sino a una imputabilidad insuficiente para la asignación justa y eficaz de responsabilidad penal.

46 Los argumentos anteriores indican, creo, que la retroactividad desfavorable de las medidas de seguridad daña la seguridad jurídica de un modo intolerable. Algún matiz requiere la aplicación del adjetivo “desfavorable” a las medidas de seguridad. Mientras que está casi siempre claro cuándo una norma penal es desfavorable, no lo está tanto cuando de medidas de seguridad se trata: si bien son siempre coactivas y restringen frecuentemente los derechos del ciudadano al que se le aplican, deben intentar siempre evitar tal restricción y deben apuntar siempre a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Es esta la ponderación que debe hacerse cuando la aplicación de una nueva medida esté en discusión.

V. Bibliografía

- 47 ALCHOURRÓN, Carlos / BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; BLANCO LOZANO, Carlos, “La aplicación temporal de las normas penales”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 71 (2000); CASABÓ RUIZ, José Ramón, “Comentario al artículo 24”. En: AA. VV., *Comentarios al Código Penal*, II, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1976; CUERDA RIEZU, Antonio, “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”. En: AA. VV. (dir. por BALADO y GARCÍA REGUEIRO), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos de su 50 aniversario*.

Bosch, Barcelona, 1998; DÍAZ AZNARTE, María Teresa, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo: una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ESER, Albin, “§§ 1 y 2”. En: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Beck, München, 2001 (26ª); FRÍGOLS I BRINES, Eliseu, *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el Derecho comparado*. Jurídica Continental, San José, 2002; FRÍGOLS I BRINES, Eliseu, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Comares, Granada, 2002; GRÜNWALD, Gerald, “Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 76, 1964; HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 39, 1993; HUERTA TOCILDO, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. En: AA. VV., *El principio de legalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; IGLESIAS RÍO, SIVERS, “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal a propósito de las últimas reformas del Código Penal”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León* N° 6, 2005; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Madrid, 1995; KAUFMANN, Hilde, *Strafanspruch, Straflagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*. Otto Schwartz, Göttingen, 1968; KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*. Walter de Gruyter, Berlín, 1983; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La proporcionalidad de la norma penal”. En: *Cuadernos de Derecho Público* N° 5, 1998; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la retroactividad penal favorable*. Civitas, Madrid, 2000; MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*. Universidad, Valencia, 1983; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, I. Edersa, Madrid, 1955; MIR PUIG, Santiago, “¿No siempre es aplicable la ley más favorable?”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*. 2ª edición. Ariel, Barcelona, 1994; RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1951; RAWLS, John, *A Theory of Justice*. The Belnap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª edición. Beck, München, 2006; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Medidas de seguridad y Estado de derecho”. En: AA. VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Artes Gráficas Soler, Valencia, 1974; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, “El principio de irretroactividad en la doctrina y en la jurisprudencia”. En: *Poder Judicial* N° VI (núm. esp.), 1989; SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, “La aplicación retroactiva de la ley penal. La revisión de las sentencias ya dictadas”. En: AA. VV., *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte General*. CGPJ, Madrid, 1996; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 71,

1959; SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Walter de Gruyter, Berlín, 1978; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, "Reatroactividad, ultra-actividad y extractividad de las normas penales". En: *La Ley* N° 4.530 (29/04/98); SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes penales en blanco". En: AA. VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*. B.O.E., Madrid, 1995; TIEDEMANN, Klaus, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts". En AA. VV. (coord. por J. BAUMANN y K. Tiedemann). *Einheit und Vielhaft des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Tubinga (J. C. B. Mohr - Paul Siebeck), 1974; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La irretroactividad: problemática general*. Dykinson, Madrid, 2006; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; VON BELING, Ernst, "Deutsches Reichsstrafprozeßrecht". En: *Erläuterung des Wortes "zureichend in § 152 II StPO"*, 1928.

§ 8 Principio de ultraactividad

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
Universidad Andina del Cusco
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	405	retroactividad de la ley posterior más favorable..	15	410
II. La regulación del artículo 8 del Código Penal: ¿leyes temporales o de excepción?	5	406	V. La excepción al efecto de la ley temporal	27	414
III. ¿Retroactividad de la ley penal temporal?	10	408	VI. La vigencia y derogación de las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado.....	30	414
IV. Ley penal temporal como problema de ultraactividad o como problema de excepción al principio de			VII. Palabras finales	35	416
			VIII. Bibliografía	37	417

§ 8.- Principio de ultraactividad

"Las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario".

I. Introducción

Todas las normas jurídico-penales que integran el ordenamiento penal deberían tener la misma importancia ante la mirada de la teoría; sin embargo, una aproximación a los trabajos dogmáticos expuestos a nivel de manuales, monografías y artículos hace patente que las preferencias suelen orientarse a algunos sectores de la regulación positiva. Las razones de ello son diversas, pero sin duda un criterio que tiene importancia es el de la eficacia de la norma, es decir, de si su contenido se cumple y/o los tribunales lo aplican, pues aquellas normas de mayor eficacia de seguro abren las puertas a diversos problemas y convocan así justificadamente la atención de los especialistas. Que algunas normas tengan más o menos eficacia es algo que no parece sorprender a nadie, sin embargo, ante nosotros emerge una situación muy particular que sí causa extrañeza: existen algunos preceptos del ordenamiento jurídico-penal que desde el inicio de su vigencia virtualmente no han sido aplicados en ninguna ocasión.

- 2 La categoría jurídica denominada ley penal temporal, así como algunas otras, forma parte precisamente de ese grupo que no ha tenido ocasión de debutar en la aplicación del Derecho. Podría decirse que la absoluta ineficacia de estas normas ha determinado lógicamente su relativo abandono por la teoría penal, y decimos relativo porque menester es reconocer que a nivel de manuales o tratados, se han dedicado algunas líneas, reducidas por cierto, a comentar este tema, aunque en general no han tenido trascendencia alguna. De cualquier forma debe reconocerse que su inaplicación no es imputable a los jueces, sino a que en la realidad no se presenta el supuesto fáctico de la regulación jurídica del precepto.
- 3 Ahora bien, que la dogmática penal tenga como punto de lanza su utilidad para la aplicación de la ley penal no significa que el tema a abordar carezca de interés alguno. Desconociendo lo que nos depara el futuro, y estando vigente un determinado precepto o disposición, aunque no sea aplicado sigue presente la necesidad de explicar sobre su sentido y alcance normativos. En tal sentido, la doctrina por medio de la dogmática será quien deba acometer este trabajo, en el que, por cierto, solo queda plantearse supuestos hipotéticos sin poder recurrir a un destacamento de casos reales que permitan enriquecer la interpretación.
- 4 Antes de abandonar la parte introductoria corresponde señalar que el precepto jurídico objeto de análisis se ubica dentro de lo que este cuerpo normativo denomina como aplicación temporal de la ley penal. A partir de ese punto fácil es darse cuenta de la vinculación directa existente con el principio de irretroactividad y con el de retroactividad benigna de la ley penal, pero, además de estos ligamentos teórico-penales, en el seno de la ley penal temporal hallan escenario diversos temas que incluso trascienden el propio campo jurídico-penal, como son la aplicación y derogación de la ley, y de los que trataremos posteriormente. Sin perjuicio de que estas categorías jueguen un rol importante en el tratamiento de la ley penal temporal, el presente escrito es abordado casi exclusivamente desde una perspectiva jurídico-penal.

II. La regulación del artículo 8 del Código Penal: ¿leyes temporales o de excepción?

- 5 Como suele suceder con muchos temas de la teoría penal, un primer problema que se plantea, y que no siempre debe calificarse como trivial es el de la denominación o *nomen iuris* que debe utilizarse. Es cierto que el principal camino para hallar respuesta a este problema lo representa la doctrina, no

obstante, antes de averiguar en esos dominios preferimos ver directamente el texto del precepto penal en comento. Precisamente, de su lectura se comprueba que en él aparece la expresión “leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado”, y no así las conocidas en la teoría como leyes temporales y de excepción. Aunque ello no signifique necesariamente que se las excluye, ahora sí parece oportuno recurrir a la doctrina a efectos de determinar si aquella expresión representa a la ley temporal, a la ley de excepción o comprende a ambas a la vez.

El profesor LUZÓN PEÑA⁽¹⁾ maneja un concepto de ley temporal cuya amplitud permite abarcar a las que tienen un plazo de vigencia expresamente determinado y a las que no teniéndolo estarán vigentes hasta que termine la situación concreta de naturaleza excepcional, que regulan y que las motiva; por su parte, el profesor PRATS CANUT⁽²⁾, asumiendo que la concurrencia de una serie de circunstancias excepcionales representa la base fáctica, considera que las leyes temporales *stricto sensu* tienen un plazo taxativo de vigencia, en tanto que las leyes de excepción (temporales en sentido amplio) hacen depender la cesación de su vigencia de la desaparición de las circunstancias que las han originado. Para BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁽³⁾, las leyes de excepción son las que rigen en exclusiva para una situación excepcional, pero al contrario de las temporales no tienen un plazo de vigencia determinado y no pueden tenerlo por su propia naturaleza; aunque según vemos, esto último no significa que estas normas tengan vocación de perdurar en el tiempo.

De todo lo expuesto puede apreciarse que el dato fundamental entre ley temporal (*stricto sensu*) y ley de excepción está representado por la vocación de tener una vigencia provisional o de momento⁽⁴⁾; ciertamente, en el caso de la primera ella queda declarada expresamente en el texto, en tanto que en la segunda se halla implícita en las circunstancias excepcionales que pretende regular. De esta forma si, por un lado, la ley temporal es la que establece cronológicamente su periodo de vigencia, o para ser explícitos, prefija la fecha hasta la cual debe tener vigencia; y por otro lado, la ley de excepción es la que no estableciendo en su texto el tiempo de vigencia dejará de estarlo con la

(1) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Pág. 189. En sentido similar, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, p. 192.

(2) PRATS CANUT, M. / QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 169.

(3) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, p. 108.

(4) “Vocación de que tengan de antemano una vigencia limitada en el tiempo (a diferencia de las demás leyes, que quieren estar vigentes en tanto que el legislador no cambie de criterio)”, señala CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, p. 186.

desaparición de las circunstancias que la determinaron; entonces, la expresión “leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado” contenida en el artículo analizado puede considerarse comprensiva de ambas.

8 Si el legislador peruano hubiera consignado en este artículo la expresión “leyes que tengan un plazo de vigencia expresamente determinado” u otro semejante, habrían quedado excluidas las leyes de excepción, pero de haber previsto directamente la expresión “ley temporal”, la cuestión consistiría en determinar si este concepto puede comprender a la ley temporal (sentido estricto) y a la ley de excepción (temporal en sentido amplio). Según vemos, la expresión “leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado” parece la más adecuada, pues en verdad el punto clave no está en si la ley señala expresamente su plazo de vigencia o no⁽⁵⁾, sino en la pronta cesación de su vigencia, lo que sí permite comprender a las leyes temporales *stricto sensu* y a las leyes de excepción. Sin perjuicio de lo dicho, en el presente escrito utilizaremos la expresión leyes temporales, entendiendo que con ella aludimos a su acepción amplia y estricta⁽⁶⁾, conforme señalamos líneas arriba.

9 Llegado a este punto, es imprescindible establecer que prescribe concretamente el artículo comentado; pues bien, considerando que la ley penal temporal regirá por un determinado periodo de tiempo, este artículo establece que su aplicación deberá producirse aunque ya no estuviera vigente en el momento de resolver el asunto sometido a la jurisdicción penal. A estos efectos se ha señalado frecuentemente que la mencionada ley tendría un efecto ultraactivo, y que por ello constituiría una excepción al principio de retroactividad benigna, dado que aun existiendo leyes posteriores más favorables no podrían ser aplicadas al caso concreto.

III. ¿Retroactividad de la ley penal temporal?

10 Según lo expuesto en el párrafo anterior, toda la atención que la doctrina ha puesto sobre la ley penal temporal siempre se ha centrado en su efecto ultraactivo, o formulado de otra manera, en la excepción que ella representa frente al principio de retroactividad benigna de la ley penal; esta situación ha

(5) Considerar que la diferencia entre ley temporal y excepcional reside en que se haya señalado o no la fecha de su abrogación, es artificial y, por tanto, inconveniente admitirla, afirma HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 323.

(6) En el Perú el análisis de este artículo es tratado bajo el epígrafe de “leyes temporales y leyes excepcionales”, por HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Ob. Cit.*, p. 323; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 181.

determinado que se haya olvidado una cuestión básica y elemental, a saber, que la ley penal temporal por ser ley penal puede también tener efecto retroactivo en tanto en cuanto sea más favorable que las anteriores.

Ciertamente, la doctrina no parece haber admitido la posibilidad señalada debido a que las leyes temporales están destinadas a crear nuevas figuras delictivas o agravar la pena de las ya existentes, con lo cual analizar si podrían tener o no efecto retroactivo, para cualquiera resultaría un tanto ocioso o manifiestamente innecesario. Sin embargo, apelando a la imposibilidad de saber lo que nos depara el futuro, tanto más en tiempos en los que el Derecho penal se expande para comprender nuevos asuntos, con regulaciones cada vez más inusuales, que exista una ley penal temporal más favorable a otras leyes, es una eventualidad que no puede descartarse de forma absoluta⁽⁷⁾.

Desde esa perspectiva si, por ejemplo, una ley penal temporal redujera la pena del delito de tenencia ilegal de armas, la aplicación retroactiva de ella, en rigor, debería determinar la adecuación (reducción) de la pena de quienes estén cumpliendo actualmente una condena por dicho delito. En el supuesto que la ley penal temporal determinase la descriminalización de un hecho, ello debería suponer el sobreseimiento de los procesos en trámite por este delito, así como la anulación de las sentencias condenatorias de quienes vienen cumpliendo la pena, a efectos de declarar su absolución.

Ahora bien, pese a la duda sobre la viabilidad jurídica de esta cuestión, para LUZÓN PEÑA⁽⁸⁾, la ley penal temporal sí podrá ser aplicada retroactivamente siempre que exprese inequívocamente un cambio favorable de valoración jurídica. Se entiende que esta valoración deberá recaer sobre el mismo objeto, es decir, sobre el mismo hecho, pero estando a que una ley penal temporal alude a una circunstancia de necesidad o a un determinado tiempo que fundamenta su injusto, debe concluirse que la diferencia de hechos u objetos impide de plano el efecto retroactivo de la ley penal.

Con relación a ello, la pregunta que queda pendiente es si el hecho regulado por la ley penal temporal (en sentido estricto y amplio) realmente es el mismo que el hecho regulado en la ley anterior y en la posterior, pero estimando que la posición que se adopte al respecto tiene directa relación con la denominada ultraactividad de la ley penal temporal, un tratamiento conjunto de ambas cuestiones parece lo mejor, y a ello precisamente nos remitimos.

(7) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 204.

(8) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190.

IV. Ley penal temporal como problema de ultraactividad o como problema de excepción al principio de retroactividad de la ley posterior más favorable

- 15 Señalar como característica de este precepto penal el efecto ultraactivo⁽⁹⁾ que reconoce a leyes penales temporales, en razón a que permite la aplicación de estas a todos los hechos acaecidos durante su vigencia, aunque ya estuvieran derogadas; en realidad representa, cuando se trata de una ley penal más favorable, un dato imputable a todas las leyes penales sin excepción. Si un hecho delictivo es cometido en el periodo de vigencia de una ley, cuya pena conminada es modificada posteriormente, en el supuesto que no se haya dictado sentencia, es evidente que la que se emita deberá aplicar la pena anterior y no la nueva; en estos casos, aunque no se trate de una ley penal temporal en sentido estricto ni de una ley de excepción, el efecto ultraactivo de la ley queda perfectamente evidenciado.
- 16 En la teoría penal se sabe que cuando la ley penal es más gravosa o menos favorable para el imputado que otra ley de reciente aparición, en ningún caso podrá ser aplicada ultraactivamente y preterir a la más favorable; no obstante, la solución positivizada es diversa cuando se trata de una ley penal temporal, pues en tal caso, según lo reconoce el precepto penal comentado, sí sería posible reconocer aquella aplicación. Bajo este enfoque, la característica que debería resaltarse de la ley penal temporal no es su efecto ultraactivo en general, sino el efecto ultraactivo aun siendo menos favorable que otras leyes, es decir, aun existiendo normas posteriores más benignas.
- 17 Ciertamente, establecer que la ley temporal puede tener efecto ultraactivo aun existiendo leyes posteriores más benignas no parece compatible con el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable que aparece en el artículo 103, en concordancia con el artículo 139.11 de la Constitución Política. En realidad, una interpretación gramatical de estas disposiciones constitucionales nos llevaría a concluir que no habiéndose establecido excepciones, el precepto penal en comento es contrario a la Constitución; sin embargo, debiendo interpretarse los artículos de la Constitución de forma sistemática e integral, conviene realizar un mayor análisis al respecto.

(9) Al efecto ultraactivo de la ley penal temporal se refieren, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 108; PRATS CANUT, M. / QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Manual de Derecho penal, Parte general. Op. Cit.*, pp. 170-171. QUINTERO OLIVARES, G. (director) y MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 56.

Las razones político-criminales que sustentan la aplicación retroactiva de la ley penal benigna se condensan en la falta de interés (o el menor interés) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (Art. 1 de la Constitución)⁽¹⁰⁾. Pero dado que ningún principio o derecho es absoluto, la retroactividad benigna no se configura tampoco como absoluta; de esta forma, la aplicación retroactiva de la ley en función a lo que resulte más favorable al imputado requiere una comprensión integral, es decir, una aproximación conjunta a todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en este asunto⁽¹¹⁾.

Según lo previsto en el artículo 2.24 de la Constitución, toda persona tiene derecho a la protección de su seguridad personal; asimismo, el artículo 44 de la Norma Suprema establece que el Estado tiene el deber de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general. Es precisamente a partir de estas coordenadas constitucionales que puede afirmarse la función preventivo general de la pena, en el sentido de evitar la comisión del delito⁽¹²⁾.

Ahora bien, cuando se trata de leyes penales no temporales, la falta de necesidad de pena y el principio de humanidad permiten hacerlas a un lado frente a una ley posterior benigna, pero cuando se trata de leyes penales temporales tal cosa no sucede, pues aquí el interés del Estado en sancionar, la necesidad de prevención general, en concreto la necesidad de pena, se mantienen intactos, incluso podría decirse reforzados, y no permiten que la ley posterior benigna pueda tener efecto retroactivo. Si bien esta posición parte de la perspectiva constitucional, las explicaciones de la doctrina penal no han sido menos convincentes, y hasta quizá se podría decir que han sido más explícitas.

En la teoría penal se ha señalado que desde una perspectiva político-criminal la excepción a la retroactividad benigna era imprescindible, pues en caso contrario negaría virtualidad preventiva a las leyes temporales⁽¹³⁾; Así,

(10) Exp. N° 02283-2006-PH/TC, del 11 de septiembre de 2007, fundamento jurídico 5.

(11) Exp. N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 52.

(12) Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, del 18 de diciembre de 2007, fundamento jurídico 17.

(13) PRATS CANUT, M. / QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 170. También se alude a que las leyes temporales quedarían vacías de capacidad intimidatorio en QUINTERO OLIVARES, G. (director) y MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal. Op. Cit.*, p. 56.

para CEREZO MIR⁽¹⁴⁾, si la ley posterior se aplicara con carácter retroactivo, la ley temporal perdería gran parte de su eficacia; y ello, según LUZÓN PEÑA⁽¹⁵⁾, no solo porque en la mayoría de casos la reducida vigencia de la ley temporal impediría concluir con el proceso penal para imponer la pena, sino también porque aunque se impusiera ella, siempre la ley posterior benigna se encargaría de hacerla ineficaz⁽¹⁶⁾. Aunque la posición parece comprender tanto a las leyes penales temporales (sentido estricto) y a las de excepción (temporales en sentido amplio), sin embargo, BUSTOS y HORMAZABAL⁽¹⁷⁾ refieren que en las leyes de excepción, desaparecida la situación de excepcionalidad que las origina, la pena deja de ser necesaria y, por tanto, impide su ultraactividad frente a una ley posterior más favorable. En cualquier caso, este tratamiento diferenciado, al desprenderse de la expresión “ley temporal” que utiliza el Código Penal español, no corresponde hacerla extensiva a nuestra realidad.

22 Ya desde el enfoque normativo se ha señalado que en relación con las leyes penales temporales no existe una auténtica sucesión de leyes justificada en un cambio de valoración, pues la nueva ley no valora de forma diferente el hecho de que subyace a la temporal, sino que trata simplemente de otro hecho diferente⁽¹⁸⁾. De allí que LUZÓN PEÑA⁽¹⁹⁾, concibiendo como requisitos de la sucesión de leyes penales tanto la identidad del hecho en la ley anterior y posterior, como la nueva valoración, afirma que no podrá admitirse la retroactividad de la ley posterior menos dura si esta solo es un restablecimiento sin más de la ley anterior ordinaria una vez concluido el periodo de vigencia o la situación fáctica que origina la ley temporal.

23 Es posible, y en todo caso estaría destinado a ser lo más frecuente, que los hechos sean descritos de modo semejante en la ley penal temporal y en la legislación ordinaria; sin embargo, en realidad no se tratará de los mismos hechos, puesto que las circunstancias extraordinarias que motivan la ley temporal determinan el contenido de su propio injusto e incluso de su culpabilidad. Así, por ejemplo, hurtar medicinas es un hecho muy diferente según se

(14) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 192.

(15) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 189.

(16) Todos estos fundamentos son expuestos en el Perú, por HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 323-324.

(17) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 108-109.

(18) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 204-205; QUINTERO OLIVARES, G. (director) y MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal. Op. Cit.*, p. 170. Alude a que no existe un cambio de concepción jurídica del legislador, VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 181.

(19) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190.

realiza en situaciones ordinarias o en momentos en que constituye el remedio para contrarrestar una epidemia. “Por consiguiente, se extrae la conclusión de que, faltando homogeneidad en los presupuestos, no hay una auténtica sucesión de leyes y, en consecuencia, no es de aplicación el principio de retroactividad de norma más favorable”⁽²⁰⁾.

Con base en lo expuesto, y conforme a lo señalado sobre la retroactivi- 24
dad de la ley penal temporal que resulta más favorable (ver apartado anterior), cabe sostener que el supuesto fáctico en estas leyes (temporales) es diferente tanto al de la ley anterior como al de la posterior; por esta razón no sería correcto hablar de aplicar la retroactividad “de la” o “a la” ley penal temporal. Así, según COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁽²¹⁾ no corresponde aplicar retroactivamente las leyes temporales más favorables, ni la normativa que sustituya a dichas leyes.

Quizá un último intento para admitir la retroactividad de las leyes pos- 25
teriores respecto a la ley penal temporal puede verse en las distinciones que plantea RODRÍGUEZ MOURULLO⁽²²⁾; para este autor, respecto a las leyes penales temporales que califican el hecho en función de un determinado tiempo no podría haber retroactividad de la ley penal posterior; en cambio, respecto a las leyes penales temporales que califican o agravan el hecho sin dicha referencia a que se produzca en un tiempo determinado, sí podría haber retroactividad de la ley penal posterior, claro siempre que sea benigna. Y es que solo en este supuesto habría un cambio de valoración jurídica sobre un mismo hecho.

Sin embargo, según vemos, esta posición tampoco puede adoptarse, pues 26
si se trata de una ley penal temporal en sentido amplio (de excepción) será necesario que la disposición haga referencia a una circunstancia fáctica determinada; ahora, si se trata de una ley temporal en sentido estricto, ella determina el periodo de su vigencia, y aunque no sea mencionado expresamente “este tiempo” en la descripción del hecho prohibido, no cabe duda que también penetra en el fundamento de su injusto. Por todo ello, una ley penal temporal que haga una descripción típica de un delito ya previsto en otra norma, sin calificarlo en función a un determinado tiempo, o respecto a un tiempo de ciertas características, y sin que se tomen como base tales circunstancias, resultará un tanto inconcebible.

(20) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 205.

(21) Ídem.

(22) Citado por LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190.

V. La excepción al efecto de la ley temporal

27 Según establece el texto del artículo comentado, la ley destinada a regir solo durante un tiempo se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuviera en vigor, “salvo disposición en contrario”. La excepción que se establece puede tener diversas interpretaciones: a) que la ley penal posterior pueda establecer que se aplicará retroactivamente frente a la ley penal temporal anterior; b) que la ley penal posterior pueda establecer que la ley penal temporal anterior no tendrá efecto ultraactivo; c) que la ley penal temporal pueda establecer que ella no podrá aplicarse después de su derogación; o, d) que la ley penal temporal pueda establecer que la ley penal posterior tendrá efecto retroactivo frente a ella.

28 En principio, consideramos que todas estas posibilidades son admisibles desde que el artículo comentado no establece que “la disposición en contrario” deba estar contenida necesariamente en otra norma diferente a la ley penal temporal; pero, en todo caso, y esto es un dato fundamental, la excepción no deberá tener carácter general, pues en tal caso vendría a derogar este extremo del precepto penal que venimos comentado.

29 Pero la situación en realidad se torna más complicada. Si dijimos que la ley penal posterior no podría tener efecto retroactivo frente a los hechos que regula la ley penal temporal, dado que se trataba de supuestos fácticos diferentes, entonces una excepción como la prevista en este artículo nos llevaría a afirmar que sí sería posible la aplicación retroactiva de la ley posterior. Resultando contrario a toda lógica que una ley penal se aplique a un supuesto no previsto en su texto, la excepción formulada legalmente podría ser calificada de incorrecta.

VI. La vigencia y derogación de las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado

30 Haber señalado que las leyes temporales (sentido estricto) establecen cronológicamente el tiempo de su vigencia, vale decir, determinan de antemano el momento de su derogación (aunque parece más propio hablar de abrogación) nos plantea el problema de determinar si ello es posible en nuestro ordenamiento jurídico vigente. La Constitución Política prescribe de forma categórica que “la ley se deroga solo por otra ley”; si asumimos que esta disposición constitucional exige la aparición de una ley diferente a la derogada, es decir, de otra ley, entonces, cabría concluir que una ley no puede derogarse a sí misma. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la *ratio* de la disposición

constitucional no pasa tanto por la aparición de una norma nueva, como por la jerarquía de la norma derogante; desde este enfoque, que una ley señale el momento de su propia derogación o en el que concluye su vigencia sería perfectamente admisible, pues aquí no estaremos ante una norma de menor jerarquía que deroga a otra de mayor. En concreto, la ley perdería vigencia por una norma de igual jerarquía, que es ella misma.

Ahora bien, en cuanto a las leyes de excepción surge la pregunta respecto a cómo son derogadas; las afirmaciones en la doctrina, aunque no expresamente, parecen admitir que el cese de las circunstancias que la motivan determinan la pérdida de su vigencia o, en concreto, su derogación. Si volvemos al análisis de la disposición constitucional antes citada, llegaremos a la conclusión que la desaparición de las circunstancias que la motivaron no determina jurídicamente la derogación de una ley. Es cierto que no habrá ocasión para que vuelva a aplicarse, quizá nunca, aunque no necesariamente, pero en todo caso, tal ley penal de excepción continuará vigente mientras otra ley no la derogue. Es posible que pueda alegarse que una ley penal de excepción al brotar de y para situaciones concretas conlleve la decisión de perder vigencia cuando aquellas desaparecen, sin embargo, no habiendo declaración expresa al respecto resulta difícil sostenerla, y más cuando la Constitución parece muy clara al respecto.

Por otro lado, aunque vinculado a lo anterior, tanto con relación a la ley temporal como a la ley de excepción, en la teoría ha sido común señalar que tras el transcurso del periodo de vigencia o el cese de las circunstancias para las que fueron dictadas, recobra o recupera su vigencia la anterior ley ordinaria o normal⁽²³⁾. Si bien apelando a la teoría del Derecho, así como al último párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, podríamos señalar que por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado, con lo cual aquella afirmación doctrinal resultaría equívoca y absurda; no obstante, la cuestión planteada requiere hacer una disección adicional.

Respecto a la ley temporal (sentido estricto) es claro que su derogación no permite recobrar vigencia a las que ella hubiera derogado; ahora, si ella no tuvo disposición derogatoria respecto a otras normas, estas últimas no recobrarán vigencia, pues nunca la perdieron, sino que volverán a tener o tendrán la ocasión de ser aplicadas. En cuanto a la ley de excepción, en el supuesto que haya derogado alguna norma, es claro que esta última no recupera su vigencia

(23) *Ibidem*, p. 189; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 192.

con la derogación de la primera; y en el supuesto que no haya derogado otra norma, esta última no recuperará una vigencia no perdida, sino que tendrá abierta la ocasión para aplicarse al quedar derogada la ley de excepción. Evidentemente, aquí estamos asumiendo que la ley de excepción es derogada por otra norma, pues hemos dicho que el cese de las circunstancias que la originaron no determina su derogación; de cualquier forma, si desaparece la situación fáctica que motiva la ley de excepción, y si bien no habrá sido derogada, igual resultará absurdo hablar de que otras normas recuperarán su vigencia.

- 34 Tomando en cuenta todo lo dicho, no puede dejar de evidenciarse el serio problema que se presentaría si la ley temporal derogó la norma que le sirve de base, pues en tal supuesto se producirá un manifiesto vacío de punibilidad que en ningún caso puede solucionarse afirmando la recuperación de vigencia de una ley derogada; así, por ejemplo, si la ley temporal en un determinado contexto sanciona con pena mayor al delito de usura y dispone la derogación de la ley penal ordinaria que contiene este delito, al concluir el plazo de su vigencia, se produciría una situación donde no habrá ley para sancionar la usura. De esta forma, el legislador deberá tener presente que técnica y político-criminalmente, la aprobación de una ley temporal no debe disponer la derogación de la ley común o normal que le sirve de base o referente.

VII. Palabras finales

- 35 Decía con bastante acierto el profesor CUELLO CONTRERAS, que “el Derecho penal debe huir de las leyes temporales porque su misión no es lo excepcional sino lo normal, y porque ha de tener una vocación de permanencia⁽²⁴⁾”; no obstante, los tiempos no son siempre los mismos, como tampoco las circunstancias fácticas permanecen inalterables, de manera que el Derecho, aunque no lo desee, debe aceptar la posibilidad de que estas leyes en algún momento puedan ver la luz de su positivización.
- 36 De esta forma, tomarlo como objeto de estudio para determinar su sentido normativo, así como sus alcances, es una tarea tan necesaria como útil; y si bien constituye un tema al que la realidad práctica le da la espalda, no por ello debe uno sentirse condenado a repetir lo poco que la teoría ha podido exponer hasta el momento.

(24) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Op. Cit.*, p. 190.

VIII. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Akal, 37 Madrid, 1997; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. Trotta, Madrid, 1997; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*. 5ª edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 2002; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*. 2ª edición. Civitas, Madrid, 1996; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1982; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*. 2ª edición. Tomo I, Parte general. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*. Volumen I. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Universitas, Madrid, 1996; PRATS CANUT, Miguel / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Aranzadi, Navarra, 2002; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*. 3ª edición. Aranzadi, Navarra, 2004; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2007; VIVES ANTÓN, Tomás (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

§ 9 Momento de realización del delito

MARÍA ISABEL GONZÁLEZ TAPIA
Universidad de Córdoba
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I.					
El tiempo y el lugar de comisión del delito	1	420	criterio de la actividad para definir la ley penal aplicable en el tiempo.	51	436
1. Concreción de las hipótesis delictivas problemáticas respecto del <i>tempus</i> y del <i>locus commissi delicti</i>	7	422	III. El momento final de la actividad como <i>tempus commissi delicti</i> en la sucesión de leyes penales	63	439
2. Determinación del tiempo y del lugar de comisión del delito	14	424	1. Justificación teleológica de los principios básicos del Derecho penal transitorio: la regla general de la irretroactividad penal y la excepción de la retroactividad favorable	63	439
2.1. Criterios tradicionales de solución	14	424	2. Aplicación del criterio a las distintas hipótesis delictivas	72	443
2.2. Opciones metodológicas básicas	23	427	2.1. El tratamiento de la codelincuencia	72	443
2.2.1. La teoría unitaria o naturalística.....	26	427	2.2. El tiempo de comisión en la omisión.....	85	446
2.2.2. La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica	27	428	2.3. Delitos de resultado (remisión).....	88	447
2.2.3. Posición personal	29	428	2.4. Delito continuado	90	447
II. <i>Tempus commissi delicti</i> y sucesión de leyes penales en el tiempo	33	429	2.5. Delito permanente	101	450
1. Aproximación al concepto de sucesión de leyes penales en el tiempo	33	429	2.6. Delito habitual....	110	452
2. El Art. 9 del Código Penal: insuficiencia del			IV. Bibliografía.....	117	454

§ 9.- Momento de realización del delito

“El momento de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en el que el resultado se produzca”.

I. El tiempo y el lugar de comisión del delito

1 Tradicionalmente, el análisis del tiempo de comisión del delito (*tempus commissi delicti*) se ha iniciado poniéndolo en relación con la cuestión del lugar de comisión del delito o *locus commissi delicti*. En cualquier caso, tras poner de manifiesto el ámbito de relevancia de ambos institutos, la índole de los problemas que tratan de solventar cada uno de ellos y los posibles criterios de solución, se ha concluido siempre en la *necesidad de un tratamiento diferenciado* de ambas cuestiones. Hoy en día, realmente, ya no se cuestiona tal necesidad, que se presenta, por otra parte, como una premisa interpretativa, dado que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos tratan de forma independiente, y con criterios diversos e irreductibles, la determinación del tiempo y el lugar de comisión del delito⁽¹⁾. Así se establece claramente en los artículos 5 y 9 del Código Penal, dedicados respectivamente al criterio de la ubicuidad para el lugar de comisión del delito y el criterio de la actividad para el tiempo de comisión de la infracción penal.

2 El sentido que tiene, por tanto, comenzar este análisis del artículo 9 del Código Penal, circunscrito exclusivamente a la determinación de la ley aplicable en el tiempo en los casos de sucesión de leyes, con una referencia genérica a la problemática del *tempus* y del *locus commissi delicti* no es otro que el de llamar la atención del lector respecto de las *relaciones existentes entre ambas cuestiones* y porque, como veremos a continuación, la discusión metodológica originaria responde, precisamente a la posibilidad de ofrecer un tratamiento conjunto de las mismas.

3 Debe advertirse, en primer lugar, que *una cosa es la influencia que, en mayor o menor medida, puedan ejercer el tiempo o el lugar en el Derecho penal y otra, bien distinta, la dependencia funcional* que determinadas instituciones tienen respecto del lugar o el tiempo de comisión de la infracción⁽²⁾.

(1) Vide, en cuanto al planteamiento tradicional, por todos: MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, pp. 261-262; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, p. 435 ss. Diferenciando claramente la problemática de uno y otro ámbito: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Lugar del delito". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* T. XV, p. 723 ss.; PAGLIARO, A., "Legge penale nel tempo". En: *Enciclopedia del Diritto* T. XXIII, p. 1063 ss.; FIERRO, G., *La ley penal y el Derecho transitorio*, p. 212 ss., entre otros.

(2) Cfr., más ampliamente, en mi libro: GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, p. 5 ss. También ofrecen una perspectiva completa de la influencia del tiempo en el Derecho penal: TSARPALAS, A., *Le moment e la durée des infractions pénales*, Paris, 1967; LEONE, M., *Il tempo nel Diritto Penale sostantivo o processuale*. Sobre el *locus commissi delicti*, en particular, puede consultarse también: GONZÁLEZ TAPIA, M., "El lugar de comisión del delito". En AA. VV. *Hacia una Justicia Internacional*, p. 345 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Lugar del delito". *Op. Cit.*, p. 723 ss.

En estas breves consideraciones introductorias, como es lógico, nos ceñiremos exclusivamente a esta última cuestión. Con relación al tiempo, concretamente, el *tempus commissi delicti* es un presupuesto para la aplicación de dos instituciones básicas en el Derecho penal. De una parte, determina la aplicación y funcionamiento de las distintas reglas que disciplinan la aplicación temporal de las leyes penales, en la medida en que define, como regla general, la ley aplicable en las hipótesis de sucesión de leyes penales. Esto es, el tiempo de comisión del delito materializa la regla general del *tempus regit actum*, equivalente a la prohibición de retroactividad penal (Art. II y 6, inc. 1 CP). De otra parte, el tiempo de comisión del delito marca el inicio del cómputo de la prescripción (vid. Art. 82 CP, que desglosa y concreta dicho criterio según la estructura de la infracción punible)⁽³⁾.

Por su parte, y de forma análoga, el *locus commissi delicti* constituye también un presupuesto indispensable para la aplicación de los distintos principios que disciplinan el ámbito de aplicación espacial de la ley penal, en la medida en que se trata de una referencia indispensable para la aplicación del principio de territorialidad (Art. 1 CP, en cuanto a la regulación de esta regla de aplicación prioritaria y los demás principios extraterritoriales subsidiarios —Arts. 2 y 3— y el Art. 5 CP, que la completa con la consagración del criterio de la ubicuidad). Al mismo tiempo, dada la radical vinculación existente entre el *foro* y el *ius*, es decir, entre el Derecho estatal aplicable y la jurisdicción nacional competente, la localización espacial de la infracción resulta indispensable para la asignación de la competencia penal internacional del Estado, como lo es también para la distribución de la competencia penal *ratione loci* entre los distintos juzgados y tribunales del Estado⁽⁴⁾.

Como puede apreciarse, en todos los supuestos reseñados el tiempo y el lugar de comisión del delito no son elementos del tipo de injusto de la infracción, como ocurre en los denominados *delitos a tiempo o a espacio circunscritos*, ni se vinculan a elementos de los cuales depende la existencia de la infracción penal. En todos los supuestos, tanto *el tiempo como el lugar de comisión del*

(3) Cfr., ampliamente, respecto de la función y determinación del tiempo de comisión del delito en la prescripción: GONZÁLEZ TAPIA, M., *La prescripción en el Derecho penal*, p. 145 ss.

(4) Sobre esta coincidencia entre el ámbito competencial y la esfera de eficacia de la ley penal, así como la identidad, por esta razón, de los principios que disciplinan ambas cuestiones, vide RUIZ ENRÍQUEZ, C., *El Derecho penal Internacional español, passim*; Díez SÁNCHEZ, J., *El Derecho penal internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, *passim*. Vide HUET, A. / KOERING-JOULIN, R., *Droit Pénal International*, p. 197 ss., quien afirmaba que, en virtud de esta particularidad del sistema penal, en este orden no se producen conflictos de leyes, sino, en todo caso, de jurisdicciones. Cfr. con más amplitud, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito. Op. Cit.*, p. 8 ss.

delito se vinculan a la existencia de una infracción penal acabada y perfecta (aunque se trate de una tentativa) y la referencia temporal o espacial de la comisión del delito guardan, por así decirlo, una relación externa con la infracción. La referencia es, por tanto, al hecho delictivo en su conjunto, y el objetivo, como se ha adelantado, es localizar en el tiempo o en el espacio a una infracción para poder poner en funcionamiento alguna de las instituciones penales a las que se ha hecho referencia: la prescripción, el principio de irretroactividad o el principio de territorialidad⁽⁵⁾.

1. Concreción de las hipótesis delictivas problemáticas respecto del *tempus* y del *locus commissi delicti*

7 Una vez definido el ámbito estricto de aplicación del tiempo y el lugar de comisión del delito, el siguiente paso debe ser la concreción, igualmente, de las hipótesis delictivas que, con independencia de su estructura típica o dogmática, ofrecen dificultades a los efectos que aquí interesan.

8 *La determinación del tiempo y del lugar de comisión del delito es necesaria para todas las infracciones*, con independencia de la modalidad concreta de que se trate. En la mayoría de las ocasiones, además, esta localización será sumamente simple, pues bastará una mera constatación fáctica de las referencias locales y temporales. V. gr., alguien amenaza a otro con una pistola y le exige que le entregue que el dinero y las cosas de valor que porte; alguien dispara sobre otro en una zona vital, produciéndose la muerte tan solo minutos después.

9 *La localización resulta más compleja en desarrollos delictivos dilatados en el tiempo o fraccionados geográficamente.* Por ejemplo, en lugar de morir minutos después, la víctima ha permanecido durante un largo periodo en coma. En este supuesto, como puede apreciarse, la conducta típica se ha producido en un momento y el resultado consumativo en otro muy alejado, abriéndose la posibilidad de que en el lapso transcurrido se hubiera producido una sucesión de leyes penales que afecten a la regulación del delito de homicidio. Y lo mismo puede decirse, por ejemplo, respecto de un secuestro o detención ilegal que se prolonga en un periodo más o menos dilatado de tiempo o cuando de forma continuada, la asistenta, aprovechando la ausencia de los propietarios en la casa, hurta diversos objetos, prolongándose las distintas acciones a lo largo de un periodo significativo de tiempo. Respecto del lugar, de manera análoga, la localización deviene problemática, cuando la conducta,

(5) Cfr., con detalle, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 12 ss.

total o parcialmente, y el resultado tienen lugar en jurisdicciones territoriales diferentes. Basta pensar, por ejemplo, en un virus informático enviado desde Perú a varios ordenadores situados físicamente en España que resultan dañados; en el apoderamiento de las claves de las cuentas electrónicas de diversos clientes, que permiten al pirata informático hacer diversas transferencias bancarias en bancos dispersos por todo el mundo (delito continuado de estafa); o en hipótesis de tráfico de seres humanos que son detenidos ilegalmente y conducidos por el territorio de diferentes estados (delito permanente), en una situación de maltrato sistemático ejercida por el esposo hacia su cónyuge y que se prolonga durante años de convivencia (delito habitual).

Como puede deducirse de los distintos ejemplos propuestos, *la problemática de la localización temporal y espacial de la infracción no debe ser circunscrita* a la hipótesis tradicional del *delito a distancia*, esto es, al delito de resultado en el que se produce una fragmentación temporal o espacial entre la conducta y el resultado, v. gr., en el ejemplo del coma o del virus informático⁽⁶⁾. Esta ha sido, sin embargo, la idea tradicional y la hipótesis sobre la que se han construido los distintos criterios de solución propuestos, como veremos a continuación.

Este planteamiento puede parecer, a primera vista, del todo lógico, en la medida en que en los delitos de mera actividad, el *tempus* o el *locus* solo puede ir referidos al momento en que se realiza la conducta típica. En tales supuestos, la cuestión del criterio está resuelto y solo cuando el resultado se distancia en el tiempo o en el espacio surge la necesidad de decidir. Sin embargo, como pusiera de manifiesto LUZÓN PEÑA, la cuestión del tiempo y el lugar de comisión del delito es una cuestión general que, con independencia de la mayor o menor complejidad del asunto debe resolverse en todos los casos y que viene determinada, en puridad, no tanto por las características estructurales de la infracción, sino por la dilación en el tiempo o la dispersión geográfica del desarrollo delictivo⁽⁷⁾. Y ello tanto cuando la distancia temporal o espacial se produce entre la conducta y el resultado, como cuando se fragmenta la propia conducta típica o el delito viene conformado por una pluralidad de infracciones parciales. En atención a esta circunstancia, pues, *los criterios tradicionales deben ser tomados como punto de partida, en la medida en que necesitarán siempre de una ulterior concreción*, ya sea porque en el supuesto de hecho

(6) Un análisis más detallado del delito a distancia puede consultarse en mi trabajo: GONZÁLEZ TAPIA, M., *La prescripción en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 160 ss. También GÓMEZ RIVERO, M., *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*; SILVA SÁNCHEZ, J., "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado". En: *Estudios Penales y Criminológicos*, p. 11 ss.

(7) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, p. 194 ss.

se han producido una pluralidad de resultados o porque existan una pluralidad de actos o de infracciones o una conducta permanente que se prolongan en el tiempo o dispersan en el espacio.

- 12 Por último, debe tenerse presente que la *cuestión del tiempo y de comisión del delito, en sí misma considerada, posee solo una relevancia teórica*. Muy bien se puede partir de que el delito, en principio, se comete en todos aquellos momentos y lugares en los que se desarrolla el hecho delictivo desde el inicio de su ejecución y hasta su consumación o hasta el final del periodo consumativo que puede producirse en los delitos de tracto sucesivo. Así, por ejemplo, una detención ilegal puede haber durado años. Sin embargo, dicha circunstancia, a los efectos aquí tratados, solo será relevante si durante dicho periodo se ha producido una sucesión de leyes que afecta al hecho y, en concreto, si se produce una sucesión de leyes en sentido agravatorio, pues solo en tal hipótesis será imprescindible una definición exacta del tiempo de comisión del delito. Igual ocurre con el lugar de comisión, pues con independencia de que los distintos elementos de la infracción se hayan producido en lugares distintos, ello solo será relevante si estos han tenido lugar en el territorio de jurisdicciones diferentes dentro de un mismo Estado, ya que habrá que decidir qué Tribunal deberá conocer el hecho, o en el territorio de diferentes Estados, que suscita el problema de la jurisdicción estatal competente y, por tanto, la ley penal nacional aplicable al supuesto.
- 13 En definitiva, desde una perspectiva práctica, la dispersión geográfica o temporal que presente una determinada infracción solo será relevante cuando tenga una repercusión real para el Derecho penal y, en concreto, para cualquiera de las instituciones que dependen del lugar o tiempo de comisión del delito⁽⁸⁾.

2. Determinación del tiempo y del lugar de comisión del delito

2.1 Criterios tradicionales de solución

- 14 La doctrina ha formulado una serie de teorías o criterios conforme a los que individualizar el tiempo y el lugar de la infracción.

(8) Cfr. más ampliamente, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 22 ss.

En esencia, sin perjuicio de variantes más o menos significativas que se han ido proponiendo doctrinalmente, los criterios de localización espacial y temporal de la infracción han sido tres⁽⁹⁾:

a. **Criterio de la actividad o de la acción**, de la manifestación de la voluntad o de la residencia (respecto del lugar). Según esta alternativa, la infracción deberá localizarse en el lugar o momento en que se haya realizado la conducta típica.

A favor de este criterio se ha alegado, entre otras cosas, que es el que mejor se corresponde con la evolución histórica del principio de territorialidad y que en el orden procesal responde mejor a las exigencias de una buena administración de justicia al facilitar la obtención de pruebas y la convicción del juez. Desde el punto de vista estrictamente penal: que el resultado depende solo parcialmente de la voluntad del autor, lo que puede plantear dudas respecto del principio de culpabilidad, que el lugar de la actividad se corresponde generalmente con el lugar de arraigo o residencia del autor, lo que resulta conveniente desde la perspectiva de los fines de la pena; que el resultado puede ser múltiple y no es un elemento del tipo de injusto de todas las infracciones o que puede faltar en las hipótesis de tentativa.

b. **Criterio del resultado**: de acuerdo con esta solución, equivalente a la teoría medieval de la *consumatio*, el momento relevante para localizar en el tiempo a una infracción habrá de ser aquel en el que sobreviene el resultado típico, debiendo ser igualmente esta referencia temporal la que defina el lugar de comisión del delito. Más correctamente, a mi juicio, este criterio debe identificarse, en general, con el momento y el lugar en que tiene lugar la consumación delictiva.

(9) *Vide* respecto de las obras específicas y tradicionales de referencia, entre otros: BATTAGLINI, E., "L'estensione Della funzione punitiva del tempo (Art. 2 Cod. Pen.)". En: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, pp. 1 a 12, pp. 3-4; del mismo autor, BATTAGLINI, E., "Il luogo e il tempo del commesso reato". En: *Revista Italiana di Diritto Penale e Processuale*, Volumen I, p. II, p. 805 ss.; VON HIPPEL, E., "Zeit und Ort der Handlung". En: *ZStW* N° 37, p. 1 ss.; DONNEDIEU DE VABRES, H., *Introduction a l'Etude du Droit Pénal International. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, p. 102 ss.; GLASER, S., "Les délits à distance". En: *Revue de droit pénal et de Criminologie*, p. 453 ss.; MIKLISZANSKI, M., "Le lieu du délit en Droit Pénal International". En: *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 270 ss.; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Conclusions". En: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1883-1885; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. Tomo II, p. 25 ss.; CASABÓ RUIZ, J. / CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / DEL TORO MARTZAL, A., *Comentarios al Código Penal*. Tomo II; SINISCALCO, M., "Locus commissi delicti". En: *Enciclopedia del Diritto* Tomo XXIV, p. 1051 ss.; HURTADO POZO, J., *Droit Pénal. Partie Générale 1: Notions fondamentales et loi pénale*, p. 189 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 27 ss.

19 El criterio del resultado o de la consumación ha sido el defendido de forma mayoritaria para definir el inicio del cómputo de la prescripción, y también es el recogido expresamente por el artículo 82 CP. Igualmente, respecto del lugar, ha sido un criterio frecuentemente utilizado para dirimir los conflictos internos de competencia. En el ámbito internacional, sin embargo, no ha tenido prácticamente defensores, si bien podría destacarse como solución propuesta por los *Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo* (1889 y 1940), así como por la *IV Conferencia Interamericana de Abogados* de 1945 o solución adoptada por el Tribunal de la Haya en el famoso *Affaire Lotus* (TPJI, S. 7-11-1927).

20 **c. Criterio de la ubicuidad:** conforme a este criterio, llamado también *unitario*, de la *equivalencia* o *mixto*, se propone estimar relevante tanto el lugar o tiempo en que se realizó la conducta típica como el resultado de la infracción.

21 Ha de tenerse en cuenta, no obstante que esta es solo una de las formulaciones que ha recibido el principio de ubicuidad. Con relación al tiempo de comisión del delito, dicho criterio se adapta para establecer una solución (muy minoritaria) alternativa entre la opción de la actividad o del resultado, según resulte más favorable al reo⁽¹⁰⁾. En la prescripción, por su parte, este criterio supone partir como regla general del momento del resultado, a excepción de los supuestos de tentativa o de delitos de mera actividad en que se permite optar por el criterio de la actividad⁽¹¹⁾. Con respecto a la localización internacional de la infracción, ámbito en el que este criterio ha sido y es prioritariamente utilizado, esta solución se amplía para permitir considerar cometida la infracción en todos aquellos lugares en los que ha tenido lugar la totalidad o parte de la conducta típica, así como el resultado o resultados de la infracción. Así, claramente, aparece formulado en el artículo 5 CP, cuando se establece que: “El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”. Incluso, este criterio puede ampliarse todavía más, como ocurre en la legislación alemana, utilizándose *referencias espaciales hipotéticas* referidas al lugar o lugares en hubiera debido producirse el resultado según la voluntad del autor en los supuestos de tentativa (§9 StGB).

22 Sin perjuicio de las valoraciones críticas que, sin duda, puede merecer una configuración tan desmedida (exorbitante) del criterio de la ubicuidad, y por

(10) *Vide*, en este sentido, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, p. 117.

(11) *Vide*, en este sentido, por ejemplo, HURTADO POZO, J., *Droit Pénal. Partie Générale 1: Notions fondamentales et loi pénale. Op. Cit.*, p. 189.

ende del principio de territorialidad⁽¹²⁾, lo que interesa destacar es que esta solución es, actualmente, la solución absolutamente mayoritaria de las legislaciones, doctrina y foros internacionales de debate. Claramente, a favor de este criterio, pueden argüirse razones prácticas, puesto que además de superar los problemas derivados de la falta de un resultado material, impide que se generen lagunas de punición, cuando en los Estados que se disputan la competencia existen criterios de localización diferentes.

2.2. Opciones metodológicas básicas

La doctrina históricamente ha propuesto dos opciones metodológicas básicas para resolver la cuestión del tiempo y del lugar de comisión del delito⁽¹³⁾. El origen de esta discusión metodológica debe situarse en la pugna entre positivismo y el neokantismo, con el contexto de la regulación del Código Penal alemán de 1919 de fondo, la cual, que como en el Código Penal vigente en Perú y en la mayoría de los Estados, regulaba la determinación del tiempo y el lugar de comisión del delito con criterios diferentes⁽¹⁴⁾.

Conforme a cada una de ellas, y de acuerdo con parámetros opuestos, se ha tratado de proporcionar una orientación que permita resolver los distintos problemas recurriendo a uno o varios de los criterios de solución definidos en el epígrafe anterior. Es decir, a pesar de que en muchas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia suelen referirse, por ejemplo, a la teoría de la valoración jurídica como un cuarto criterio de solución, en realidad, lo que se propone desde esta teoría, con respecto de las demás, es tan solo un método para resolver el problema general del tiempo y el lugar de comisión del delito, con independencia de que se acabe concluyendo con la necesidad de una solución unitaria o plural.

De forma necesariamente sintética:

2.2.1. La teoría unitaria o naturalística

Defendida fundamentalmente por GERLAND y FRANK, de acuerdo con esta posición, sea cual sea el criterio finalmente adoptado, tanto el tiempo como el lugar de comisión del delito deben ser individualizados conforme a una solución unitaria. Y ello porque si en la realidad el hecho aparece cometido en

(12) Cfr. las consideraciones hechas sobre esta cuestión en: GONZÁLEZ TAPIA, M., "El lugar de comisión del delito". *Op. Cit.*, p. 358 ss.

(13) Cfr. sobre estas teorías, con amplio soporte bibliográfico, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. *Op. Cit.*, p. 35 ss.

(14) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., "Notas". En: MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, p. 261, nota ^(*).

todos los lugares y momentos en los que se desarrolla hasta su conclusión, en una unidad tiempo y espacio inescindible, no parece lógico que el Derecho pueda desconectar ambas dimensiones del hecho. En cuanto a la elección del criterio, generalmente a favor de la actividad, la solución estaría en remitirse al concepto de delito, optando por el elemento considerado prevalente en la economía de la infracción⁽¹⁵⁾.

2.2.2. La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica

- 27 Por su parte, la teoría diferenciadora o de la valoración jurídica, de claro corte neokantiano y teleológico, fue defendida inicialmente MEZGER⁽¹⁶⁾, pudiendo considerarse absolutamente dominante en la actualidad. A juicio de este autor, un correcto planteamiento de este problema debía estar presidido por el entendimiento de que una concepción puramente naturalística no se corresponde ni con las necesidades, ni con la propia esencia de lo jurídico. La pregunta, por tanto, decía, no puede ser dónde y cuándo se ha cometido el delito, sino dónde y cuándo debe considerarse cometida la infracción a efectos jurídicos. La solución no puede ser, en definitiva, general y para todos los supuestos, sino que habrá de depender, en cada caso, de la institución concreta de que se trate: de la prescripción, la sucesión de leyes, la competencia territorial interna o internacional.
- 28 Analizada la cuestión desde una perspectiva valorativa y teleológica, pues lo decisivo en cada caso será analizar el fundamento y los fines de cada institución, concretar la función que dentro de la misma cumple el tiempo y/o el lugar de comisión del delito, para definir finalmente cuál habrá de ser el criterio más coherente de localización temporal y espacial de la infracción.

2.2.3. Posición personal

- 29 A mi juicio, la alternativa metodológica más correcta es, sin duda, la teoría de la valoración jurídica, a la que, sin embargo, se le deben introducir una serie de matices o limitaciones que conducen a considerar el *criterio de la consumación o final de la realización delictiva como punto de partida*.
- 30 El tiempo y el lugar de comisión del delito son, efectivamente, cuestiones esencialmente jurídicas. Ello permite, en consecuencia, adoptar soluciones que

(15) Cfr. GERLAND, H., *Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzbuch*, p. 6. FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pp. 29-30. Defendiendo igualmente esta posición, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. Tomo III. *Op. Cit.*, p. 484, nota 90.

(16) Cfr., MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 261 ss.; o VON HIPPEL, E., "Zeit und Ort der Handlung". *Op. Cit.*, p. 6, entre otros.

no tienen por qué coincidir con las que serían adecuadas o lógicas desde un punto de vista empírico; o desde cualquier otro punto de vista no jurídico-penal.

Ello no puede significar, en cambio que la realidad empírica del hecho no deba ser tomada en cuenta como límite de garantía en el Derecho penal, por lo que *no me parecen aceptables la utilización de referencias espaciales o temporales hipotéticas* para la determinación del tiempo o del lugar de comisión del delito, por ejemplo, el lugar en el que, a juicio del autor de una tentativa, debería haberse consumado la infracción. De otra parte, en cuanto al criterio, entiendo que admitir un planteamiento valorativo no tiene por qué excluir, de entrada, la posibilidad de formular un *tempus* y un *locus* con carácter general. Este criterio general, punto de partida inicial, habrá de ser, sin duda, el criterio de la consumación; o más ampliamente, el criterio final de la realización típica llevada a cabo por el sujeto.

La solución del caso concreto, en cualquier caso, deberá obtenerse de dos elementos interpretativos básicos. Así, este *criterio general propuesto* debe considerarse punto de partida. *Lo siguiente será analizar el fundamento y los fines que se persiguen en cada institución y resolver si este criterio general es, o no, compatible con ello.* En el primer caso deberá mantenerse, como sucede en el ámbito de la prescripción del delito, sin perjuicio de las precisiones que requiera cada modalidad delictiva⁽¹⁷⁾; en el segundo, el criterio habrá de sustituir por aquel que, siendo compatible con su fundamento, suponga un menor alejamiento del criterio general, tal y como ocurrirá, según veremos, en el caso de la sucesión de leyes penales en el tiempo⁽¹⁸⁾.

II. *Tempus commissi delicti* y sucesión de leyes penales en el tiempo

1. Aproximación al concepto de sucesión de leyes penales en el tiempo

A diferencia del Derecho natural, conformado por valores y reglas de conducta inmutables, el Derecho positivo aspira a ser solo un producto de la

(17) Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M., *La prescripción en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 145 ss.

(18) Con un proceder próximo, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. Tomo III. *Op. Cit.*, p. 483 ss. Con respecto a mi posición personal, con una exposición más amplia de la misma y una justificación adecuada del criterio general propuesto, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito. Op. Cit.*, p. 41 ss.

sociedad cuya convivencia ordena⁽¹⁹⁾. Su validez, eficacia y legitimidad dependen, por esta razón, de la correspondencia entre los principios y valores que lo inspiran y los vigentes en la sociedad del momento. El mantenimiento de dicha correlación exige, como no podría ser de otra forma, una continua adaptación de las normas a la consustancial dinamicidad de la sociedad.

34 Esta relación Derecho-sociedad es particularmente intensa en el Derecho penal, como lo demuestra la generalizada correspondencia entre las sucesivas constituciones y los códigos penales históricos. El Derecho penal tiene como función la protección de la convivencia pacífica en la sociedad, función que ejerce mediante la tutela de los valores o bienes jurídicos que se consideran esenciales en cada momento histórico y frente a los ataques, además, más intolerales a los mismos. Por ello, su validez, su legitimidad y su eficacia dependen, también, de la correspondencia entre la imagen de sociedad que reflejan las normas penales y la existente en la realidad actual; así como de la capacidad del ordenamiento penal para llevar a cabo, efectivamente, la función de tutela que tiene encomendada. Ello implica, como se ha dicho, una continua adaptación de las normas penales a los valores y a las necesidades de la sociedad de cada periodo histórico. Podemos afirmar, en consecuencia, que el fenómeno de la sucesión de leyes penales o, mejor dicho, que la promulgación de una nueva ley penal es siempre una decisión político-criminal encaminada al mejor cumplimiento de dicha función⁽²⁰⁾.

35 En definitiva, *cualquiera que sea el contenido de la sucesión, se trata siempre de una nueva valoración de un bien jurídico o de las modalidades de ataque que se encuentran contempladas como ilícitos penales*. Implica, pues, una revisión político-criminal que versa sobre la necesidad concreta de su protección penal, como condición básica de la convivencia, y sobre los medios dispuestos para su tutela. Si

(19) En este sentido, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general: fundamentos científicos del Derecho penal*, p. 487.

(20) Así, la ley puede estar motivada porque surgen nuevas necesidades a las que hay que dar respuesta, necesidades que, lógicamente, serán siempre de tutela de un bien jurídico, susceptible y necesitado, a su vez, de la protección penal. En este caso, se trataría de supuestos de **nueva incriminación** que se caracterizan porque la nueva ley penal otorga protección a un bien jurídico o a una modalidad de ataque concreta al mismo, que no eran constitutivos de delito o de falta, según la legislación derogada. En segundo lugar, la nueva ley puede responder a un cambio valorativo respecto de un bien jurídico previamente tutelado por el ordenamiento penal. Dicho bien puede: no considerarse ya digno de la protección penal y se despenaliza su lesión o puesta en peligro; o puede entenderse que su tratamiento punitivo debe ser modificado, lo que, desde un punto de vista material, se puede traducir, a su vez, en castigar más o menos severamente los comportamientos que atenten contra él. Se trataría ahora, respectivamente, de los supuestos de *abolitio criminis* y de sucesión de leyes meramente modificativa, ya sea en sentido agravatorio o atenuatorio de la responsabilidad criminal.

ello es así, los fines de la pena se verían seriamente comprometidos, si se castigan comportamientos que la sociedad estima legítimos o aceptables; si se recurre al Derecho penal cuando la protección del bien jurídico se puede conseguir por otros medios menos gravosos; o si no se interviene para la defensa de intereses que la comunidad entiende imprescindibles para la convivencia. De otra parte, la pena tampoco estaría cumpliendo correctamente su función, si la clase o medida de esta no se corresponden con el lugar que el bien jurídico ocupa en la escala de valores actual de la comunidad o con las exigencias reales de su protección⁽²¹⁾.

Estos desajustes que puede presentar la relación bien jurídico/pena, ³⁶ como consecuencia de la comparación de la norma con la sociedad, adquieren un *matiz mucho más problemático, cuando es el propio legislador quien reconoce que la normativa vigente ya no responde adecuadamente a las necesidades del momento y dispone una nueva norma* que se adapta mejor, a su juicio, a las exigencias de principio de necesidad o de intervención mínima y al principio de proporcionalidad.

Y digo que adquiere un matiz mucho más problemático porque, parece ³⁷ claro, que desde la entrada en vigor de la nueva ley penal todos los hechos delictivos que se cometan a partir de este momento deben ser juzgados conforme a lo dispuesto en la nueva norma. Además de ser la única vigente, es también la que expresa el sentir actual del legislador y el de la comunidad (al menos, el de los grupos dominantes). *Sin embargo, el problema en la sucesión de leyes es, precisamente, que el tránsito de una normativa a otra no se produce nunca de una forma, por así decirlo, "limpia"*. En el momento de la entrada en vigor de la nueva ley *siempre subsisten situaciones intermedias que traen causa de la normativa anterior, siguen desplegando efectos o están pendientes de juicio*. Frente a las mismas, es necesario, por tanto, establecer un sistema jurídico que articule el tránsito de la antigua a la nueva situación normativa.

Pues bien, en el Derecho penal, concretamente, el mecanismo de la sucesión ³⁸ normativa se articula, desde un punto de vista formal, mediante la entrada en vigor de una ley que deroga la que se encontraba vigente con anterioridad (*vigencia*); y, desde un punto de vista material, es decir, respecto de su *eficacia*,

(21) Sobre esta relación entre la noción de bien jurídico y la pena, cfr. GONZÁLEZ RUS, J., *Proyecto docente*, inédito, p. 526; GONZÁLEZ RUS, J., "Teoría de la pena y Constitución". En: *Estudios Penales y Criminológicos* N° 7, p. 225 ss. Desde una perspectiva, esa disfunción podría conducir a afirmar que el Derecho penal, en estos supuestos, sería *ineficiente*: Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., "Eficiencia y Derecho penal". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Fascículo 1, pp. 93 ss., 113.

a través del juego que en nuestro ordenamiento corresponde a los principios de irretroactividad y de retroactividad de las leyes penales favorables. A nosotros nos interesa exclusivamente esta segunda perspectiva, en la medida en que el sistema del *Derecho penal transitorio, dentro del cual se inserta la cuestión del tiempo de comisión del delito, se vincula prioritariamente al ámbito de eficacia de la ley penal en el tiempo*⁽²²⁾.

39 De forma general, como se establece en los artículos 2 y 6 inciso primero del Código Penal, en el *ordenamiento peruano rige el principio de irretroactividad de las leyes penales*, lo que significa que los delitos y las faltas serán juzgados por la ley que esté vigente en el momento de su comisión. Este principio, además, está consagrado en la Constitución como derecho fundamental del ciudadano en el artículo 2.24 aptdo. d), al afirmar: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”⁽²³⁾.

40 Esta regla general solo tiene una excepción: la retroactividad favorable al reo, consagrada, de una parte, en el artículo 6 del Código Penal, con carácter general, y, de otra, en el artículo 7 referido expresamente a la hipótesis de *abolitio criminis*⁽²⁴⁾. El principio de retroactividad favorable, en cambio, no viene reconocido dentro del catálogo de derechos fundamentales, sino en el artículo 103 de la Constitución. El citado precepto dispone: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a

(22) En cuanto a la diferencia entre “vigencia” y “validez” de las normas penales: SINISCALCO, M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, p. 2.

(23) Vide, en este sentido, la STC Exp. N.º 2758-2004-HC/TC, la STC Exp. N.º 08886-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 3, y la muy interesante STC Exp. N.º 0012-2006-PI/TC V. fundamento jurídicos: 3 n. 18 y 23.; también STC Exp. N.º 1234/2000-HC/TC en un supuesto de ley penal intermedia; resaltando la íntima vinculación del principio de legalidad con el principio de irretroactividad: STC Exp. N.º 2468/2004-HC/TC.

(24) En esta sede no se puede entrar a valorar el entendimiento que en la “Exposición de motivos” se hace de este precepto, consagrando el denominado “principio de combinación”, sobre la base de una discutible correspondencia con la Constitución derogada, que supuestamente lo imponía. Tampoco se puede lógicamente entrar a valorar el Acuerdo Plenario del Tribunal Constitucional N.º 2-2006/CJ-116, que avala la interpretación del artículo 6 del Código Penal en tal sentido. En cualquier caso, debe advertirse que la aceptación de este criterio implica vaciar de contenido al artículo 9 y privarle de toda eficacia real. Ocurre una sucesión de leyes desde la comisión del delito hasta la total extinción de sus efectos, el juez habrá de valorar si la segunda ley es más favorable, la primera o una combinación entre ambas, por lo que determinar el momento de comisión no sirve realmente de gran utilidad.

las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”. En cualquier caso, debe tenerse presente su reconocimiento como tal derecho fundamental en las Declaraciones Internacionales de Derechos⁽²⁵⁾ y su clara vinculación con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, así como, aunque este deba considerarse un argumento complementario, por el derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos. De hecho, el Tribunal Constitucional ha considerado a la retroactividad penal favorable, junto a la prohibición general de irretroactividad, una garantía material constitucional del Derecho penal⁽²⁶⁾.

El sistema de Derecho penal transitorio vigente en el ordenamiento 41 peruano se articula, pues en cuanto al ámbito de eficacia de la ley penal en el tiempo, en función de dos reglas fundamentales: el principio general de irretroactividad de las leyes penales y el principio de retroactividad favorable. Como fácilmente puede inducirse, *la aplicación de ambos principios dependerá: en primer lugar, del tiempo en que el delito se haya cometido y, en segundo, de la mayor o menor gravedad que suponga la nueva ley respecto del caso concreto*. Cometido el delito durante la vigencia de la norma derogada, será esta la que se aplique, a menos que la ley nueva resulte más favorable al reo, en cuyo caso se aplicará siempre esta. Ello será así tanto para el enjuiciamiento de los hechos pendientes de juicio en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, en la resolución de los recursos interpuestos como en la revisión de las sentencias firmes que se estén ejecutando.

La cuestión del tiempo de comisión del delito, sin embargo, no presenta 42 polémica realmente en este tipo de situaciones. La nueva normativa surge tras la consumación del hecho y antes del agotamiento de la totalidad de los efectos de la condena. El problema, por tanto, se circunscribe a determinar

(25) *Vide* artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), celebrada en Costa Rica del 7 a 22 de noviembre de 1969.

(26) *Vide* la trascendental Sentencia del Pleno Jurisdiccional, de 15 de diciembre de 2006, 0012-2006-PI/TC, § 1.1.4., cuando afirma que la Constitución consagra como exigencias materiales para el Derecho penal: “h) el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103)”. También fundamento jurídico 17 ss.; También la STC Exp. N° 01043/2007-PHC/TC, fundamento jurídico 5 ss., calificando a la retroactividad favorable de derecho fundamental, aunque no absoluto.

si resulta o no más favorable al reo la ley vigente en el momento de comisión o la posterior.

43 *A nosotros nos interesan, en cambio, aquellos otros supuestos en los que la dificultad reside, precisamente, en la individualización de la ley vigente en el momento de su comisión. Ello ocurrirá, desde un punto de vista general, en desarrollos delictivos prolongados en el tiempo; y desde un punto de vista particular, esto es, desde la perspectiva de las hipótesis que plantean problemas respecto de la determinación de la ley aplicable en el tiempo, cuando a lo largo del desarrollo delictivo haya entrado en vigor una nueva ley.*

44 Por ejemplo, es posible imaginar que el día 1 de agosto, un sujeto, aprovechando que otro se halla disfrutando de un periodo de vacaciones, coloca un artefacto explosivo conectado al sistema de alarma de su casa. Su plan es que cuando este vuelva y trate de desconectarlo se produzca la deflagración. Ello efectivamente tiene lugar el día 31 del mismo mes, aunque la víctima no fallece de inmediato, sino tras seis meses durante los cuales ha permanecido en coma. Puede suponerse, igualmente, que la nueva ley ha entrado en vigor el día 1 de septiembre y, por tanto, tras finalizar la ejecución de la conducta pero antes de producirse el resultado, la muerte de la víctima, que consuma la infracción. Un segundo ejemplo: podríamos tomar aquí como ejemplo el conocido secuestro de Ortega Lara, ocurrido en España, (SAN 38/1998, de 29 de junio ARP 1998/3023), cuyo secuestro duró 500 días, iniciándose la detención el 17 de enero de 1996 y concluyendo, el día que fue liberado por la Guardia Civil, el 30 de junio de 1997. Durante este terrible cautiverio tuvo lugar la entrada en vigor del Código Penal español de 1995.

45 Estas no van a ser, ciertamente, hipótesis muy frecuentes en la práctica. Tampoco pueden ser considerados, ciertamente, supuestos “raros” o “de laboratorio”, y así puede constatarse en la existencia de un apreciable número de sentencias que se refieren a este problema, en general, con relación a los denominados delitos de “tracto sucesivo”, esto es: con el delito permanente, el delito continuado o el delito habitual.

46 Todos estos supuestos se caracterizan, pues, por presentar *un desarrollo dilatado en el tiempo y porque durante el mismo se ha producido una sucesión de leyes que afecta al supuesto, quedando la infracción cometida parcialmente durante la vigencia de ambas leyes. El problema que se plantea es, en consecuencia, la determinación de la ley aplicable y, por ende, la cuestión del tiempo de comisión del delito, en la medida*

en que, como se ha dicho, tanto la aplicación del principio de irretroactividad como de retroactividad favorable dependen de dicho presupuesto.

Si la nueva ley es más favorable, ciertamente, la localización temporal de la infracción es una cuestión secundaria, desde el momento en que carece de virtualidad práctica. La ley nueva se aplicará en cualquier caso y poco importa, sin perjuicio del interés teórico, que ello se deba a la aplicación del principio *tempus regit actum* (equivalente a la irretroactividad) o al principio de retroactividad favorable. Del mismo modo, de aceptarse el denominado principio de combinación, que supone en rigor la creación judicial de una tercera ley singular, aplicable al caso concreto enjuiciado y compuesta de los aspectos favorables de las dos leyes sucesivas en conflicto, la cuestión del tiempo de comisión del delito carecerá igualmente de trascendencia práctica.

En cambio, si la nueva ley es más gravosa, la localización temporal de la infracción adquiere una gran importancia. Ello porque, dado que la ley posterior es más gravosa, esto es, se trata de una nueva incriminación o de una modificación agravatoria de la responsabilidad criminal, no resulta de aplicación el principio de retroactividad favorable y será la ley del momento de comisión la que deba siempre aplicarse al hecho. En este sentido, si el delito se considera cometido en el momento de la consumación, en nuestro ejemplo, cuando muere la víctima, deberá aplicarse la ley nueva más gravosa. En cambio, si se entiende que el delito se ha cometido en el momento de la ejecución típica, la ley que corresponderá aplicar será la derogada, más favorable.

Para resolver esta cuestión, el primer paso es definir el método o procedimiento que debe seguirse para concretar la ley penal aplicable en el tiempo y para determinar, por tanto, el *tempus commissi delicti* en esta clase de infracciones cometidas parcialmente durante la vigencia de dos leyes que se suceden.

Pues bien, tal y como se ha señalado, de acuerdo con el parecer absolutamente mayoritario de la doctrina, el tiempo de comisión del delito debe definirse a partir del criterio que mejor se corresponda con la función y con los fines que esté llamada a cumplir la institución afectada en cada caso. Ello supone aceptar, sin perjuicio de matices más o menos relevantes, la denominada teoría de la valoración jurídica. En nuestro caso, por tanto, se trata de hallar el criterio que resulte más coherente con el fundamento del principio de irretroactividad de las leyes penales.

2. El artículo 9 del Código Penal: insuficiencia del criterio de la actividad para definir la ley penal aplicable en el tiempo

- 51 Parte de ese trabajo, no obstante, ha sido ya realizado por el legislador. El Código Penal incorpora un precepto dirigido, precisamente, a concretar el tiempo de comisión del delito y, a partir de él, la ley aplicable a las infracciones cometidas parcialmente durante la vigencia de dos leyes en sucesión. Así, recordamos, el artículo 9 dispone que: “El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”.
- 52 *En el artículo 9 se adopta, pues, el criterio de la actividad*, excluyendo el momento del resultado, solución que, por lo demás, es defendida unánimemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La ley que corresponde aplicar, por tanto, es la que estuviera vigente en el momento de ejecutar la conducta típica. En el ejemplo que habíamos propuesto, la ley que corresponde aplicar es la que estaba vigente durante el periodo transcurrido desde la activación de la bomba hasta el momento de la manipulación de la misma por parte de la víctima que dio lugar a la explosión. El momento del resultado que consumó el asesinato, esto es, el momento de la muerte, cuando ya había entrado en vigor la segunda ley, no es relevante a estos efectos.
- 53 El artículo 9, sin embargo, *plantea un problema fundamental, que no es otro que el de la insuficiencia del criterio contenido en el mismo*. Ha olvidado el legislador que no todas las infracciones son delitos de resultado y que la entrada en vigor de una nueva ley, incluso en esta modalidad delictiva, puede tener lugar entre los diferentes actos que componen la conducta típica.
- 54 El criterio de la actividad, tal y como aparece formulado en el artículo 7, *solo resulta relativamente útil para solucionar las hipótesis clásicas de delito a distancia*, caracterizadas por presentar una relevante dilación temporal entre la conducta y el resultado típico y porque la sucesión de leyes tiene lugar, precisamente, una vez finalizada la ejecución típica, pero antes de que tenga lugar el resultado. Un ejemplo de delito a distancia sería el supuesto de la bomba, en el que transcurren seis meses hasta que se produce el resultado, o también el contagio del virus del VIH/sida, en caso de que se admita la imputación objetiva del resultado tardío de muerte o supuestos de construcciones defectuosas que se derrumban transcurridos varios años después de su entrega, causando lesiones o la muerte de varias víctimas.
- 55 En todos estos supuestos, la solución de aplicar la ley que estuviera vigente en el momento de la conducta, excluyendo el momento del resultado,

no requería, en realidad, un precepto que hiciera alusión a la misma, como lo demuestra que se haya aplicado sin problemas por la jurisprudencia y defendido, prácticamente sin excepciones, por la doctrina nacional y comparada. *La opción a favor del criterio de la actividad es una exigencia clara del principio de culpabilidad y de irretroactividad.* Así, se ha afirmado que tal solución es obligada para salvaguardar la seguridad jurídica, entendida como certeza del derecho por parte de los ciudadanos, pues atender al momento del resultado supondría aplicar de manera sorpresiva la ley que el sujeto no pudo conocer en el momento de actuar⁽²⁷⁾. Se ha dicho igualmente que en el momento de ejecutar la conducta típica es cuando funciona el imperativo que toda norma incorpora, que el resultado no se exige en todas las infracciones y que depende solo parcialmente de la voluntad del autor.

Los verdaderos problemas surgen, en cambio, cuando es la propia conducta típica 56 *la que aparece fragmentada temporalmente* como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva ley durante la ejecución. Ello puede ocurrir cuando entre los diferentes actos parciales que conforman la conducta se produce una sucesión de leyes (por ejemplo, si la ley nueva hubiera entrado en vigor después de activar la bomba, pero antes de ser manipulada por la víctima); y, sobre todo, cuando se trata de infracciones cuya conducta está compuesta por varios actos, se trata de una actividad continuada, habitual o permanente y, en consecuencia, *en desarrollos delictivos de tracto sucesivo que no se adaptan al simple esquema de conducta y resultado.*

En todos estos casos, apelar en términos generales al criterio de la actividad resulta 57 *claramente insuficiente. Puesto que la actividad ha tenido lugar durante la vigencia de ambas leyes,* el delito habría de estimarse cometido en cada una de ellas, lo que impediría resolver, si la ley nueva fuera más gravosa, cuál de las dos se aplicará al supuesto. *La solución de estos supuestos exige, en consecuencia, una concreción ulterior del criterio, que pasa por optar entre el primer o el último momento de la actividad.*

Ahora bien, la solución a la alternativa que plantea el artículo 9 puede buscarse 58 *por dos procedimientos,* que conducen, además, a dos conclusiones absolutamente dispares. *El primero, más correcto, a mi juicio, atendiendo al criterio que resulte más coherente con el fundamento del principio de irretroactividad,* tal y como propone

(27) Vide, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 130; HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 320; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general I*, p. 199; CASABÓ RUIZ, J. y otros, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Op. Cit., p. 35; SILVA SÁNCHEZ, J., "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'Leyes penales en blanco'". En: *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XVI, p. 424 ss.

la teoría de la valoración jurídica, que se acepta de forma generalizada como procedimiento metodológico. *El segundo, partir del concepto vulgar de retroactividad y adoptar a priori el criterio del inicio de la conducta.*

59 Así, en el debate sostenido en España respecto de esta cuestión y el artículo 7 del Código Penal español, que se expresa en términos equivalentes a los del artículo 9 del Código Penal peruano, *en opinión de un autorizado sector doctrinal, este artículo 7 sería es, directamente, un precepto superfluo*, en la medida en que el respeto al principio constitucional de irretroactividad conduce necesariamente a adoptar el criterio del principio de la ejecución. Es más, *en caso de concluirse que el artículo 7 adopta el criterio del último momento de la actividad, debería considerarse claramente inconstitucional*. Basta, pues, con que una parte de la conducta se haya realizado durante la vigencia de la ley derogada para que la posterior no pueda ser aplicada, a menos que resulte más favorable al reo. En nuestro ejemplo, bastaría con que la bomba hubiera sido activada o que una parte de la detención ilegal se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, para que esta no pudiera ser aplicada⁽²⁸⁾.

60 La idea básica que subyace en estas posiciones, aunque no se diga expresamente, es la identificación del concepto de retroactividad como equivalente a toda eficacia “hacia atrás” de la norma. En consecuencia, existe ya retroactividad, según este sector doctrinal, en la consideración de actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor.

61 En mi opinión, esta propuesta debe ser considerada, lógicamente, una posibilidad perfectamente asumible, que ofrece, además, una solución clara, sencilla y, sobre todo, siempre favorable al reo en la práctica. No es, sin embargo, una solución necesaria, ni la única posible, ni tampoco, como veremos, la que resulta desde un punto de vista político-criminal, más correcta, en la medida en que el problema debe centrarse en la eficacia de la norma y no en la vigencia de la misma (desde cuya perspectiva el problema es siempre irresoluble); pero, fundamentalmente, porque dicho concepto de retroactividad penal se corresponde con su acepción vulgar, pero no tiene necesariamente que coincidir, al menos no *a priori*, con la noción técnica de la misma.

(28) Así, GONZÁLEZ RUS, J. / GONZÁLEZ TAPIA, M., “Comentario al artículo 7 del Código Penal”. En: COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, p. 309 ss.; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 201; RUIZ ANTÓN, L., “El principio de irretroactividad de la Ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia”. En: *Poder Judicial*, número especial VI, p. 95 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal español*, p. 122.

Tras el análisis de la jurisprudencia constitucional, que no resuelve, como 62 suele ser habitual, claramente el problema en la medida en que no se refiere a los casos en los que el delito se constituye a caballo entre las dos normas que se suceden⁽²⁹⁾, he llegado a la conclusión de que *la única forma de saber si existe realmente retroactividad en la adopción del criterio del último acto (solución que se ha adoptado de forma generalizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para los delitos de tracto sucesivo)*⁽³⁰⁾ es comprobar si, desde una perspectiva material, su admisión supondría ir en contra del fundamento que ha justificado, desde el periodo liberal, la consagración del principio de irretroactividad como derecho fundamental del ciudadano. Y ello, en coherencia con el método adoptado inicialmente de la teoría de la valoración jurídica, aún a sabiendas de que ello supone abrir la puerta a soluciones más gravosas y que generan, lógicamente, recelos y un instintivo rechazo.

III. El momento final de la actividad como *tempus commissi delicti* en la sucesión de leyes penales

1. Justificación teleológica de los principios básicos del Derecho penal transitorio: la regla general de la irretroactividad penal y la excepción de la retroactividad favorable

El fundamento del principio de irretroactividad penal debe situarse en 63 la actualidad en la garantía de la *seguridad jurídica*. Esta justificación, no obstante, puede considerarse el fundamento genérico del principio de legalidad

(29) No obstante, es muy significativo el tenor literal del artículo 103 de la Constitución Política, en la medida en que, de su tenor literal, parece partir de un concepto claramente restrictivo de la retroactividad, limitando la retroactividad prohibida a lo que entre la doctrina *iusprivativista*, que es la que se ha ocupado con más detenimiento de esta cuestión, al grado máximo. Así como expusiera el ilustre civilista DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, p. 648, entre otros, la retroactividad en grado máximo se produce cuando la ley nueva se aplica tanto a la relación jurídica básica como a los efectos ya producidos durante la vigencia de la ley anterior. La retroactividad en grado medio supone aplicar la nueva ley a efectos nacidos bajo la ley derogada pero que han de ejecutarse bajo la nueva (p. e. intereses vencidos o devengados bajo la ley antigua pero no aún no pagados en el caso de la ley contra la usura). Por último, la retroactividad en grado mínimo, cuando la nueva ley solo se aplica a aquellos efectos que nazcan a partir de su vigencia. En atención a estos conceptos, puede entenderse que, cuando el artículo 103 de la Constitución dice que las leyes se aplicarán “a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos”, parece permitir la aplicación inmediata de la nueva ley, lo que es ciertamente frecuente; así en España, en otros sectores normativos diferentes al Derecho penal.

(30) *Vide*, entre otras, las SSTs de 13 de marzo de 2000 (Aranzadi (Ar.) 2000/2212), fundamento jurídico 3; STS 21 de enero de 2000 (Ar. 2000/875), fundamento jurídico 4; 15 de julio de 1998 (Ar. 1998/5995), fundamento jurídico 2.

en su conjunto, lo que significa que para hallar la verdadera explicación de la prohibición constitucional de retroactividad hemos de aclarar, en realidad, cuál es la vertiente de dicha seguridad a la cual contribuye, de forma específica, el principio de irretroactividad.

64 A este respecto, y sin poder detenernos aquí en el concepto actual de seguridad jurídica, podemos concluir que *el principio de irretroactividad contribuye a su salvaguarda en sus dos planos constitutivos*. Así, desde un punto de vista estructural, la prohibición de retroactividad se dirige a garantizar o, mejor dicho, a *posibilitar el previo conocimiento de leyes y la previsibilidad de las reacciones estatales*, coincidiendo aquí, en consecuencia, con su entendimiento como garantía frente a la aplicación sorpresiva de las leyes penales. Desde esta perspectiva, pues, garantiza la confianza del ciudadano en el Derecho vigente, asegurándole la “certeza de la orientación”, esto es, que pueda conocer en todo momento, y de antemano, las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas que se derivan de su infracción, así como confiar en que si su conducta se adecuaba al Derecho vigente no podrá ser castigado posteriormente con una pena⁽³¹⁾. Desde un punto de vista funcional, que incide en la garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, la prohibición de retroactividad está dirigida a garantizar un aspecto muy concreto de la misma: *la exigencia de objetividad de las leyes*. Conforme a este argumento puede explicarse la extensión de la prohibición de retroactividad a todas las leyes penales, con independencia de su contenido y de si están o no dirigidas directamente al ciudadano. Por ello, en este sentido, la prohibición de retroactividad funciona como una cautela general de política criminal que trata de evitar que la incriminación o la pena puedan decidirse bajo la impresión de los hechos ocurridos o de autores ya conocidos. En cualquier caso, debo añadir que si bien es preciso reconocer la insuficiencia del principio de culpabilidad como fundamento de la prohibición de retroactividad penal en la actualidad, en la medida en que solo puede explicar dicha garantía en los supuestos de nueva incriminación es preciso admitirlo también como fundamento básico del mismo en dicho ámbito, lo que determinará que no pueda considerarse nada de lo realizado con anterioridad a la nueva ley incriminatoria⁽³²⁾.

(31) Cfr., en este sentido, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre 2006, 0012-2006-PI/TC, fundamento § 1.3.17. También STC Exp. N° 08886-2006, PHC/TC, fundamentos jurídicos 3-6.

(32) Cfr. en detalle, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 139 ss.

Pues bien, a partir de este fundamento, tal y como nos proponíamos,⁶⁵ hemos de resolver la alternativa planteada por el artículo 9 que, como se ha señalado, exige optar entre el inicio o el final de la conducta típica como tiempo de comisión del delito. En este sentido, a mi juicio, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, debe considerarse como *tempus commissi delicti* el momento final de la actividad o, en general, el último acto llevado a cabo por el sujeto. En nuestro ejemplo, el delito debe considerarse cometido en el momento en que la víctima manipula el sistema de alarma que origina la explosión; en el caso de la detención ilegal, en el momento en que la víctima del secuestro es liberada, por ejemplo, por la intervención de la policía.

Y ello por las siguientes razones:

a) *En primer lugar*, porque, en mi opinión, dicho criterio se corresponde⁶⁷ con la *interpretación más correcta y plausible* de los términos literales del artículo 9, referido al momento en que el autor o partícipe “ha actuado u omitido”. El legislador, claramente, utiliza una forma pretérita que no tendría sentido alguno referida al momento en que el sujeto comienza la ejecución u omisión típicas. Si el legislador hubiera querido señalar tal instante, al principio de la ejecución, parece lógico que hubiera optado por este término técnico propio de la tentativa o por una expresión similar.

b) *En segundo*, porque considero que dicho criterio *resulta perfectamente*⁶⁸ *coherente con el respeto al principio de irretroactividad*, en el sentido de que con su admisión no se vulneran ninguna de las garantías que justifican su reconocimiento como derecho fundamental del ciudadano (Art. 2.24.d de la Constitución) y como principio normativo básico en un Estado de Derecho (Art. 103 de la Constitución). Este principio, como se sabe, tiene su fundamento más general en la garantía de objetividad de las leyes penales. Se trata de evitar que la incriminación de un supuesto, o la pena asignada al mismo, pueda decidirse bajo la impresión de los hechos ya ocurridos o de autores ya conocidos, lo que no parece plausible que ocurra en el supuesto planteado y que, en cualquier caso, se evita aplicando la segunda ley, solo a quien continúe la ejecución, o la mantenga, tras la entrada en vigor de la nueva ley. Tampoco se vulnera este principio, considerándolo en su sentido tradicional, como una garantía dirigida a evitar que el ciudadano pueda verse sorprendido *a posteriori* por una incriminación o por la agravación de una penalidad que no conocía, ni podía haber conocido, en el momento de actuar.

c) *En última instancia*, la adopción del criterio del último momento de⁶⁹ la actividad se sustenta también en *ulteriores argumentos de política-criminal*.

Así, es el criterio más coherente con la naturaleza preceptiva de las normas penales y con la función preventivo-general asignada a las mismas, que se perdería si el sujeto no se sintiera obligado por lo dispuesto en la norma y pudiera seguir actuando a pesar de la misma. También con el principio de igualdad, que hace difícil explicar porqué dos sujetos actuando en el mismo momento deben responder conforme a dos leyes diferentes; más aún, cuando a quien ha mantenido su voluntad contraria a la norma por más tiempo, que podría sustentar un mayor grado de culpabilidad, resulta premiado en orden a tal circunstancia. Al mismo tiempo, este criterio evita dinámicas de picaresca y de fraude de ley, del que se sabe inmune al mandato reforzado contenido en la nueva norma.

70 Ello, por supuesto, en el entendido de que el principio de culpabilidad impone una clara limitación a dicha regla. Así, en los supuestos de nueva incriminación la aplicación del criterio del último acto de la actividad no puede tener nunca como consecuencia otorgar relevancia jurídico-penal a hechos, actos o circunstancias que con anterioridad a la vigencia de la nueva ley no la tenían. En definitiva, la nueva ley no puede convertir en delictiva la parte de comportamiento realizada con anterioridad, lo que significa que la entrada en vigor de la nueva ley incriminadora es una barrera infranqueable para la retroactividad, en virtud del principio de culpabilidad y, por ello, lo realizado tras su entrada en vigor ha de ser suficiente por sí mismo para integrar el delito. El principio de culpabilidad, por lo demás, también puede justificar la excepción que supone el hecho de que el artículo 9 contemple la posibilidad de un *tempus commissi* autónomo para la participación⁽³³⁾.

71 En definitiva, el tiempo de comisión del delito, a efectos de la sucesión de leyes penales, habrá de ser el del último acto que el sujeto realiza o, en general, el del final de la ejecución delictiva, con independencia de que se haya completado o no la conducta típica, pero siempre y cuando, eso sí, exista al menos un principio de ejecución, es decir, una tentativa. Si el sujeto solo realiza un acto, este habrá de ser necesariamente un acto ejecutivo, sin que los actos

(33) Más ampliamente, ibídem, p. 233 ss. Antes de continuar, no obstante, me gustaría aclarar que el hecho de que a partir del fundamento del principio de irretroactividad no sea posible resolver definitivamente la alternativa técnica que plantea el artículo 9, debe considerarse una consecuencia lógica de la naturaleza del mismo. Se trata de un principio de carácter básicamente político, de garantía del ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado, que puede proporcionar una serie de orientaciones político-criminales y, a lo sumo, límites más o menos precisos a la actividad del legislador (v. gr. la exclusión del resultado), pero no una regla casi matemática que resuelva, con la precisión que aquí se requiere, el problema del tiempo de comisión del delito.

preparatorios puedan tomarse en cuenta, ni siquiera cuando ya se haya iniciado la conducta. Ello se entiende, claro está, sin perjuicio de que se encuentren tipificados de forma autónoma, en cuyo caso habrá de aplicárseles, como a cualquier otra infracción, el artículo 9. Esta es, en conclusión, la propuesta de interpretación del artículo 9 que, a mi juicio, es más correcta dogmática y políticamente⁽³⁴⁾.

2. Aplicación del criterio a las distintas hipótesis delictivas

2.1. El tratamiento de la codelincuencia

El artículo 9 del Código Penal da expresamente un tratamiento diferenciado expreso al autor y al partícipe. El tempus commissi delicti en cada caso habrá de concretarse por el momento en que, de acuerdo al criterio mantenido, cada sujeto haya concluido su conducta.

En el caso del *autor*, el tiempo de comisión del delito se definirá por el último acto de ejecución realizado, con independencia de que se haya completado o no la conducta típica, por ejemplo, concurra una tentativa inacabada. En cualquier caso, deberá considerarse subsistente la ejecución de la conducta en tanto pueda afirmarse todavía la posibilidad de un desistimiento eficaz, p. e. si el sujeto ha colocado una bomba de relojería que tiene una fecha y hora de deflagración, deberá considerarse que continúa ejecutando en tanto que pueda aún desistir, desactivando, p. e. la bomba, y se mantenga en una situación tal que pueda afirmarse que todavía mantiene el control sobre el foco de riesgo.

(34) A favor de este criterio, que tradicionalmente ha sido dominante en Italia, entre otros: FROSALI, R., *Sistema Penale Italiano*, § 140, p. 292; BONINI, R., "Momento del commesso reato". En: *Revista Penale*, p. 1128; MAGGIORE, G., "Successione di Leggi Penali". En: *Nuevo Digesto Italiano*, T. XII, p. 978 ss., p. 981; PAGLIARO, A., "Legge penale nel tempo". *Op. Cit.*, p. 1075; PADOVANI, T., *Diritto Penale*, p. 60; MANTOVANI, F., *Diritto Penale: parte generale*, p. 116. En Alemania, ha de tenerse presente que existe un criterio general a favor del momento de la actividad (§ 8 StGB y que en el § 2 II se opta expresamente por el momento de la terminación del delito en los supuestos de sucesión de leyes modificativas). Claramente a favor del último acto: MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general 1. Op. Cit.*, p. 123; más dudosa es, en cambio, la posición de JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 116-117. En Argentina, a favor: ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, p. 477; en contra FIERRO, G., *La ley penal y el Derecho transitorio. Op. Cit.*, p. 217. En España: a favor, Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coordinadores), *Código Penal comentado*, p. 155; DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho penal español. Parte general*. Volumen 1, p. 306, expresamente para el delito continuado y permanente. Con matices y excepciones en los supuestos de nueva incriminación, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, pp. 197-198. En contra, GONZÁLEZ RUS, J. / GONZÁLEZ TAPIA, M., "Comentario al artículo 7 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 310 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, p. 45.

74 De forma análoga, en el caso del *partícipe*, la determinación del tiempo de comisión del delito coincidirá con el último acto de su aportación.

75 En cualquier caso, a mi juicio, parece claro que en la medida en que el precepto solo ha diferenciado entre la autoría y la participación, debe concluirse que en los supuestos de *coautoría* el tiempo de comisión del delito debe necesariamente ser unitario. Y ello, en atención a que el delito cometido pertenece a todos los coautores por igual y que el régimen de imputación recíproca de las aportaciones que disciplina el régimen de responsabilidad en la coautoría determina que todos y cada uno de los actos realizados se atribuyan y, en este sentido, pertenezcan a todos los coautores por igual, con independencia del coautor que materialmente los haya llevado a cabo en cada caso.

76 Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, dos puntualizaciones que estimo importantes, la primera, que en los supuestos de nueva incriminación, y ello es válido en todos los supuestos, no podrá tomarse en cuenta lo realizado con anterioridad a la nueva ley incriminadora. La segunda, que la necesidad de este criterio común, acorde con las reglas de la coautoría, *no puede suponer convertir el reproche de personal en colectivo*. Así, la validez del último acto de ejecución para determinar el *tempus commissi delicti* no se ve obstaculizada porque resulte inválido para fundamentar la responsabilidad de quien lo realiza, por ejemplo, cuando se lleve a cabo por un coautor en régimen de inimputabilidad o amparado por una causa de no exigibilidad⁽³⁵⁾. Tampoco afectará a la cuestión del *tempus*, aunque sí al reproche individual en sentido inverso a lo anterior, cuando el último acto constituya un exceso del coautor, respecto del acuerdo ejecutivo común. A este respecto no parece imaginable, a no ser que el coautor no realice un exceso, sino otro delito o tentativa de delito, que el último acto realizado por un coautor no suponga una continuación de la ejecución del delito proyectado. Por ejemplo, el coautor encargado de suministrar la siguiente dosis (no letal) decide por su cuenta, sin que los demás lo consientan o siquiera lo conozcan, aumentar la cantidad de veneno, aun suministrándola en el momento previsto, lo que produce la muerte de la víctima. En este caso, no podrá imputarse el asesinato al resto de los coautores (sí una tentativa), pero lo cierto es que el *tempus commissi delicti* habrá de ser el de esta última dosis.

77 En general, siempre que en el momento de la realización del último acto del coautor se pueda seguir afirmando la relación de coautoría entre los distintos intervinientes,

(35) Así, TRÖNDLE, H., En: *StGB. Leipziger Kommentar: Grosskommentar*, § 8, núm. marg. 2. En contra JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 113, para quien en el tiempo de comisión del delito no debe regir el principio de accesoriedad ni en la coautoría, ni en la participación.

seguirá rigiendo el principio de imputación recíproca de las aportaciones y el tiempo de comisión se individualizará conforme a la regla general expuesta para todos los coautores, sin perjuicio del reproche personal que en cada caso corresponda hacer.

En los casos de *coautoría sucesiva*, dado que el acuerdo ejecutivo común 78 puede ser anterior o coetáneo a la realización del hecho, debe mantenerse que, con base en la ratificación y asunción libre y consciente de todo lo realizado con anterioridad por los demás coautores se ha de hacer responder al coautor sucesivo por el conjunto de la ejecución delictiva, sin que pueda afirmarse en estos casos la existencia de culpabilidad *subsequens* alguna.

En los supuestos de *autoría mediata* el tiempo de realización del delito 79 comienza con la actuación sobre el instrumento y acaba, puesto que el hecho es suyo y sin que haya especialidad alguna, cuando termine la actividad del instrumento (que es actividad ejecutiva). El criterio habrá de ser, por tanto, el mantenido en términos generales y determinarse el tiempo de comisión del delito a partir del momento de ejecución del último acto por parte del instrumento. Esta solución se conoce por la doctrina alemana como “teoría de *longa manus*”, si bien, a mi juicio, no es más que una aplicación de la dogmática general de esta figura.

En cuanto a la *participación*, sin perjuicio de considerar personalmente más 80 adecuado y correcto fijar como regla general un único *tempus commissi delicti* para todos los intervinientes, coautores y partícipes, lo cierto es que el artículo 9 del Código Penal obliga a determinar la ley aplicable en el tiempo para el partícipe conforme a un criterio propio. Ello puede determinar, en consecuencia, que se aplique una ley diferente al autor y/o coautores y al partícipe; o leyes diversas para los diferentes partícipes.

Esta solución diferenciadora responde a la aplicación del principio de 81 accesoriedad de la participación que, como señalara PEÑARANDA RAMOS, constituye un favor de limitación de responsabilidad del partícipe, vinculado a la consideración de las normas que incriminan las formas de participación como reglas de extensión de la punibilidad. Así, de acuerdo con la opinión de un sector doctrinal, el principio de accesoriedad de la participación determina en el ámbito del tiempo de comisión del delito la necesidad de establecer una quiebra del mismo y concretar la ley aplicable en el tiempo de forma independiente⁽³⁶⁾.

(36) PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 336 y 243-244.; también OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoría*, pp. 223-227.

82 A mi juicio, no obstante, las correcciones que deben hacerse respecto de la participación en el ámbito del tiempo de comisión del delito a efectos de concretar la ley penal aplicable en el tiempo no provienen de la aceptación o rechazo del principio de accesoriedad, que debe en todo caso mantenerse, sino del respeto del principio de culpabilidad que, como se sabe, es uno de los fundamentos del principio de irretroactividad. En cualquier caso, dado que la ley expresamente ha establecido una concreción independiente del tiempo de comisión del delito para el partícipe esta discusión es *de lege ferenda* y es posible dejarla aplazada en esta sede⁽³⁷⁾.

83 En definitiva, de acuerdo con la solución legal, la ley aplicable al *inductor o instigador* coincidirá con la que esté vigente en el momento en que concluya su actuación sobre el autor, en orden a motivarle para hacer nacer en él la voluntad de cometer el delito o, en un momento posterior, cuando, además de esta actividad, el inductor haya realizado también otros actos de complicidad primaria o secundaria, p. e. entregándose posteriormente el arma que el autor utilizará, realizando acciones de vigilancia, etc.

84 El *cómplice y el cooperador necesario o primario* (Art. 25 CP), igualmente, responderán de acuerdo a la ley que estuviera vigente en el momento de concluir su aportación al hecho.

2.2. El tiempo de comisión en la omisión

85 El artículo 9 CP establece que el momento de comisión del delito omisivo será aquel en el que el autor o el cómplice hayan “omitido la obligación de actuar”.

86 En esta clase de infracciones, de forma análoga al delito de comisión, *el tiempo del delito comienza en el instante en que la acción es exigible ya al sujeto y continúa en tanto subsiste este deber*. Pues bien, en estos supuestos, la posición que mantengo para esta clase de delitos y que entiendo igualmente avalada por el tenor literal del artículo 9, es que el tiempo de comisión del delito coincide con *el último momento en que el autor hubiera podido realizar de forma relevante la acción exigida o el comportamiento que hubiera impedido el resultado en la comisión por omisión*⁽³⁸⁾.

(37) Cfr. Ampliamente GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 129 ss. y p. 284.

(38) Esta puede ser considerada la solución dominante entre la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión. Vide CASABÓ RUIZ, J. y otros, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Op. Cit., p. 41; RODRÍGUEZ

En los supuestos en los que el sujeto actúe finalmente evitando el resultado prohibido, pero habiéndose producido otro (*tentativa cualificada*) y siempre, claro está, que se den los demás requisitos de la comisión por omisión, se aplicarán las reglas generales de la tentativa. En este sentido, si el resultado producido se pudiera atribuir al sujeto en comisión por comisión, el criterio para determinar el *tempus commissi delicti* respecto de ese otro delito sería el que resultara de aplicar de nuevo la regla general: el del último momento de inactividad que dio lugar a este resultado, según venimos exponiendo. Por ejemplo, la madre que por no alimentar a su hijo durante un tiempo evita el resultado de muerte, pero se han quedado secuelas en la salud del bebé (lesiones) que le son imputables a su omisión.

2.3. Delitos de resultado (remisión)

Como se ha venido diciendo a lo largo de esta exposición, los problemas relativos al tiempo de comisión del delito en los delitos de resultado pueden tener lugar en dos situaciones. En primer lugar, en el *delito a distancia*, cuando la sucesión de leyes tiene lugar una vez finalizada la conducta, pero antes de que sobrevenga el resultado. Estas hipótesis, no obstante, vienen directamente resueltas por el artículo 9 al decidirse por la ley vigente en el momento de la ejecución de la conducta típica o de la omisión de la conducta obligada en los delitos de comisión por omisión.

El segundo supuesto que puede plantearse, y sobre el que hemos venido sosteniendo la argumentación de este comentario, cuando la sucesión de leyes tiene lugar durante la propia realización de la conducta. En estos supuestos, nos remitimos a lo expuesto hasta ahora, deberá optarse por la ley vigente en el último acto realizado por el autor o el partícipe.

2.4. Delito continuado

Sin duda alguna, el delito continuado, junto con el delito habitual, es la hipótesis que más difícil se presenta a la hora de resolver la concreción del *tempus commissi delicti*.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del Código Penal, el delito continuado tiene lugar: “Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento

MOURLLO, G., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 129; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 220; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 114, entre otros.

de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. “La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”.

- 92 La unificación en una sola figura de una pluralidad de infracciones ha planteado, y plantea, entre otros muchos, problemas con relación a su fundamento, razón de ser, funciones, relaciones con otras figuras cercanas, prescripción y, por supuesto, ley aplicable en el tiempo y en el espacio.
- 93 En esta sede, como puede entenderse, no puede entrarse en profundidad en tales problemas. El tratamiento del delito continuado y su problemática se justifica, y, por tanto, se limita a solucionar los problemas que pueden plantearse cuando las diferentes infracciones que conforman el delito continuado se cometen bajo la vigencia de dos leyes penales que se suceden.
- 94 De otra parte, será preciso diferenciar claramente entre las *dos hipótesis de delito continuado contempladas en la ley*. Así, pues, de acuerdo con el precepto anteriormente citado, el delito continuado puede conformarse, en primer lugar, cuando con *una sola conducta típica (una “acción” reza el precepto) da lugar a varias violaciones de una misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza*, por ejemplo, cuando un sujeto se apodera de una maleta que contiene objetos pertenecientes a dos sujetos pasivos diversos y que en España darían lugar al denominado concurso ideal propio. En este caso, en puridad, la problemática quedaría circunscrita a localizar la conducta típica y a fijar el tiempo de comisión del delito, de acuerdo con la regla general, en el último momento de la misma, sin considerar el posible resultado o resultados materiales que pudieran producirse.
- 95 La segunda forma de constituirse el delito continuado, coincidente en gran medida en la regulación española de esta figura en el artículo 74 del Código Penal español, es a partir de la *unificación legal de una serie de infracciones estructuralmente independientes (concurso real), pero que vienen vinculadas, por voluntad del legislador, mediante una conexión subjetiva: la misma resolución criminal o dolo conjunto*. Así, por ejemplo, un sujeto que tras falsificar una serie de cheques con la firma del titular los presenta en diferentes ocasiones para su cobro indebido

en el banco: delito continuado de estafa en concurso con un delito de falsedad en documento mercantil.

Esta segunda posible estructura del delito continuado es la que aparece más problemática y la que más fácilmente puede dar lugar a problemas respecto de la determinación de la ley penal en el tiempo. De hecho, en la experiencia española esta figura, junto al delito habitual y al delito permanente, es la que más conflictividad presenta en la práctica de los tribunales.

La resolución de estos supuestos, en cualquier caso, viene en gran medida determinada por la naturaleza que se reconozca a esta figura. A mi juicio, la concepción que mejor refleja su esencia es aquella que le reconoce la categoría de ficción jurídica, que afecta solo a la determinación de la pena, como lo confirma además su tenor literal y su ubicación sistemática dentro de las reglas relativas a la aplicación de la pena⁽³⁹⁾. De acuerdo con esta conclusión, las diferentes infracciones habrán de tratarse de forma individualizada con relación a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en materia de autoría y participación, de formas imperfectas de ejecución ... y también, corresponde añadir ahora, en diversos relativos a la ley penal en el tiempo.

Pues a los efectos que nos ocupan debe *distinguirse, a su vez, dos supuestos:* 98
a) que sucesión normativa afecte a la regulación de las infracciones que conforman la infracción continuada. En este caso, dado que las infracciones, salvo a efectos de pena deben tratarse de forma independiente deben ser consideradas, para calcular su gravedad de acuerdo con la ley que esté vigente en el momento de comisión de cada una de ellas. A partir de ahí, dado que, por definición, la regulación del delito continuado habría permanecido constante, habrá de tomarse la infracción más grave, individualizada de acuerdo con lo indicado, y se determinará la pena del conjunto conforme a la Ley que esté vigente, ahora sí, en el momento en que se realizó la última infracción. Y ello porque, a efectos de pena, el delito continuado debe tratarse como una figura unitaria, como una única infracción⁽⁴⁰⁾.

El segundo supuesto que puede plantearse *(b) es que se modifique la propia* 99
regulación del delito continuado, por ejemplo, con la incorporación del mismo

(39) Cfr., sobre la problemática del delito continuado, por todos: CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito continuado*, *passim*.

(40) Así también CHOCLÁN MONTALVO, J., *El delito continuado*. Op. Cit., p. 411. Más ampliamente, respecto de esta solución y los problemas que pueden plantearse, GONZÁLEZ TAPIA, M., *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Op. Cit., p. 298 ss.

por Ley N° 26758, publicada el 14/03/1997. En principio, hay que poner de manifiesto que en la hipótesis de nueva incriminación del delito continuado no puede afirmarse en todos los supuestos que ello implique una nueva ley desfavorable para el sujeto, en la medida en que el tratamiento penológico del delito continuado, absorción o absorción con agravación, según los supuestos, será normalmente más favorable que el régimen del concurso real de infracciones. Si, en algún caso, sin embargo, la nueva incriminación del delito continuado fuera desfavorable, no podrá ser aplicada en ningún supuesto.

100 Sin embargo, cuando la nueva ley se limite a agravar el tratamiento del delito continuado, ya regulado con anterioridad, por ejemplo, estableciendo una penalidad conjunta más grave, la solución plantea muchas dudas, sobre todo porque una ficción jurídica pueda operar en perjuicio del reo. No obstante, dado que en la continuidad delictiva, como en el concurso de infracciones, nos movemos en el ámbito de la aplicación de la pena y, por disposición legal ha de tratarse el conjunto de forma unitaria. Por ello, ante la alternativa de romper la continuidad delictiva, sin base legal alguna (que además podría perjudicar todavía más al sujeto), lo procedente es aplicar al conjunto de infracciones la ley nueva.

2.5. Delito permanente

101 En el caso del delito permanente, la solución aparece más clara. Con independencia de que se considere que estructuralmente se conforma, a partir de la consumación inicial, por un periodo consumativo o por una ininterrumpida continuación de la conducta típica que en cada momento reproduce la realización del tipo, lo cierto es que la solución de cualquier forma es la misma. Y ello porque en cualquier caso la conducta típica se inicia con el principio de la ejecución y persiste en tanto subsista el voluntario mantenimiento de la situación antijurídica creada por el sujeto. Se tratará, en consecuencia, de aplicar el criterio de la actividad y, sobre este, la opción del último acto realizado por el sujeto para resolver la cuestión.

102 Por tanto, en caso de que durante la realización del delito permanente se produjera una sucesión de leyes penales se procedería de la siguiente forma. Si esta es favorable, habrá de aplicarse en todo caso no por el principio de retroactividad favorable, sino porque es la ley vigente en el momento de comisión del delito. En caso de ser desfavorable, habrá de aplicarse igualmente esta ley. Si la nueva ley incriminara la conducta habría de aplicarse igualmente esta, pero limitada a lo realizado a partir de su entrada en vigor.

En aplicación de este criterio se ha expresado también el *Tribunal Constitucional en un supuesto de desaparición forzada de personas*. Así la STC Exp N° 2488/2002 HC § 7. 26 señala:

“(...) Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24, d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *lex praevia*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

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.

El Tribunal Constitucional, estima, por lo expuesto, que en el presente caso se ha violado el derecho a la verdad, reconocido en el artículo 3 de nuestra Constitución vigente (...).”

Existe un supuesto, no obstante, que suscita importantes dudas. Se trata de aquel en el que la *nueva ley prevé o agrava una cualificación del delito básico fundamentada en el transcurso de un cierto periodo de tiempo*. Así, por ejemplo, imaginemos que una reforma del artículo 152 introdujera un tipo agravado para secuestros que hubieran durado, por ejemplo, más de 15 días. Claramente, en caso de nueva incriminación respecto de la circunstancia de agravación temporal, solo el tiempo transcurrido tras la entrada en vigor de la nueva norma podrá considerarse. En caso de sucesión de leyes meramente modificativa, es decir, cuando, por ejemplo, se incrementa la pena prevista para la concurrencia

de tal circunstancia respecto de la normativa anterior, debe aplicarse la nueva ley, pudiendo modularse la pena si se considera adecuado a esta circunstancia. En caso de que la nueva ley no modifique la pena, sino que establezca un periodo menor de duración para el tipo agravado, por ejemplo, de 15 a 10 días, la solución más acertada es la que propusiera ROUBIER⁽⁴¹⁾ que consiste en aplicar la nueva ley, pero estableciendo un cómputo paralelo para estimar la agravación de carácter temporal. Así, la agravación podrá apreciarse desde que el plazo antiguo o el nuevo, contado a partir de la entrada en vigor de la ley, expiren.

2.6. Delito habitual

- 110 El delito habitual se viene entendiendo como una modalidad delictiva de conducta plural o plurisubsistente, cuyo comportamiento típico viene definido por la realización de varias conductas de la misma especie, que se repiten sistemáticamente a lo largo de un periodo más o menos prolongado de tiempo⁽⁴²⁾. Cuando la conducta o acto parcial, contemplado de forma aislada, no es constitutivo de infracción penal, estamos en presencia de un *delito habitual propio*, cuyo elemento constitutivo básico es, precisamente, la reiteración habitual o profesional de una conducta atípica, como ocurre en el delito de instituciones financieras ilegales del artículo 246. Cuando, por el contrario, cada acto individual es, por sí mismo, constitutivo de otra infracción penal, ya sea de un delito o de una falta, se trata de un *delito habitual impropio*, cuyo comportamiento típico, en principio, no se construye acumulando las distintas infracciones cometidas al modo del delito continuado, sino por la circunstancia misma de la repetición sistemática de la conducta, que opera como una circunstancia específica de agravación por la habitualidad. Hasta donde alcanzo a conocer, el Código Penal no contiene ningún precepto configurado directamente como un delito habitual impropio, es decir, que se refiera directamente a la habitualidad de la conducta típica para configurar la agravación. No obstante, de forma indirecta, a mi juicio, sí que lo contempla en aquellos casos en los que, como en la receptación para el comercio, el legislador se refiere a la realización de la conducta por costumbre o por profesionalidad, esto es, por haber hecho de la realización de dicha actividad un modo de vivir. Y ello, porque este es el fundamento subjetivo que históricamente ha sustentado a la habitualidad de esta clase de infracciones. Puede verse el artículo 195, respecto de la receptación o el artículo 179 circunstancia sexta respecto del favorecimiento de la

(41) ROUBIER, P., *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*. Tomo II, p. 554.

(42) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., p. 442.

prostitución, cuando agrava la pena del autor que «haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida».

Para resolver los problemas derivados del tiempo de comisión del delito en el delito habitual, debe atenderse a la circunstancia de que esta clase de delitos solo existen a partir del acto repetido, típico o no, que permite afirmar la habitualidad. A partir del mismo, y a través de los sucesivos actos, el delito se mantiene en una especie de periodo consumativo análogo al característico del delito permanente⁽⁴³⁾. En atención a esta estructura, el *tempus commissi delicti* será el momento en que se haya realizado el último acto, típico o no, que permite apreciar la habitualidad. Si, por ejemplo, se exigen tres actos para la habitualidad, el tiempo de comisión del delito se identifica con el momento de realizar la conducta o actividad del tercero de ellos. En caso de continuar reiterándose la conducta típica, dado que se comporta como un delito permanente, el tiempo de comisión coincidirá con el momento en que el sujeto ejecuta la conducta correspondiente al último acto que todavía puede integrarse en la serie habitual.

De otra parte, establecido este criterio general, debemos igualmente distinguir varias hipótesis:

a) *La ley nueva crea una nueva figura de delito habitual propio o impropio.* Evidentemente, al tratarse de una nueva incriminación no podrá aplicarse el delito habitual propio o la agravación por habitualidad, a menos que las conductas reiteradas cometidas tras la entrada en vigor de la nueva ley permitan, por sí solas, la apreciación de la figura.

b) *La nueva ley crea un delito habitual respecto de una conducta que con la ley derogada era constitutiva de un delito simple.* A mi juicio, si las conductas continuán siendo punibles, creándose por tanto un delito habitual impropio, deberá aplicarse la segunda ley siempre y cuando el sujeto reitere su conducta a la entrada en vigor de la misma, permitiéndose con ella la apreciación de la habitualidad. Si, en cambio, la penalidad de los hechos individuales se sustituye por un delito habitual propio, por lo general, esta circunstancia favorecerá al responsable, dejando de castigarse las infracciones simples. Si ello fuera así, qué duda cabe de que en todo caso se aplicará la segunda ley. Si ello no fuera así, por ejemplo, se sustituye la penalidad por un concurso real de faltas a un delito habitual propio con penalidad más grave, a mi juicio, aunque la solución es complicada, pero entiendo que deberá aplicarse la segunda ley, cuando

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, A., "Delito de hábito". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VI, pp. 475-477, p. 475; o PETRONE, M., "Reato abituale". En: *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Tomo XI, pp. 189-190.

se haya reiterado la conducta una vez haya entrado en vigor, pudiendo considerarse las conductas anteriores, ya atípicas, a efectos de habitualidad.

- 115 c) *La nueva ley sustituye el delito habitual propio inicial por el castigo simple de la conducta, que pasa a ser típica de forma individual.* Claramente la nueva ley es más gravosa y solo podrá considerarse las realizadas a partir de su entrada en vigor.
- 116 d) *La nueva ley mantiene el delito habitual, pero agrava la penalidad asignada a la misma.* Claramente, en caso de que el sujeto reitere su conducta tras la entrada en vigor de la nueva ley, esta será la aplicable al conjunto y el último acto realizado por el sujeto, el tiempo de comisión del delito habitual.

IV. Bibliografía

- 117 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal español*. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998; BATTAGLINI, Ernesto, “Il luogo e il tempo del commesso reato”. En: *Revista Italiana di Diritto Penale e Processuale* (RIDPP), 1929; BATTAGLINI, Ernesto, “L'estensione Della funzione punitiva del tempo (Art. 2 Cod. Pen.)”. En: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Volumen VI, P.O (Dottrina e Giurisprudenza), Roma, 1930; BONINI, Roberto, “Momento del commesso reato”. En: *Revista Penale*, 1935; CASABÓ RUIZ, José Ramón / CÓRDOBA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo / DEL TORO MARTZAL, Alejandro, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Ariel, Barcelona, 1972; CHOCLÁN MONTALVO, José, *El delito continuado*. Marcial Pons, Madrid, 1997; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch Valencia, 1999; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*. Civitas, Madrid, 1984; DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho penal español. Parte general*. Volumen 1. Imprenta Aguirre, Madrid, 1968; Díez SÁNCHEZ, Juan José, *El Derecho penal internacional (Ámbito espacial de la Ley penal)*. Colex, Madrid, 1990; DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Introduction a l'Etude du Droit Pénal International. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1922; FIERRO, Guillermo, *La ley penal y el Derecho transitorio*. Depalma, Buenos Aires, 1978; FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*. 17ª ed. J.B. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1926; FROSALI, Raúl, *Sistema Penale Italiano*. Volumen 1. UTET, Torino, 1958; GERLAND, Heinrich, *Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzenswurf*. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1919, 1921; GLASER, Stefan, “Les délits á distance”. En: *Revue de droit pénal et de Criminologie* (RDP), Lovaina, 1929; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Proyecto docente*, inédito; GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Teoría de la pena y Constitución”. En: *Estudios Penales y Criminológicos* Nº 7, 1982-1983; GONZÁLEZ RUS, Juan José / GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, “Comentario al artículo 7

del Código Penal”. En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Comares, Granada, 2002; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, “El lugar de comisión del delito”. En AA. VV. *Hacia una Justicia Internacional*. XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000; GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *La prescripción en el Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2003; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*. Traducción y notas de Francesco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984; HUET, André / KOERING-JOULIN, Renée, *Droit Pénal International*. PUF, Paris, 1994; HURTADO POZO, José, *Droit Pénal. Partie Générale 1: Notions fondamentales et loi pénale*. Editions Universitaires, Friburgo, 1991; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Conclusiones”. En: *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1883-1885, septième année, Librairie Européenne C. Muquardt, 1885; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. 3ª edición. Tomos II: El delito y III. Losada, Buenos Aires, 1965; LEONE, Mauro, *Il tempo nel Diritto Penale sostantivo o processuale*. Casa Editrice Dott, Napoli, 1974; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinadores), *Código Penal comentado*. Akal, Madrid, 1990; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1996; MAGGIORE, Giuseppe, “Successione di Leggi Penali”. En: *Nuevo Digesto Italiano*, T. XII, P. I; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale: parte generale*. 3ª edición. Cedam, Padova, 1992; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general I*. Astrea, Buenos Aires, 1994; MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana de 1933 por RODRÍGUEZ MUÑOZ. Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1935; MIKLISZANSKI, M., “Le lieu du délit en Droit Pénal International”. En: *Revue Internationale de Droit Pénal*, 13e année, Marchal et Billard, Paris, 1936; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996; OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*. Edersa, Madrid, 1999; PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*. 2ª edición. Giuffrè, Milano, 1993; PAGLIARO, Antonio, “Legge penale nel tempo”. En: *Enciclopedia del Diritto* T. XXIII; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos, Madrid, 1990; PETRONE, Marino, “Reato abituale”. En: *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Tomo XI, 1996; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general: fundamentos científicos del Derecho penal*. 3ª edición. Ariel, Barcelona, 1996; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Delito de hábito”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VI. Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1975; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*. Tomo II. Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general I*. Civitas, Madrid, 1977; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Lugar del delito”. En:

Nueva Enciclopedia Jurídica Seix T. XV, Barcelona, 1974; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo / JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José, “Notas”. En: MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I (traducción de la 2ª edición alemana –1933– por RODRÍGUEZ MUÑOZ). Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935; ROUBIER, Paul, *Les conflicts de lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*. Tomo II. Sirey, Paris, 1933; RUIZ ANTÓN, Luis, “El principio de irretroactividad de la Ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia”. En: *Poder Judicial*, número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, 1989; RUIZ ENRÍQUEZ, Carmen, *El Derecho penal internacional español*. Comares, Granada, 1988; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Eficiencia y Derecho penal”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Fascículo 1, 1996; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘Leyes penales en blanco’”. En: *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XVI, 1993; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1981; SINISCALCO, Marco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*. Giuffrè, Milano, 1987; SINISCALCO, Marco, “Locus commissi delicti”. En: *Enciclopedia del Diritto* Tomo XXIV, Milano, 1974; TRÖNDLE, Herbert, En: *StGB. Leipziger Kommentar: Grosskommentar*. 10ª Aufl., Berlin-New York, 1977; TSARPALAS, Angelos, *Le moment e la durée des infractions pénales*. Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, Paris, 1967; VON HIPPEL, Entwurf, “Zeit und Ort der Handlung”. En: *ZStW* N° 37, 1917; ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 1986.

CAPÍTULO III APLICACIÓN PERSONAL

§ 10
Principio de igualdad en la aplicación de la ley penal

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

	Sumario			Nm	P
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	459	2.1. ¿Implican las pre-		
II. El principio de igualdad			rogativas un trato dife-		
ante la ley en la perspec-	4	460	renciado en la aplica-	33	474
tiva constitucional.....			ción de la ley?.....		
III. El principio de igualdad			2.2. Naturaleza y clases	34	474
ante la ley en la normativa			de prerrogativas		
internacional.....	10	463	V. El principio de igualdad		
IV. El principio de igualdad			ante la ley en la jurispru-		
ante la ley en el ordena-			dencia del Tribunal Cons-		
miento jurídico-penal.....	27	470	titucional.....	37	475
1. Regla general	29	471	VI. Bibliografía.....	44	478
2. Regla especial (prerro-					
gativas en virtud de la					
función).....	33	474			

§ 10.- Principio de igualdad en la aplicación de la ley penal

“La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”.

I. Introducción

En un Estado Democrático y Social de Derecho la igualdad ante la ley ¹ constituye un principio básico, en tanto su vigencia permite que todos los ciudadanos vivan en condiciones de libertad, igualdad y de bienestar.

En el ámbito punitivo la igualdad ante la ley busca establecer el máximo ² de garantías posibles y un mínimo –y si es posible su desaparición– de desigualdad y discriminación frente a la ley penal. Para ello, habrá de tomarse en cuenta no solo el reconocimiento formal de un principio de igualdad inherente a todo Derecho penal democrático (sea de un país desarrollado o no); sino también la realidad material de cada país y contexto social concreto en que se va a aplicar la ley. En tal contexto, las exigencias del principio de igualdad ante la ley penal obliga a que se considere la existencia de grupos culturales

totalmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas. Ello tiene repercusión no solo en el ámbito del sujeto responsable, esto es, a nivel de las definiciones de inimputabilidad, sino ya en el injusto, o bien el problema de cuáles son los derechos defendibles en la legítima defensa.

- 3 Atendiendo a estas consideraciones, en los cinco ítems siguientes desarrollaremos el principio de igualdad ante la ley penal. En el ítem II, se analizará el principio de igualdad ante la ley penal desde la perspectiva constitucional; en el epígrafe III, dicha institución será estudiada desde la óptica de los instrumentos jurídicos internacionales a los cuales está vinculado el Perú; en el punto IV, se dilucidará el principio de igualdad ante la ley conforme a las normas ordinarias vigentes de nuestro ordenamiento jurídico interno; por su parte, en el punto V se exponen e interpretan las líneas más importantes que ha seguido el Tribunal Constitucional en la problemática en cuestión.

II. El principio de igualdad ante la ley en la perspectiva constitucional

- 4 El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993 señala que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Una lectura simple y correcta de este precepto es que constituye una de las vértebras del ordenamiento jurídico, sobre todo, en el ámbito de formulación y aplicación del Derecho positivo⁽¹⁾. En tal contexto, el texto constitucional referido al principio de igualdad ante la ley tiene que entenderse en un sentido formal y material, esto es, que su vigencia abarca tanto el momento legislativo como el momento de aplicación.
- 5 La consagración formal significa que el legislador se encuentra vinculado a tratar por igual a todos los ciudadanos en el momento que elabora el texto legal⁽²⁾. Ello implica que el legislador está obligado a emitir leyes —y en general cualquier tipo de normas— generales y abstractas, de modo que tengan un alcance universal, pues se trata de proteger, fundamentalmente, la igualdad entre todos los hombres. En este contexto, la igualdad ante la ley se entiende como una consecuencia de la generalidad y abstracción de la norma, con una eficacia *erga omnes*, que implica el sometimiento igual de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico, así como el derecho que todos tenemos a recibir la

(1) ASÍ, PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, p. 20 ss.

(2) *Vide* BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, p. 72. También, Cfr. SOSA SACIO, J., “Igualdad ante la ley”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, p. 52.

protección de los derechos que dicho ordenamiento nos reconoce. Ahora bien, lo expuesto no significa que los legisladores, al momento de legislar, deben dejar de lado las particularidades sustanciales de la realidad social; por el contrario, están obligados a realizar el valor igualdad, mediante la distinción de los rasgos o características de los ámbitos que son objeto de regulación normativa⁽³⁾. Para ello, debe conocer la *realidad social* y, a partir de ello, dar normas con carácter general y abstracto.

Por su parte, el principio de igualdad ante la ley en su sentido material ⁶ significa que las autoridades —y en general todos aquellos que tienen competencia de aplicar la ley— ⁽⁴⁾ hagan todo lo posible para conseguir que quienes estén en distinta situación jurídica sean tratados de manera distinta, y quienes se encuentran en la misma situación, sean tratados de manera semejante. El criterio de análisis de una desigualdad como razonable comporta una ponderación sustantiva de las situaciones sociales a las que se aplica la norma⁽⁵⁾. Y es que, como ya se ha mencionado, el principio de igualdad en su ámbito aplicativo no se entiende, únicamente, en sentido formal, como igualdad de todos los hombres ante todas las normas, sino como una institución que protege las diferencias reales entre grupos sociales o personas⁽⁶⁾. Por esta razón, es *conditio sine qua non* que exista un trato uniforme pero diferente⁽⁷⁾ y, con ello, una justicia *igulitaria real y efectiva*⁽⁸⁾.

(3) Cfr. GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 50.

(4) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*. Op. Cit., p. 72.

(5) Cfr. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p. 42.

(6) BRIESKORN, N., *Filosofía del Derecho*, p. 115. refiriéndose al principio de igualdad, en todo el ordenamiento jurídico, sostiene que este supone: “[E]n iguales condiciones, reconocidas como relevantes, han de establecerse iguales consecuencias jurídicas principio que se transgrede cuando: a) en estados de causa considerados como diferentes se aplica la misma consecuencia jurídica; b) el estado de causa como a) va provisto con una consecuencia jurídica diferente para determinados grupos de población, cuando, por ejemplo, se excluye a una etnia de la equiparación en la que había estado hasta un determinado momento y se la obliga a unos impuestos suplementarios; c) condiciones iguales, reconocidas como relevantes van provistas con consecuencias jurídicas desiguales; tal ocurre, por ejemplo, cuando casos equiparables unas veces son tributarios y otras libres de impuestos; d) la forma e importancia de la consecuencia jurídica se confían en un principio a una instancia no controlable o a varias instancias, que incluso pueden cambiar; aquí entran la arbitrariedad en el juicio y la aplicación inadecuada de los principios de legalidad y oportunidad”.

(7) Cfr. GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”. En: *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tomo I, p. 177.

(8) Al respecto, la STC español Nº 127/87 establece que “el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado Social y Democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad (artículo 1) a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 127/87, fundamento jurídico 7).

- 7 De lo estipulado por el inciso 2 del artículo 2 se extrae que el contenido de este precepto es una cláusula abierta, en tanto prohíbe la discriminación no solo por las razones que aparecen allí mencionadas de manera expresa, sino en todos aquellos supuestos que impliquen un trato desigual y arbitrario ante la ley.
- 8 A la luz del texto literal del artículo 2, no es posible tratar discriminatoriamente⁽⁹⁾ a las personas por razones que están vinculadas a sus diferencias *raciales*, de *sexo*, *idiomáticas*, *religiosas*, *económicas*, etc. Ello significa que para el precepto constitucional aludido es irrelevante que unas personas respecto de otras tengan o no solvencia económica, que cultiven diferentes religiones, que hablen distintos idiomas, etc. El trato igualitario ante la ley no depende de la mayor o menor capacidad económica que ostente una persona, tampoco está sujeto al cultivo de una determinada religión, si es varón o mujer, si habla español u otro idioma. El principio de igualdad ante la ley está vinculado a la situación jurídica en que se encuentra esta frente al Derecho (en este caso, frente a la ley). En este contexto, puede suceder que una persona tenga mayor solvencia económica que otra, pero ello no implica que quien tiene mayor solvencia económica goce de privilegios frente a la norma en perjuicio del menos pudiente. En el mismo sentido, puede ocurrir que quien aplica la ley sea un sujeto católico, y a quien se aplica sea musulmán o judío, sin embargo, ello no implica que el judío o el musulmán deben ser tratados de manera desigual (de forma peyorativa) respecto del católico, por el simple hecho de que quien aplica la ley y justiciable cultivan la misma religión.
- 9 Por su parte, atendiendo al sentido teleológico –aunque no está consagrado literalmente– del precepto constitucional referido, se infiere que también se prohíbe el trato desigual por razón de que las personas tienen distinta orientación sexual, esto es, no se puede, aplicar de manera desigual solo porque a quienes se aplica son homosexuales o heterosexuales. Pues bien, de la misma manera que esta situación no se encuentra regulada de manera expresa en la Constitución, existen otras que, pese a no estar reguladas de forma taxativa, sí están protegidas constitucionalmente e incluso –como veremos más adelante– por normas internacionales de las cuales el Perú es parte. Entre estas se encuentran la no discriminación por motivos de nacionalidad, nacimiento, procedencia social, etc.

(9) En el mismo sentido, SOSA SACIO, J., "Igualdad ante la ley". *Op. Cit.*, p. 49.

III. El principio de igualdad ante la ley en la normativa internacional

El principio de igualdad ante la ley se encuentra regulado en varios instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Entre estos instrumentos se puede mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, etc., Veamos brevemente cada uno de ellos.

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1888 consagra el principio de igualdad ante la ley tanto en el preámbulo como en los artículos 2 y 10. En el preámbulo se prescribe que “(...) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre (...) y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Como puede observarse, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra la institución jurídica de igualdad ante la ley como principio general que fundamenta la organización política y jurídica del Estado y de la sociedad, pues se postula que la igualdad ante la ley es imprescindible no solo para el progreso social, sino también para la existencia y desarrollo de la libertad. En otras palabras, conforme a lo establecido por el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la igualdad ante la ley es una piedra angular del Estado y la sociedad civil, pues representa la liberación del hombre de la barbarie, del temor y de la miseria. En síntesis, la igualdad ante la ley constituye un presupuesto de la paz, la justicia y la libertad de los hombres que viven en sociedad.

El artículo 2 contempla la igualdad ante la ley bajo la fórmula de no discriminación por motivo de raza, color, sexo, etc. De forma similar al texto constitucional peruano, prescribe que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Como ya hemos referido, de manera idéntica a la Constitución peruana este texto legal proscribía que en el ámbito penal –y en general en todos los ámbitos– se realice un trato discriminatorio o desigual a las

personas que poseen un mismo estatus jurídico. En el ámbito penal, prohíbe que los jueces, fiscales, miembros de la Policía Nacional, funcionarios y trabajadores del sistema penitenciario, y en general todos aquellos que aplican la ley en materia punitiva, traten con prerrogativas o discriminatoriamente a determinadas personas por razón de su raza, religión, opinión, color, sexo, idioma, etc. En tal sentido, por ejemplo, no se podrán solicitar (en el caso del fiscal) o dictar (en el caso del juez) mandatos de detención o penas que estén vinculados con las cualidades personales antes descritas. Si se hacen, se quebrantará el principio de igualdad (y otros principios) y, de forma paralela, el juez y el fiscal posiblemente habrán cometido, entre otros, el delito de prevaricato.

- 13 Por su parte el artículo 10 establece que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Sobre este texto normativo, cabe precisar dos cuestiones. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con el preámbulo, el artículo 10 ya no regula la igualdad de las personas ante la ley como un principio, sino como un derecho fundamental, lo cual significa que los ciudadanos tienen la facultad de exigir a quienes aplican la ley que no se les trate con privilegios o de manera discriminatoria respecto de sus pares que se encuentran en la misma situación jurídica. En segundo lugar, el artículo 10 regula la igualdad ante la ley de forma más específica: lo enmarca en el ámbito de los tribunales de justicia a efectos de que los justiciables puedan ser escuchados sin discriminación por los miembros del Tribunal, de modo que la determinación de los derechos u obligaciones —en el Derecho civil, administrativo, tributario, etc.— y la responsabilidad penal o absolución —en el Derecho penal— estén impregnados de legalidad y justicia. Sin embargo, como lo indica el propio nombre del instrumento jurídico analizado (Declaración Universal...), lo regulado aquí solo tiene carácter declarativo, lo cual implica que si bien la igualdad ante la ley es regulada en relación al derecho de ser escuchado, no existe inconveniente para que se aplique respecto de los demás derechos.

- 14 B) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el principio de igualdad ante la ley penal en los artículos 2, 3, 14 (incs. 1 y 3) y 4 (inc. 1).

- 15 Los artículos 2 y 3 regulan la igualdad ante la ley como un principio fundamentador de un Estado y sociedad de libertades, esto es, como principio que fundamenta el Estado social y democrático de derecho. Así, el primero de los preceptos citados, en su inciso 1, señala que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos

los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". En el mismo sentido, el artículo 3 establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto". Es evidente, que estos artículos tienen el mismo tenor del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, trata al instituto de la igualdad ante la ley no solo como un principio que estructura el sistema penal, sino todo el andamiaje del sistema jurídico-político del Estado Social y Democrático de Derecho. Con ello, se deja sentado que todos los Estados integrantes están obligados a crear las condiciones necesarias de igualdad a efectos de que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales (y de más derechos) sin restricciones arbitrarias. Ello, implica que el principio de igualdad ante la ley vincula a todas las instituciones que estructuran el Estado, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, etc. A partir de aquí, quedan a salvo la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos (v. gr., el derecho a ser elegido, el derecho a elegir, derechos a revocar autoridades, etc.) y los derechos civiles (por ejemplo, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad —todo tipo de libertades—, el derecho a la propiedad, etc.).

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar el énfasis que ha puesto el artículo 2 a la no discriminación o trato desigual a las personas. A diferencia de la Constitución —y de conformidad con el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, señala en forma expresa que no se puede privar a las personas de sus derechos civiles y políticos por motivos relacionados con *el color, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social*". Esta prohibición de discriminación que se basa en las razones expuestas implica que, en el ámbito del sistema punitivo, está prohibido, por ejemplo, que se establezca un Derecho penal de autor al modo de LOMBROSO o GARÓFALO. De manera más precisa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe que se califiquen como delincuentes a las personas —y, en consecuencia, se restrinja su libertad— solo porque se tiene procedencia extranjera, se pertenece a familias de pobre condición económica, se es descendiente de padres que han delinquido, se ha nacido en la cárcel, etc. Y es que las imputaciones penales en el Derecho penal democrático —lo cual ha sido recogido por el PIDCP— no se fundamenta en la personalidad del sujeto, en las carencias económicas, en la relación de sangre, en el origen, etc., sino en procesos comunicativos concretos que crean riesgos prohibidos para la paz social.

17 Por su parte, siguiendo la misma orientación del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 (inc. 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. En torno al inciso 1 de este dispositivo, es pertinente desarrollar dos cuestiones. La primera está referida a que este cuerpo normativo supranacional consagra el principio de igualdad ante la ley en el mismo sentido del artículo 10 de la Declaración Universal, es decir, le otorga la calidad de derecho fundamental. Pues bien, haciendo una interpretación sistemática de este precepto y del artículo 2, se infiere que, conforme a este instrumento jurídico, los ciudadanos también tienen la potestad de exigir a los funcionarios o autoridades aplicadores de la ley que sus funciones (aplicar la ley) las lleven a cabo sin tomar en consideración los aspectos religiosos, raciales, ideológicos, económicos, etc., de las personas a quienes aplican la ley. Por lo que concierne a la segunda cuestión, esta se encuentra relacionada con la regulación específica que se hace de la igualdad ante la ley: pone énfasis en la administración de justicia; por tal razón, basta con señalar que esta posee la misma naturaleza y alcances que el artículo 10 de la Declaración Universal, lo que nos exime de referirnos nuevamente en este punto.

18 Mención aparte merece el inciso 3 del artículo 14, debido a que en este inciso se establecen de forma clara e indubitable los derechos fundamentales que tienen todas las personas a las cuales se les imputa algún delito. A decir de este dispositivo: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; e) A ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; f) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; g) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla

el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. De todos estos derechos fundamentales nos ocuparemos en otro lugar, por el momento es suficiente resaltar que ninguno de estos derechos pueden ser restringidos a determinadas personas solo porque estas poseen una distinta religión raza, color, sexo, idioma, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

No menos importante es el artículo 26. En aquella disposición se prescribe que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Queda claro que, por mandato de este imperativo, todas las personas gozan de igual protección en todos los ámbitos de los sistemas jurídico y político. En materia punitiva, en virtud de este precepto, todas las personas, sin distinción alguna, tienen la garantía de que no se les someterá a situaciones discriminatorias de ninguna índole. Esto implica que las medidas que se apliquen a una persona en todos los niveles del sistema punitivo (policial, judicial, penitenciario, legislativo, etc.) tienen que sujetarse a solo a la ley. Lo demás es arbitrariedad.

Finalmente, no podemos dejar de referirnos al carácter inalienable o impositergable que, en la perspectiva del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, posee el derecho y/o principio de igualdad ante la ley y la correlativa no discriminación de las personas por motivos de raza, religión, sexo, etc. En este precepto se consagra la vigencia de la igualdad ante la ley —como derecho y como principio— y la no discriminación de las personas que se basan en razones anteriormente ya expuestas bajo cualquier circunstancia; incluso, aunque esté en peligro la vida jurídico-política del propio país o Estado. Y es que, según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los derechos de naturaleza política y de índole civil pueden suspenderse solo en situaciones excepcionales que están relacionadas con la extinción de la nación; sin embargo, en ningún caso podrán suspenderse tales derechos cuando ello implica discriminar a las personas por motivos religiosos, económicos, políticos, entre otros. En efecto, el artículo 4 del cuerpo legislativo citado precisa que: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente

limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

- 21 C) Otro documento internacional donde está positivado el principio de igualdad ante la ley es la Carta de la Organización de Estados Americanos. Este documento en su artículo 45 prescribe que: “(...) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”. Sobre este instrumento internacional, solo cabe indicar que consagra la igualdad ante la ley como un derecho básico, cuya radio de acción pertenece a todo el sistema jurídico-político. De este modo, los Estados partes que integran la OEA –y por añadidura sus autoridades– están obligados a viabilizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos que se encuentran en su jurisdicción, pues es la única forma en que se pueden materializar los derechos fundamentales que consagran las diversas constituciones. En tal sentido, la Carta de la Organización de los Estados Americanos también vincula a que la ley (penal, civil, administrativa, tributaria, etc.) se aplique por igual a todas las personas, por encima de sus diferencias religiosas, económicas, de sexo, nacionalidad, etc.
- 22 D) Pero el principio de igualdad ante la ley también se encuentra reconocido en diversas Declaraciones de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 redactó un documento sobre *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*. Este documento fue aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en sus resoluciones 663c (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Este instrumento jurídico, en su ítem 6.1 de la primera parte, señala que es un principio fundamental “(...) no hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera (...). Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso”. Este mismo instrumento jurídico, a través de su apartado 38.2, regula el principio de igualdad ante la ley bajo la fórmula siguiente: “Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas

facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos”.

Del mismo modo, la Resolución N° 45/111, de 14 de diciembre de 1990 ²³ de la Asamblea General adopta y aprueba los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*. Esta resolución, en su párrafo 2 establece que: “No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores”. Seguidamente, en su párrafo 3 señala que: “Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar”. No es difícil darse cuenta de que la presente resolución ha diseñado el principio de igualdad ante la ley de los reclusos en función de lo regulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues desarrolla de manera programática y específica el deber que tienen las autoridades judiciales y de los centros penitenciarios de no discriminar a los reclusos por razones de raza, color, sexo, idioma, religión. En ese sentido, las autoridades competentes (v. gr., directores de los centros penitenciarios, jueces, etc.) que aplican la ley a los reclusos están impedidas de denegar los beneficios penitenciarios (por ejemplo, libertad condicional, semilibertad, etc.) basadas en motivos arbitrarios como los que señala la resolución, y pese a que los reclusos sí cumplen con los requisitos legales.

Por otro lado, la Resolución N° 43/173, de 9 de diciembre de 1988, de la ²⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas ha establecido un *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. El principio quinto de esta resolución establece que: “1. Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad”. En el texto de esta resolución existen dos cuestiones que cabe resaltar. Veamos.

25 Primero: consagra el principio de igualdad ante la ley de todas las personas que han sido privadas de su libertad por orden de una autoridad competente. A diferencia de la resolución analizada precedentemente, esta no restringe la vigencia del principio de igualdad ante la ley solo al ámbito de las personas que se encuentran en la cárcel, sino que extiende su vigencia y alcance al ámbito policial (permanencia del detenido en la comisaría), al ámbito fiscal (permanencia del detenido en el Ministerio Público), al ámbito judicial (permanencia del detenido en establecimientos del Poder Judicial, por ejemplo, la carceleta del Palacio de Justicia).

26 Segundo: se establece lo que ya fue expuesto al inicio: la vigencia del principio de igualdad ante la ley mediante su manifestación de “tratar en forma desigual a los desiguales”. Como ya hemos referido *supra*, el principio de igualdad ante la ley exige que quienes se encuentran en distinta situación jurídica frente a la norma deben ser tratados de forma distinta. Esta exigencia, en la resolución comentada se expresa mediante el mandato que se hace a las autoridades competentes (policías, fiscales, jueces, funcionarios de los centros penitenciarios, etc.) de tratar de forma diferenciada a las mujeres respecto de los hombres, a las mujeres embarazadas respecto de las mujeres que no se encuentran en gestación, a las madres lactantes respecto de las madres que se no encuentran en tales circunstancias, a los niños respecto de las personas mayores de edad, etc. Conforme a ello, las mujeres no pueden ser ubicadas conjuntamente con los hombres (por ejemplo, encerrados en la misma celda), las mujeres en estado de gravidez no pueden ser sometidas a medidas reglamentarias que en circunstancias normales no representan riesgo alguno para la salud, pero que sí son riesgosas para las mujeres embarazadas de que se produzca un aborto, etc. Todos estos tratos diferenciados no se constituyen discriminación o violación del principio de igualdad ante la ley, ya que están fundados en la naturaleza de las cosas y circunstancias accidentales, mas no en razones arbitrarias.

IV. El principio de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico-penal

27 En los epígrafes I y II, ya hemos referido que el principio de igualdad ante la ley que consagra la Constitución rige en todo el ordenamiento jurídico, sin embargo, en esta ocasión solo desarrollaremos los pormenores del principio de igualdad ante la ley en el sistema punitivo.

28 Dicho esto, cabe señalar que el principio constitucional de igualdad ante la ley tiene aplicación directa, inmediata y obligatoria en las tres ramas del

ordenamiento jurídico-penal: en el Derecho penal material, en el Derecho procesal penal y en el Derecho penitenciario.

1. Regla general

La vigencia en el Derecho penal material significa que, por imperio de la 29 Constitución y de las normas internacionales, los legisladores y quienes aplican la ley (por ejemplo, jueces y fiscales) tienen, respectivamente, el deber de elaborar y aplicarla la ley, sin atender a las consideraciones personales de índole racial, económica, sexual, religiosa, etc. En ese sentido, el legislador está en la obligación de elaborar leyes penales de carácter general, mas no de carácter personal. Así, por ejemplo, no se pueden crear delitos religiosos, cuyo desvalor jurídico penal radique en la práctica de una religión distinta a la católica; de la misma manera, el legislador tampoco puede crear injustos penales cuyo fundamento exprese la censura de las opiniones discrepantes; asimismo, no se pueden criminalizar la homosexualidad, etc. En todos estos supuestos, la prohibición de crear este tipo de delitos radica no solo en que se estaría violando el principio de igualdad ante la ley, según el cual todas las personas —independientemente de sus diferencias raciales, religiosas, de opinión, orientación sexual, etc.— se encuentran protegidas por el Derecho, sino también la violación de sendos derechos constitucionales. A saber, los delitos religiosos violarían el derecho a la libertad de culto (Art. 2, inc. 3), los delitos de opinión socavarían el derecho a la libertad de opinión (Art. 2, inc. 4), y los delitos de homosexualidad quebrantarían el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2, inc. 1).

Pero, como decíamos, el principio de igualdad ante la ley en el Derecho 30 penal material también tiene carácter vinculante a nivel de su aplicación. Esto significa que los jueces y fiscales están impedidos de tratar discriminatoriamente a las personas por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc., por el contrario, tienen el deber aplicar la ley de manera igual. Veamos lo expuesto en un ejemplo: Dos personas (una homosexual y una heterosexual) cometen la misma clase delito: contra la indemnidad sexual de menores de edad. El sujeto homosexual (de sexo masculino) violenta la indemnidad sexual de un niño; mientras que el sujeto heterosexual (también de sexo masculino) lesiona la indemnidad sexual de una niña. En este supuesto, las autoridades competentes que aplican la ley (v. gr., el fiscal y el juez) no tienen por qué imponer medidas procesales o penas más graves a la persona homosexual, en virtud de que son homofóbicos. La opción homosexual no constituye razón jurídico-penal para que se trate más gravemente a quienes cultivan una tendencia sexual diferente, pues ser homosexual no es

una agravante en los tipos penales contra la indemnidad sexual y, en general, en ninguna clase de delitos. Del mismo modo, ser homosexual tampoco representa una amenaza contra la administración de justicia, por lo que tampoco pueden endurecerse las medidas procesales (v. gr., privación preventiva de la libertad) por razones que se fundamentan en cuestiones homofóbicas. De esta manera, en los supuestos referidos, el juez y el fiscal se encontrarán obligados a tratar de manera igual a los dos sujetos activos que agredieron la indemnidad sexual de los menores de edad, pues de lo contrario estarían infringiendo el principio-derecho constitucional de igualdad ante la ley.

31 Sin embargo, cabe precisar que lo acabado de referir no enerva la posibilidad de que, atendiendo a consideraciones materiales concurrentes en la comisión del hecho delictivo (v. gr., menor culpabilidad o ausencia de culpabilidad), el juez y el fiscal sean más flexibles con algunas personas, pese a que cometen la misma clase de delito. Pero, en tales supuestos, las personas ya se encontrarán en distinta situación jurídica frente a la norma y, en consecuencia, tendrán que ser tratadas de manera distinta, porque aquí el principio de igualdad ante la ley se expresa mediante el trato diferenciado. Ello, se debe a que la distinta o desigual situación jurídica de las personas frente a la norma fundamenta correlativamente un trato desigual o diferenciado. Ilustremos lo dicho con dos ejemplos: a) dos personas mayores de edad matan libremente a un tercero, b) dos personas (una mayor de edad y otra menor) roban el dinero de un banco. En el primer caso, los dos sujetos tendrán que ser procesados y sancionados en los fueros del Derecho penal, por el delito de homicidio debido a que los dos sujetos se encuentran en la misma situación jurídica frente a las normas penales, esto es, los dos son mayores de edad y los dos han matado en forma libre, lo cual fundamenta un trato igual. En consecuencia, al margen de sus igualdades o desigualdades económicas, religiosas, o de orientación, el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley se materializará cuando a los dos se les imponga una pena y una reparación civil. Del mismo modo, en el segundo caso, la igualdad frente a la ley no se determinará en función de la igualdad o desigualdad económica de dichos sujetos, sino de la situación jurídica en que estos se encuentran frente al sistema jurídico-penal. Con ello, la igualdad ante la ley, consistente en someter a los sujetos a los fueros del Derecho penal, vendrá marcada por la situación jurídica que ocupan los mismos. En tal sentido, solo se someterá al Derecho penal a quien goza de mayoría de edad, mientras que al menor de edad se le aplicarán las normas correccionales de menores⁽¹⁰⁾. Todo ello

(10) En el mismo sentido, el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal, de 18 y 19 de julio de 2007, refiriéndose al primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, señala que: "El fundamento por el cual al agente se le puede reducir prudencialmente la pena cuando tiene la condición de

en virtud de que los sujetos implicados se encuentran en distinta situación jurídica (el Derecho penal se dirige solo a ciudadanos mayores de edad) y, en tal sentido, la igualdad significa que sean tratados de manera distinta, esto es, sin tomar en consideración sus capacidades económicas, sus orientaciones sexuales, sus opiniones divergentes, sus creencias religiosas, etc.

Todo lo expuesto significa que las diferencias religiosas, económicas, ³² raciales, etc. que puedan existir entre las personas no pueden ser causa de que estas sean tratadas de manera desigual frente a la norma⁽¹¹⁾. Ello obedece a que la mayor o menor solvencia económica, el cultivo de diferentes religiones, la discrepancia de opinión, la distinta orientación sexual, etc., de las personas no fundamentan un trato desigual o discriminatorio (ni a favor ni en contra) frente a la ley⁽¹²⁾, ya que estas diferencias no se encuentran previstas en la ley como causas objetivas que fundamentan una aplicación diferente de la ley. Por el contrario, constituyen inclinaciones subjetivas que desvaloran arbitrariamente las cualidades de las personas que están amparadas por la Constitución, por lo que en tales supuestos no cabe hablar de un proceso diferenciador de trato válido⁽¹³⁾. De ahí que, por ejemplo, quien tiene menor capacidad económica no puede ser discriminado o relegado frente a quien tiene mayor capacidad⁽¹⁴⁾. En el mismo sentido, quien cultiva una religión distinta a la católica no puede ser discriminado por el solo hecho de ejercitar su derecho constitucional de libertad de culto. Y es que, como hemos referido, tanto quienes cultivan una religión distinta a la religión católica, como quienes provienen de raza distinta (por ejemplo, personas de color blanco frente a personas de otro color), y tanto los heterosexuales como los homosexuales, etc., se encuentran en la misma situación jurídica frente a la ley. En consecuencia, tienen que ser tratados de manera igual.

imputable restringido por contar con más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad (...) que se encuentra expresamente previsto en el primer párrafo del artículo veintidós de nuestro Código Sustantivo, en virtud a que la ley reconoce respecto de los adultos, un estado de evolución de la personalidad del agente, factores endógenos y exógenos del desarrollo del individuo hacia la percepción del hecho punible”.

- (11) Al respecto, *vide* BILBAO UBILLOS, J. / REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”. En: CARBONELL, Miguel (compilador), *El principio de igualdad constitucional*, p. 114 ss.
- (12) En este sentido se ha pronunciado la STC Exp. N° 1279-2002-AA/TC (fundamentos jurídicos 3-4).
- (13) En este sentido, la STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC señala que: “(...) un trato distinto, derivado de la interpretación-aplicación de la ley, deben ser apreciadas en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con ciertos juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando este se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas”.
- (14) *Vide* STC Exp. N° 0048-2004-AI (fundamento jurídico 62).

2. Regla especial (prerrogativas en virtud de la función)

2.1. ¿Implican las prerrogativas un trato diferenciado en la aplicación de la ley?

33 Como ya se ha dejado establecido *supra*, la igualdad en la aplicación de la ley exige que situaciones jurídicamente iguales sean tratadas de la misma manera. En el mismo sentido teleológico, la existencia de situaciones jurídicas distintas fundamenta un trato diferenciado en la aplicación de la ley, la cual —para que la misma quede justificada— debe ser debidamente motivada. Una de estas situaciones es la prevista en el artículo 10 del Código Penal, el cual prescribe que “(...) [l]as prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”. Es evidente que la aplicación diferenciada de la ley penal consagrada en el artículo 10 del Código Penal está vinculada a situaciones jurídicas especiales distintas que emanan del ejercicio del cargo o función. Se trata pues, de situaciones jurídicas distintas llamadas prerrogativas que poseen algunos funcionarios públicos, en virtud a las cuales los ciudadanos que son portadores de dichas prerrogativas son tratados en forma diferenciada por la ley penal. En ese contexto, resulta de vital importancia determinar la naturaleza jurídica de las prerrogativas; es decir, ¿qué es una prerrogativa?

2.2. Naturaleza y clases de prerrogativas

34 La doctrina sostiene que las prerrogativas son privilegios que poseen algunos ciudadanos en virtud a su estatus especial que le confiere la Constitución y la ley. Dichas prerrogativas serían la inviolabilidad, la inmunidad y el antejuicio.

35 Por inviolabilidad se entiende al estatus jurídico especial que poseen determinados funcionarios públicos (v. gr., parlamentarios, altos funcionarios del Estado, etc.), en virtud del cual los titulares de dicha prerrogativa —en contextos especiales vinculados al correcto ejercicio de su función o cargo— no podrían ser perseguidos ni sancionados penalmente. El fundamento de ello radicaría en la garantía del libre ejercicio de sus funciones que competen a dichos funcionarios frente posibles intromisiones de otros poderes públicos nacionales o extranjeros. Ese sería el caso de los congresistas, quienes no podrían ser sancionados penalmente por los agravios que, como consecuencia del correcto ejercicio de su actividad parlamentaria, podrían sufrir otros congresistas. Conforme a la Constitución peruana, la misma prerrogativa se extiende a los magistrados del Tribunal Constitucional (no son responsables por sus resoluciones), el Defensor del Pueblo (no es responsable por sus

declaraciones que son realizadas en el ejercicio de sus funciones), etc. Junto a esta inviolabilidad de los funcionarios ya referidos, se encuentra la discutible inviolabilidad que gozarían los jefes de Estados extranjeros, así como los embajadores y ministros plenipotenciarios. Por último, se encuentra la inviolabilidad que compete a los miembros de las fuerzas armadas extranjeras. Así, el Código de Bustamante –de conformidad con lo establecido por los artículos 1 y 2 del Código Penal– establece que los Estados nacionales no pueden perseguir ni aplicar leyes penales a los autores y partícipes de delitos cometidos en la circunscripción territorial donde se llevan a cabo las operaciones militares de fuerzas armadas extranjeras legalmente establecidas.

Por su parte, la inmunidad se entiende como la garantía jurídica que poseen algunos funcionarios, según la cual –por regla general– no pueden ser perseguidos penalmente mientras el Congreso no autorice su persecución judicial. Esta prerrogativa es de índole procesal, pues no consagra la imperseguibilidad de los agentes, sino la concurrencia de un requisito de procedibilidad o perseguibilidad (antejuicio político) de los hechos delictivos. Ese el caso de los parlamentarios, los jueces supremos, los fiscales supremos, etc.

V. El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional del Perú se ha referido al principio de igualdad ante la ley en diversas ocasiones. Entre las cuestiones más importantes resaltan: a) la naturaleza, b) el ámbito de aplicación y c) sus formas de manifestación.

A) Sobre la naturaleza de la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional postula que es un principio-derecho, en virtud de que la idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos, por eso, no se violaría el principio de igualdad ante la ley en tanto el trato igual o desigual de las personas no afecte dicha dignidad⁽¹⁵⁾. De manera más específica, el Tribunal Constitucional postula que la igualdad ante la ley es un principio y es un derecho. *En el primero, aparecería como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho, mientras que en el segundo, se presentaría como un derecho fundamental de la persona*⁽¹⁶⁾. A partir de aquí, la vigencia del principio de igualdad ante la ley, en palabras del Tribunal Constitucional, “(…) supone por definición dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables

(15) *Vide* fundamento 3.1 de la STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, del 26 de marzo de 2003.

(16) Ídem. También STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC (fundamento jurídico referido a la igualdad ante la ley), del 26 de abril de 2004.

entre sí para determinar la regulación coexistencial y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas”⁽¹⁷⁾.

39 B) Respecto al ámbito de vigencia del principio de igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional consagra que este irradia su carácter vinculante tanto en el ámbito legislativo, como en el ámbito de quienes aplican el Derecho. Así, establece que: “El principio de igualdad en el Estado Constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la exigencia de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole”⁽¹⁸⁾. De otro lado, la vinculación positiva implicaría que el legislador legisle en función del respeto de los derechos fundamentales, “de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”⁽¹⁹⁾. En el mismo sentido de lo apuntado, en el ámbito de los aplicadores de la ley, el principio de igualdad ante la ley implicaría dos cosas: por un lado, que, a través del control difuso, no se apliquen leyes cuyo contenido en sí mismo discrimina a las personas⁽²⁰⁾ y, por otro, que las leyes que gozan de legitimidad material y formal no sean aplicadas en forma desigual por motivos arbitrarios.

40 C) En cuanto a la manifestación del principio-derecho de igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional se adhiere a la concepción que considera que tal institución se expresa mediante dos formas: mediante el trato igual a los iguales y el trato desigual (diferente) a los desiguales o diferentes. Es decir, plasma las ideas de que quienes se encuentran en idéntica posición jurídica frente a la ley deben ser tratados de la misma manera, mientras que quienes se encuentran en distinta situación jurídica sean tratados de forma diferente.

41 Siguiendo esta orientación, el Tribunal Constitucional sostiene que la primera manifestación de la igualdad ante la ley implica que las personas situadas

(17) Ídem.

(18) STC Exp. N° 001/0003-2003-AI/TC, del 4 de julio de 2003, fundamento jurídico 11.

(19) Ídem.

(20) En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene que este tipo de normas (v. gr., el artículo 22 del Código Penal y el artículo 10 del Decreto Ley N° 25465) se seguirán aplicando, salvo que a través del control difuso se inapliquen, ya que dichos dispositivos legales vulneran el principio de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Cfr. Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal, de 18 y 19 de julio de 2007.

en idéntica condición, están sujetas a un trato legal equivalente⁽²¹⁾. Por eso, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias N°s 9617-2006-PA/TC⁽²²⁾, 0261-2003-AA/TC⁽²³⁾, 010-2002-AI/TC⁽²⁴⁾ y 0001/0003-AI/TC⁽²⁵⁾; ha establecido que la igualdad ante la ley “(...) involucra una identidad por razones de coincidencia, de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de tal modo que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones”. En otras palabras, para el Tribunal Constitucional, las personas que se encuentran inmersas en las condiciones descritas se rigen por los mismos baremos cualitativos y cuantitativos que establece la ley, esto es, no pueden ser perjudicadas o beneficiadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales con base en motivos arbitrarios, que pueden relacionarse con las condiciones económicas, religiosas, de opinión, de color, etc.

Pero, como ya hemos adelantado, en la perspectiva del Tribunal Constitu- 42
cional, la igualdad ante la ley también se expresa mediante la fórmula “tratar diferente a las personas que se encuentran en distinta situación jurídica”. En efecto, reiteradamente el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de igualdad también implica que el operador del Derecho debe determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitante. Así, por ejemplo la Sentencia N° 0018-2003-AI señala que el principio de igualdad ante la ley reconoce que el operador del Derecho debe ejercer la diferencia de trato entre las personas, cuando se cumplen ciertos requisitos, los cuales se “(...) sustenten en una base objetiva, razonable, racional y proporcional”⁽²⁶⁾. En el mismo sentido, la Sentencia N° 0261-2003-AA/TC establece que “(...) el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto esta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, racional y proporcional”⁽²⁷⁾.

De manera más específica, el Tribunal Constitucional señala que el trato 43
diferenciado de las personas por exigencia del principio de igualdad ante la ley está sujeto a los siguientes requisitos: “a) la existencia de una norma

(21) Cfr. SSTC Exps. N°s 0261-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC, 0001/0003-2003-AI/TC.

(22) Cfr. fundamento jurídico 4 ss.

(23) Cfr. fundamento jurídico 3.1 de la STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, del 26 de marzo de 2003.

(24) Cfr. 010-2002-AI/TC, Nm. 154.

(25) Cfr. fundamento jurídico 1 de la STC Exp. N° 0001/003-AI/TC, del 4 de julio de 2003.

(26) *Vide* STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC (fundamento jurídico referido a la igualdad ante la ley) del 26 de abril de 2004.

(27) Cfr. fundamento jurídico 3.2 de la STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, del 26 de marzo de 2003.

diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica, según la cual el establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho”. Dicho en términos distintos, “la diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable; d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, *coherencia* entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue, esto es, ‘(...) la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar”⁽²⁸⁾; y f) proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad”.

VI. Bibliografía

- ⁴⁴ BILBAO UBILLOS, Juan / REY MARTÍNEZ, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”. En: CARBONELL, Miguel (compilador), *El principio de igualdad constitucional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993; BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho*. Herder, Barcelona, 1993; GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”. En: *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1991; PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1993; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw-Hill, 1995, SOSA SACIO, Juan Manuel, “Igualdad ante la ley”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

(28) Ídem.

TÍTULO II
DEL HECHO PUNIBLE
CAPÍTULO I
BASES DE LA PUNIBILIDAD

§ 11 Delitos y faltas: bases de punibilidad

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades	1	481	1. Denominación y evolu- ción.....	24	490
II. El principio del hecho pro- pio	3	482	2. Delimitación	34	494
1. Denominación y signi- ficado	3	482	3. Fundamento.....	39	495
2. Fundamento e impor- tancia	10	485	4. Contenido	49	499
3. Delimitación	15	487	4.1. La exigencia de dolo o culpa	50	499
4. Requisitos y consecuen- cias.....	19	489	4.2. Relevancia del error en Derecho Penal	51	500
4.1. Imputación obje- tiva	20	489	5. Consecuencias del prin- cipio de responsabilidad subjetiva.....	52	500
4.2. El principio de eje- cución del hecho (tenta- tiva)	21	489	5.1. Proscripción de una pura responsabilidad objetiva	53	501
4.3. Autoría y partici- pación	22	489	5.1.1. El caso fortuito.	54	502
III. El principio de responsabi- lidad subjetiva.....	24	490	5.1.2. Los delitos cuali- ficados por el resultado	56	502
			IV. Principio de legalidad.....	58	502
			V. Bibliografía	73	507

§ 11.- Delitos y faltas: Base de punibilidad

“Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

I. Generalidades

El Código Penal peruano consagra en el artículo 11 del Código Penal ¹ una regla político-criminal y dogmática de suma trascendencia en la medida que establece de modo parco, pero esencial, tres principios jurídico-penales: a) el principio del hecho propio, b) el principio de responsabilidad subjetiva y c) el principio de legalidad.

En efecto, tras la referencia de que “[S]on delitos y faltas las acciones ² u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”, se esconde un valioso postulado político-criminal que establece los tres principios más importantes

del Derecho penal en cualquier país que se precie de civilizado y que marcan el derrotero de toda legislación penal, precisando una garantía al ciudadano respecto a las condiciones y a los presupuestos de toda legislación penal. Veamos.

II. El principio del hecho propio

1. Denominación y significado

3 A. El principio del hecho tiene consagración constitucional y se encuentra en diversos preceptos de la legislación penal ordinaria. La Constitución en el artículo 2, inciso 24, párrafo d), considera que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. La ley consagra de esta manera una disposición que no solo funda la responsabilidad penal en un hecho previsto en ella, sino que efectivamente exige que exista un acto (externo) en la realidad (social).

4 El principio del hecho tiene un correlato y expresión jurídica en el principio de legalidad. De esta manera, y apelando a un razonamiento *a contrario sensu*, se tiene que en nuestra legislación se abandona la responsabilidad por los pensamientos o los estados anímicos, excluyendo además cualquier otra clase de responsabilidad que no se ampare en el actuar externo. Igual regulación que el texto constitucional se encuentra en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal⁽¹⁾.

5 Asimismo, puede verse que el Código Penal en su parte general realiza referencias directas a la necesidad de conducta humana. Así, en el capítulo de autoría y participación puede encontrarse: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente” (artículo 23), o en la regulación de la tentativa delictiva que exige con mayor precisión: “el comienzo de la ejecución del delito” como el momento donde nace la ulterior responsabilidad penal. Ello solo para citar los ejemplos más irrecusables al respecto.

(1) Sin embargo, es de precisar que la regulación penal aludida solo hace referencia a un “acto”, dejando de lado, a diferencia del texto constitucional, a la omisión. No obstante, creemos que esto no es problema para que el principio del hecho se entienda en su más amplia dimensión.

B. Este principio, eje del Derecho penal contemporáneo, recibe diversas 6 denominaciones por parte de la doctrina. Algunos autores lo llaman principio de materialidad de la acción⁽²⁾, otros lo denominan principio de la objetividad material del delito⁽³⁾, principio de culpabilidad por el hecho aislado⁽⁴⁾ o, de manera más sencilla, principio del acto⁽⁵⁾ o principio del hecho⁽⁶⁾. Nosotros, basados en los argumentos que luego se expondrán, hemos considerado pertinente denominar a este axioma penal como principio de responsabilidad por el hecho propio, buscando hacer hincapié en la necesidad de que la responsabilidad jurídico-penal se asiente sobre una determinada conducta externa que efectivamente haya sido realizada por la persona a quien se le imputa la comisión del injusto penal, y, en especial, el resultado; de tal manera que se excluya su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante, y que han podido ser causados por otros sujetos.

C. Ningún daño, ningún resultado, por más grave que sea, que perjudique 7 a un individuo, a la sociedad o al Estado, puede estimarse penalmente relevante si no es como efecto de una conducta humana⁽⁷⁾. Solo el hombre puede delinquir y solo sus acciones gozan de mérito o demérito. El ordenamiento jurídico repara en dichas conductas, ya sea para imponer una sanción negativa (pena o cualquier otra medida que elimine o restrinja derechos) o una sanción positiva (recompensa o beneficio por una acción valiosa)⁽⁸⁾. Los eventos dañosos que causan grave perjuicio y que se corresponden o son causados por las fuerzas de la naturaleza o el puro azar no pueden generar ninguna clase de responsabilidad penal. En estos casos el Estado está liberado de imponer cualquier sanción. Solo las conductas humanas tienen relevancia para el Derecho y solo en la medida que existan pueden generar alguna clase de consecuencia jurídica. Aquello que no es dominado por el hombre ni provocado por su voluntad no puede hacer surgir una reacción jurídica ni menos generar una sanción jurídico-penal. Sin una conducta no solo no hay delito, sino que no puede imponerse una sanción jurídica. El Derecho mismo es inimaginable sin el

(2) Así, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 480.

(3) Véase BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, p. 114.

(4) ZIPF, H., "Introducción a la política criminal", p. 50.

(5) De esta manera VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal*, p. 270; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*. Tomo II, p. 20.

(6) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal*, p. 315; ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 278.

(7) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*. Op. Cit., p. 480.

(8) Véase BOBBIO, N., "La función promocional del Derecho". En: *Contribución a la teoría del Derecho*, p. 376 ss.

comportamiento humano. Como bien apuntó MAGGIORE: “El hombre es delincuente por su obrar y en su obrar, no por su ser, aun no revelado en obras⁽⁹⁾”.

8 D. El principio de responsabilidad por el hecho implica que el Derecho penal, como sucede en el ordenamiento jurídico en general, solo puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una “conducta objetiva⁽¹⁰⁾. Mientras la intención no se objetive ni se exprese externamente la voluntad que altera la paz social lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no puede plantearse ninguna clase de responsabilidad penal. Toda conducta o “voluntad objetivada” penalmente relevante, además de ser captada por los sentidos, al suponer un despliegue de energía (acción) o al tener un contenido normativo valorativo (omisión), debe poseer una trascendencia y un significado social⁽¹¹⁾, ya sea por comprometer un interés colectivo o un bien individual, dado que si ellos son tutelados por el Derecho penal, deben representar un proceso o relación social de indudable valor⁽¹²⁾.

9 Como consecuencia del principio de responsabilidad por el hecho propio se proscribe la responsabilidad por el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico. La esfera íntima de los ciudadanos, los fueros internos, no pueden ser intervenidos ni juzgados por el ordenamiento jurídico, y menos por el Derecho penal, imponiendo una sanción, al ser ello competencia exclusiva de la moral y la ética. Como bien se apunta, el orden jurídico regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia⁽¹³⁾. El pensamiento y el mero designio criminal al no exteriorizarse en una acción no lesionan ningún bien jurídico y no ponen en riesgo la paz social que el Derecho resguarda, como tampoco hacen necesaria una estabilización de las expectativas normativas ni generan algún daño para la sociedad o el individuo concreto.

(9) MAGGIORE, G., *Derecho penal*. Tomo I, p. 309, quien apunta: “Un delincuente que nunca ha delinquido es como un genio que nunca ha hecho algo genial o un santo que nunca ha realizado un acto de santidad”.

(10) SCHOPENHAUER sostenía que “El hecho, lo acaecido es la única realidad para el Estado, la intención o la voluntad no se toman en cuenta, sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho”.

(11) BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*. Op. Cit., p. 114.

(12) Sobre el bien jurídico, véase ROXIN, C., *Derecho penal*, 2/9, p. 56; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*, p. 231; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 134 ss. En la doctrina nacional, URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6, p. 805 ss.

(13) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal*. Op. Cit., p. 315.

2. Fundamento e importancia

A. El principio del hecho propio es un principio de origen y de prosapia ¹⁰ liberal. Cumple una función de certeza y sirve a la seguridad jurídica en beneficio de los derechos individuales⁽¹⁴⁾. Refleja, además, uno de los más grandes legados de la Ilustración y el liberalismo político: la separación del Derecho y la moral⁽¹⁵⁾. En épocas no muy remotas era frecuente asociar la idea de delito con la de pecado. Las leyes penales encontraban legitimación cuando expresaban las concepciones morales de los gobernantes de turno o sintetizaban los postulados de un determinado credo religioso. Hoy en día los campos del Derecho y la moral se encuentran nítidamente diferenciados. Prueba de ello, según FERRAJOLI, es la concepción del delito, el proceso y la pena. El Estado cuando crea delitos no tiene la función de reforzar o imponer la moral, sino solo la de impedir la comisión de acciones dañosas a terceros a través de la lesión de bienes jurídicos⁽¹⁶⁾. En el proceso el juez no debe someter a indagación el alma de los imputados, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino solo investigar los comportamientos prohibidos. Por último, cuando aplica la pena, el Estado no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, ni tampoco tiene derecho a modificar la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y seguir siendo lo que es⁽¹⁷⁾.

B. El principio del hecho propio representa una garantía política insus- ¹¹ tituible para el ciudadano en relación con el Estado. La ejecución de una acción constituye el límite infranqueable para el Derecho penal en la fijación

(14) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, p. 359.

(15) Sobre la diferencia entre moral y Derecho, véase RECASENS SICHES, L., *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 185; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, p. 431; DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, p. 320; RADBRUCH, G., "Filosofía del Derecho". En: *Revista de Derecho Privado*, p. 51; GARCÍA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, p. 57.

(16) Con razón Hobbes apuntaba en el "Leviatán" que la misión de las leyes era que los súbditos no se dañen.

(17) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, pp. 222 y 481, para quien este principio: "Observado en negativo, como límite a la intervención penal del Estado, marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune será en sus límites y controles y equivale, por lo mismo, a la tutela de la libertad interior como presupuesto no solo de su vida moral, sino de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al Estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciados solo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal".

de la responsabilidad penal y la imposición de una pena o medida de seguridad⁽¹⁸⁾. Sin la realización de una conducta humana no puede imponerse sanción alguna. La relegación del principio del hecho en beneficio de un Derecho penal de ánimo o de un Derecho penal de la peligrosidad social traería un perjuicio severo al ordenamiento jurídico penal de un Estado Democrático, el cual paulatinamente se acercaría a un autoritarismo intolerante y obsecuente. Sin el principio aludido, las fronteras del Derecho penal y la moral se volverían borrosas por lo incontrolable, desproporcional y desmedido de las intervenciones estatales en la esfera privada de los ciudadanos.

- 12 Los regímenes totalitarios tienden a escrutar el ámbito interno del hombre a fin de controlar su pensamiento. Para ello necesitan adelantar la barrera de lo punible hasta alcanzar al pensamiento malvado, inmoral, infiel, antes que se objective y se traduzca en un hecho concreto⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾. Una dictadura política puede tomar a cualquier disidencia u opinión contraria de un ciudadano, que no se ha concretado en acción alguna, como una demostración de rebeldía y de sedición contra el régimen. Por ello, no es raro que sancionen peculiares “conspiraciones” o que prohíban la reunión de una o más personas.
- 13 El principio del hecho propio —de hondo sentido liberal— exige que el Estado imponga sanciones solo cuando se haya efectuado una acción prevista como delito en la ley. Pese a ello, no se crea que el principio del hecho propio es la única garantía política de un Estado Democrático y de Derecho, dado que esa importancia la comparte con el principio de ofensividad o de lesión a un bien jurídico. No obstante, sin él el delito como lesión a bienes jurídicos ya no sería una condición exclusiva para la aplicación de una pena, sino que bastaría el disvalor de la actitud interna, sancionándose pensamientos inmorales, pero inofensivos y las meras intenciones.
- 14 Asimismo, el principio del hecho propio tiene su reflejo como garantía jurídico-política en la órbita del Derecho procesal, al exigir que la carga de la prueba se dirija a acreditar la comisión de una conducta (acción u omisión) determinada sin la cual no puede operar la potestad punitiva del Estado.

(18) La medida de seguridad, a pesar de que reposa en la peligrosidad del agente, no prescinde de la realización de un hecho en su imposición, tal como lo dispone el artículo 72 incisos 1 y 2 del Código Penal.

(19) Conf. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 51, quien hace hincapié en el contraste existente entre el Derecho penal de autor y el Derecho penal del acto.

(20) BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal Penal. Op. Cit.*, p. 110, quien señala correctamente que “solo los regímenes totalitarios escudriñan en lo interno del hombre e indagan —con el fin de su examen— el más liviano pensamiento”.

Justamente el principio universalmente aceptado del *in dubio pro reo* obliga a absolver a quien no se le ha logrado demostrar plenamente su responsabilidad penal, lo cual quiere decir que o no se ha acreditado la realización de una conducta o que, habiéndose probado esta, no se puede considerar como cometida por el imputado, faltando aquí la prueba de la relación de autoría. Por lo demás, cabe enfatizar que el Derecho procesal penal solo puede actuar cuando se ha comprobado la realización de un comportamiento humano. Al faltar este requisito carece de sentido cualquier actividad jurisdiccional.

3. Delimitación

A. El principio del acto es el contenido y objeto del principio de legalidad⁽²¹⁾. Este principio determina qué acciones y omisiones son relevantes al Derecho penal y cuáles han de ser tenidas como delitos, mereciendo la persecución e imposición de una pena. Por el principio de legalidad se describen los comportamientos que son considerados como delitos, dejando sin relevancia jurídico-penal a aquellas acciones que no se hallen previstas en la ley. El principio del hecho propio consagra la regla de que solo las conductas humanas, como los resultados que son su consecuencia, interesan al Derecho. Sin embargo, no toda conducta que tenga relevancia jurídica desplegará también sus efectos en el Derecho penal, ya que este, en virtud de su carácter fragmentario y naturaleza subsidiaria, determina qué acciones por su dañosidad social y perturbación de la paz deberán ser consideradas como delitos. El contenido del principio de legalidad referido a acciones y omisiones voluntarias es tan claro que quedan excluidos de su ámbito acontecimientos producidos por las fuerzas de la naturaleza y, en general, todo hecho que escape del control de la voluntad y previsibilidad (exclusión del caso fortuito). En este sentido, el ordenamiento jurídico solo tiene en cuenta y prohíbe acciones que pueden evitarse y manda acciones que pueden ejecutarse según las circunstancias.

B. El principio del acto también constituye la condición indispensable para que exista el principio de lesividad o lesión de bienes jurídicos. En efecto, este principio solo tiene sentido si se vincula con el principio del acto, de tal manera que un resultado o daño a un bien social o individual no puede plantearse si no proviene de una conducta humana (acción y omisión) que lo produzca. Al Derecho penal no le interesa cualquier lesión o puesta en peligro de intereses o relaciones socialmente valiosas (disvalor del resultado). Solo le

(21) Por ello autores, como ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 278, estudian este principio dentro del principio de legalidad.

importa aquel menoscabo de los objetos de tutela jurídica que son consecuencia de conductas humanas (disvalor de la acción). Por ello, correctamente suele afirmarse que el disvalor de la acción determina el disvalor del resultado o, lo que es lo mismo, se sostiene que este depende y se encuentra condicionado por una acción disvaliosa previa⁽²²⁾. Entre el disvalor del resultado (lesión al bien jurídico) y la acción que lo provoca, debe existir un nexo de causalidad (delitos de comisión) al que se añada la imputación objetiva, por la cual una conducta humana crea una situación de peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, materializándose este peligro en el resultado típico. Sin la comprobación de una relación causal y sin la imputación objetiva de naturaleza teleológico-normativa entre el resultado y una acción humana, no puede fundarse responsabilidad penal alguna.

17 C. El principio del hecho propio encuentra una importante vinculación con el principio de responsabilidad subjetiva, que le da pleno sentido. En efecto, no existe ningún acto humano penalmente relevante (delito) que pueda ser despojado de su elemento subjetivo o psíquico, como es el dolo o la culpa. Un delito despojado de la voluntad humana es inimaginable. Sin embargo, tampoco es concebible una pura responsabilidad subjetiva. No se puede responder penalmente, como dijimos, por las meras intenciones, deseos, pensamientos no concretados en hechos, situación que, de existir, significaría el planteamiento de un Derecho penal del ánimo o de las actitudes internas. Solo puede imponerse una pena en la medida que haya una “voluntad objetivada” capaz de manifestarse, transformando el mundo externo. El principio de responsabilidad subjetiva solo tiene valor cuando logra plasmarse en un acto externo relevante para el Derecho. La mera intención no genera respuesta penal alguna.

18 El principio del acto representa el punto de equilibrio entre el principio de ofensividad o de lesión de un bien jurídico y el principio de responsabilidad subjetiva, por lo que no es relevante para el Derecho penal la pura voluntad, ni puede generar alguna reacción jurídico-penal la sola lesión o daño a un interés social. Solo la voluntad que se plasma en un acto y la lesión como consecuencia de una conducta pueden abrir las puertas del Derecho penal.

(22) Sobre el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Op. Cit.*, 10/88, p. 327; MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal*, 17/1, p. 271; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, 6/69, p. 201; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 215; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*. Tomo II, p. 154.

4. Requisitos y consecuencias

La vigencia del principio por el hecho propio no solo supone, como puede pensarse, la exigencia de una acción exterior, pues tal condición sería un límite incipiente y borroso en la fijación de la responsabilidad penal. Bastaría comprobar que alguien ha “hecho algo” desplegando un movimiento físico o simplemente que ha dejado de hacer algo para que se plantee la necesidad de aplicar una sanción. En realidad, en el principio del hecho propio se recoge una serie de criterios que resultan ser a la postre su contenido material, y cuya presencia obligatoria le asigna la importancia debida. Veamos brevemente estos requisitos.

4.1. Imputación objetiva

Para que exista responsabilidad penal, una acción debe haber producido un determinado resultado, de tal manera que dicho resultado pueda ser atribuido o imputado a una conducta determinada. Si no existe una vinculación jurídica entre el comportamiento y el resultado, no se puede decir que estamos frente a un hecho propio, por cuanto el resultado ha podido producirse en virtud de la intervención de otros factores ajenos a la voluntad de una persona, como las fuerzas de la naturaleza, la casualidad, el azar o la intervención de otra acción humana. Solo cuando se compruebe que existe una relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado, además de la subjetiva, podrá concluirse que estamos frente a un hecho propio o ante la consecuencia regular y previsible de nuestra conducta. Solo así podrá levantarse una responsabilidad jurídico-penal.

4.2. El principio de ejecución del hecho (tentativa)

El principio del hecho propio no significa que una conducta sea punible una vez que comience a exteriorizarse, pues de ser así se incurriría en una gran incertidumbre y vaguedad, además de ampliarse de modo desmedido la responsabilidad penal. Se requiere como mínimo haber iniciado la ejecución de la conducta típica

4.3. Autoría y participación

El principio del hecho, además de exigir la imputación objetiva del resultado (creación de un riesgo jurídicamente relevante) y un principio de ejecución del delito (tentativa), requiere en su caso de la distinción entre los intervinientes en la realización de un delito, es decir, de la delimitación de quiénes

son autores y quiénes son partícipes, según el peso o valor objetivo de su contribución y el dominio o control que se tenga del suceso.

- 23 Por una exigencia elemental de justicia se tiene que la responsabilidad jurídica, y la consecuente responsabilidad penal, ha de ser impuesta en razón del aporte personal de cada uno de los intervinientes en el hecho. No pueden equipararse de manera arbitraria o antojadiza todas las contribuciones que hayan terminado por lesionar o por poner en peligro un bien jurídico. En un delito donde concurre una pluralidad de agentes pueden distribuirse funciones o acordarse prestar determinado auxilio, sin que cada aportación tenga que ser idéntica a la del otro. No es lo mismo matar que prestar un arma para que se mate. Esta diferencia de contribuciones al hecho permite que la ley y, como consecuencia de ello, el juez tengan que distinguir entre quienes dominan la realización del hecho (autores), decidiendo el sí, el cómo y el cuándo del mismo; quiénes tienen una función accesoria en el hecho y, por tanto, lesionan de manera indirecta al bien jurídico (partícipes), y que suelen intervenir prestando ayuda material o psicológica (complicidad) o incitando o induciendo mediante un influjo psíquico (inducción) a la comisión de un determinado delito.

III. El principio de responsabilidad subjetiva

1. Denominación y evolución

- 24 A. El principio de responsabilidad subjetiva suele también denominarse como principio de imputación subjetiva, principio de dolo o culpa o, de manera más sencilla y gráfica, como elemento subjetivo del delito. Comúnmente se lo identifica con el principio de culpabilidad al que se lo asocia de manera genérica⁽²³⁾. El principio de responsabilidad subjetiva sería así uno de los contenidos, tal vez el más importante, del principio de culpabilidad. Sin embargo, dicho parecer, siendo válido desde la perspectiva tradicional (causalista), y que consideraba al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, hoy deviene en equívoco. Ello se debe en gran medida a la influencia de la teoría finalista de la acción, que produjo un cambio de ubicación de las modalidades

(23) De este modo procede, por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 490, quien otorga tres contenidos al principio de culpabilidad, como son: a) la personalidad o suidad de la acción que refleja la relación de causalidad entre la acción y el resultado, b) la imputabilidad o capacidad psicofísica del reo, y c) la culpabilidad en sentido estricto, llamada intencionalidad, que designa la conciencia y la voluntad del concreto delito y que puede asumir también la forma de dolo o culpa. También VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 390, para quien “Solo con el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal”.

más importantes de la responsabilidad subjetiva (dolo y culpa) de la culpabilidad al tipo penal⁽²⁴⁾.

B. En la actualidad pareciera que el único camino a seguir, moviéndose ²⁵ de manera paralela con las nuevas corrientes del Derecho penal, es el de independizar la importancia y contenido del principio de responsabilidad subjetiva, desligándolo de cualquier lastre etizante o concepción normativo-psicológica, propia del concepto complejo de culpabilidad. Pese a ello, somos partidarios de mantener el principio de responsabilidad subjetiva como una de las consecuencias materiales del principio de culpabilidad en su vertiente político-criminal. Una postura de esta índole no olvida los avances dogmáticos irreversibles producidos en las últimas décadas, que han terminado de normativizar la categoría de la culpabilidad, complementándola, en algunos casos, con criterios preventivos (ROXIN). Muy por el contrario, teniéndolos en cuenta, se busca distinguir entre el principio de culpabilidad, entendido como elemento director de la política-criminal del Estado, y la categoría de la culpabilidad, cuyo valor se restringe a constituir un aspecto de la construcción estratificada de la teoría del delito⁽²⁵⁾. El principio de culpabilidad tendría un contenido más amplio y profundo, toda vez que serviría para limitar el ejercicio del *ius puniendi* y equilibrar el interés estatal de perseguir y castigar el delito conservando los derechos y garantías de los ciudadanos que han delinquido. Justamente, uno de los elementos garantizadores del principio de culpabilidad es el principio de responsabilidad subjetiva.

C. El principio de responsabilidad subjetiva se caracteriza por exigir que ²⁶ la responsabilidad penal se erija sobre las consecuencias efectivamente queridas por el sujeto (dolosa) o por los resultados al menos previsibles que importen la infracción del deber objetivo de cuidado (culpa). Los hechos y resultados

(24) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal*, p. 87, quien afirma: "La denominación de principio de culpabilidad era lógica cuando se trataba el dolo y la imprudencia como formas o grados de culpabilidad, y sigue siendo coherente para la doctrina, hoy minoritaria, que aún mantiene esa concepción. Pero si se considera, con la doctrina mayoritaria, que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del injusto típico y que constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como es lo correcto, entonces no es coherente designar a la exigencia de dolo e imprudencia principio de culpabilidad, sino principio de responsabilidad subjetiva (por contraposición a la objetiva), denominación que tiene, además, la ventaja de neutralidad, ya que sirve tanto para quienes piensan que esto es un problema de injusto como para quienes lo siguen considerando un problema de culpabilidad".

(25) Realizan esta distinción ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 250; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción. Op. Cit.*, pp. 283 y 287; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Op. Cit.*, 4/69, p. 97; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*. Tomo II. *Op. Cit.* p. 66, quien distingue entre un principio de culpabilidad en sentido amplio y en sentido restringido.

perjudiciales (muertes, lesiones, incendios, daños, etc.) que no sean intencionales o que no se vinculen a la previsibilidad de un hombre medio, no pueden legitimar una intervención por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos (vida, libertad, patrimonio, etc.). Las consecuencias no queridas, las que son fruto del azar y se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma, carecen de idoneidad jurídica para fundar un juicio de reproche y la imposición de una pena.

27 La responsabilidad penal en el mundo contemporáneo solo puede edificarse sobre la base de la voluntad y el conocimiento de lo que efectivamente se pretendió causar. Asimismo, la desaprobación de una conducta debe guardar relación con la infracción de una norma de cuidado, sea una norma jurídica, positivizada o del derecho consuetudinario, o una regla de la experiencia.

28 Como advierte MANTOVANI: “En el proceso de subjetivación que ha identificado a la historia de la responsabilidad penal, el Derecho penal moderno, por un lado ha ido abandonando no solo la responsabilidad por el hecho ajeno, que pertenece a los comienzos del Derecho penal o a momentos regresivos de la historia de un pueblo, sino también la responsabilidad objetiva que constituye siempre la expresión de una concepción jurídica grosera, incapaz todavía de captar el valor de la actitud interna del sujeto al ser propia de épocas históricas superadas”⁽²⁶⁾.

29 El tránsito de una responsabilidad objetiva o por el resultado a una responsabilidad subjetiva es la manifestación de un proceso de espiritualización y humanización del Derecho penal⁽²⁷⁾ que marca el acercamiento a criterios subjetivos y el abandono de la mera producción de resultados externos como fundamento de la responsabilidad penal, muchas veces ajenos a la voluntad del hombre y solo relacionados por la pura causalidad. Asimismo, constituye un largo proceso histórico de dignificación del ser humano y de reconocimiento de su calidad de persona⁽²⁸⁾. Dicho proceso de espiritualización o subjetivización del Derecho penal, lejos de representar una vuelta a criterios moralizantes ya abandonados, se corresponde con el fundamento antropológico del Derecho, y en particular del Derecho penal, que obliga a contemplar no tanto el suceso

(26) MANTOVANI, F., “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En: *Doctrina Penal* año 6, p. 261.

(27) Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 488; MAGGIORE, G., *Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 449; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*. Tomo II, p. 31. También MIR PUIG, S., *Derecho penal. Op. Cit.*, 4/69, p. 97.

(28) SOLER, S., *Derecho penal argentino*. Tomo II, p. 2.

exterior efectivamente causado por acción de una voluntad, sino a reparar en aquello que el individuo se representó y quiso hacer o, en su caso, pudo prever.

La contemplación del dolo y la culpa como formas únicas de responsabilidad subjetiva sobre las que legítimamente puede imponerse una pena, constituye un distanciamiento del Derecho penal contemporáneo con el de épocas pasadas. Hoy se puede afirmar que el desarrollo y humanización del Derecho penal actual están vinculados al respeto de desvalor interno de la acción (dolo o culpa) por encima de cualquier otra categoría jurídica de imputación. La responsabilidad subjetiva es por ello un principio que puede ser considerado como la columna maestra del Derecho penal y que se mantiene hoy en día inmovible, como una “roca en medio del mar” (BELING).

D. La vigencia indiscutible del principio de responsabilidad subjetiva no solo comprende el ordenamiento jurídico-penal, sino toda la cultura humana que desde antiguo buscó precisar criterios de justicia para hacer responsable al hombre por sus actos. Dicho camino ha sido tortuoso, difícil y no siempre lineal. Así, la responsabilidad en los pueblos primitivos descansaba tanto en la idea del daño, a veces independiente de la idea de causalidad física, como en la proximidad a relación afectiva (pariente del autor, su clan, familia, tribu, etc.)⁽²⁹⁾, muy al margen de la intención del sujeto. Dicha práctica, aunque con matices, es asumida por el Derecho griego, el que, lejos de entender la responsabilidad en términos individuales (inocentes o culpables), la transfería colectivamente a otros miembros del clan. En el Derecho hebreo se establecían penas para los hijos o descendientes del reo hasta la sétima generación, sin distinguirse entre delitos voluntarios e involuntarios.

E. El principio de responsabilidad subjetiva, tal como se halla formulado actualmente, permite distinguir dos grados de intervención interna en el delito: la responsabilidad subjetiva dolosa y la responsabilidad subjetiva culposa.

Dicha diferencia se halla avalada por las modernas investigaciones de carácter psicológico, las cuales acreditan de manera irrefutable que el juicio moral se halla enraizado en la conciencia de nuestra cultura, siendo imposible desprenderse o mantenerse al margen de él. HASSEMER sostiene que entre la evolución histórica de los mecanismos de imputación subjetiva, desde los más primitivos hasta los más desarrollados, y la biografía personal, entendida como evolución psicológica una personalidad media, pueden encontrarse profundas semejanzas y relaciones que se hallan marcadas por la aparición y

(29) Para mayor extensión, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p. 213.

ulterior desarrollo de las valoraciones sobre las intenciones y demás disposiciones subjetivas del agente. Según la moderna Psicología, el dolo y la culpa no habrían aparecido por generación espontánea, sino como consecuencia de un lento y largo desarrollo.

2. Delimitación

- 34 A. Solo la valoración de la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) permite teñir al Derecho penal y al ordenamiento jurídico de una dosis de humanidad y de profundo respeto a los derechos del hombre y del ciudadano que de otra manera resultarían utópicos y puramente ornamentales. La consideración del dolo y la culpa como categorías normativas y valorativas permiten arrancar al hombre del reino de la naturaleza, de las fuerzas ciegas e impulsos mecánicos, colocándolo en el mundo del Derecho y de los valores.
- 35 Sin la referencia al dolo y la culpa, el principio de humanidad de las penas no podría nunca realizarse, dado que es inconcebible una visión humanista sin una vinculación de las normas jurídicas y las sanciones respectivas a las fuerzas internas y espirituales del sujeto. Sería como pretender erigir la humanidad sin el hombre. Y es que tanto el principio de humanidad como el principio de responsabilidad por el hecho propio parten de la base de la libertad y autonomía de la voluntad de la persona humana en la toma de sus decisiones, como su presupuesto ontológico. Solo considerando al hombre como un ser autónomo y responsable es posible “tender que dirija su conducta conforme a objetivos y finalidades y, como un aspecto parcial de estos últimos, realice conductas antijurídicas y alcance resultados lesivos”.
- 36 B. El principio de imputación subjetiva constituye, junto al principio de lesividad o el daño material, uno de los elementos constitutivos de donde nace el principio de proporcionalidad en el Derecho penal. Las sanciones jurídicas, y más aún las penales, no pueden imponerse exclusivamente sobre la base de un evento exterior o por la objetividad del daño producido, pues se correría el riesgo, bien de subestimar la intención cuando el resultado lesivo no se logra por factores puramente circunstanciales, o bien de ponderar excesivamente el daño cuando el objetivo, por ejemplo, no era matar, sino lesionar. La entidad del daño, la gravedad del resultado, aporta una y solo una parte de la medida sobre las que va a descansar la pena. Las otras referencias normativas en las que repara la sanción es el conocimiento de los hechos, la energía criminal empleada y la intensidad de la voluntad en la ejecución del delito, que solo pueden comprenderse remitiéndose a criterios subjetivos o internos.

C. El principio de responsabilidad subjetiva guarda una relación profunda con el principio del hecho típico propio, por el cual solo se castigan las acciones externas que representen un inicio de ejecución del delito. El principio de responsabilidad subjetiva solo adquiere relevancia jurídica en la medida que se manifiesta y concreta en una acción determinada. El simple dolo y la culpa como fenómenos psíquico-normativos no interesan al Derecho penal si no se expresan en una conducta externa (acción u omisión) determinada. Los estados anímicos o la simple actitud interna hostil del sujeto no puede generar ninguna forma de responsabilidad penal.

El dolo y la culpa constituyen los referentes psíquicos espirituales de todo comportamiento externo que interesa al ordenamiento jurídico. No solo basta comprobar que una acción humana ha causado un resultado disvalioso (muerte, lesión, incendio, etc.), sino que es indispensable reparar cuál ha sido la intención del sujeto, el deber subjetivo de cuidado infringido o la previsibilidad del autor. Bien podría apuntarse que el principio del dolo o culpa es la faz interna del principio del hecho al que imprime pleno sentido, pues resulta difícil determinar la naturaleza de una conducta exterior si no se logra un entendimiento cabal del aspecto interno al cual le da no solo sentido, sino, en ocasiones, la misma relevancia jurídica. Como bien apunta WELZEL, “el llamado tipo objetivo (las llamadas circunstancias exteriores) no es de ningún modo algo externo, puramente objetivo, que estuviera libre de momentos subjetivos. Ya las acciones objetivas de ‘apropiarse’, de ‘engañar’, ‘coaccionar’, ‘sustraer’, como en general todas las acciones de los tipos dolosos, no pueden ser aprehendidos suficientemente sin la tendencia de la voluntad que los conduce y anima”⁽³⁰⁾.

3. Fundamento

A. Si bien el fenómeno de la espiritualización del Derecho penal y la consagración respectiva del principio de responsabilidad subjetiva como una de sus manifestaciones puede encontrarse en el Derecho romano⁽³¹⁾, su elaboración y posterior aceptación data de tiempo reciente. Se puede afirmar que es consecuencia del desarrollo de las ideas del pensamiento ilustrado, pero en especial del avance dogmático del siglo XX, en donde se ha encontrado una delimitación precisa entre las diversas formas de participación interna (dolo o culpa) en el suceso delictivo⁽³²⁾.

(30) WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 93.

(31) Así MAGGIORE, G., *Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 448.

(32) Aunque el desarrollo todavía no ha culminado, sino que prosigue su marcha, puede afirmarse que este es un logro irreversible de la cultura jurídico-penal contemporánea.

40 Hoy no solo se conoce la tradicional distinción entre dolo y culpa, sino que se distinguen las diversas clases de dolo, como son el dolo directo de primer grado (intención), el dolo directo de segundo grado (dolo de las consecuencias necesarias) y el dolo eventual. Asimismo, a nivel del delito culposo suele distinguirse entre imprudencia grave e imprudencia leve, además de la distinción tradicional entre imprudencia consciente e inconsciente. Pese al notable progreso alcanzado por la dogmática penal en la delimitación de las clases y formas del elemento subjetivo del delito, queda aún por lograr el esclarecimiento completamente convincente y satisfactorio entre la culpa consciente y el dolo eventual.

41 B. La necesidad de tener en cuenta los elementos subjetivos que poseen las personas en la comisión de un delito se deriva de diversos argumentos. Así, desde el punto de vista antropológico, se destaca que no todo suceso externo en el que interviene directa o indirectamente el hombre puede generar responsabilidad penal⁽³³⁾. Al ordenamiento jurídico solo le interesan las acciones externas voluntarias o aquellos hechos que pueden ser dominados por la voluntad del hombre⁽³⁴⁾. Cuando el autor ha controlado realmente el suceso, esto es, lo ha dirigido de manera final y consciente, estamos frente a un delito doloso; y cuando solo hubiera podido dominar el hecho, nos enfrentamos a un delito imprudente. De un conjunto de sucesos que el hombre puede producir empleando diversos modos o medios de acción social, al Derecho penal solo le interesan las conductas humanas voluntarias que pueden ser dirigidas conforme a sentido y en atención a fines.

42 Desde el punto de vista de la justicia, solo tiene sentido la punición de los actos voluntarios; ello precisamente constituye un insuprimible elemento de la idea y sentimiento de justicia que todo ser humano tiene acerca de los presupuestos para legitimar la aplicación de cualquier sanción jurídica, al punto que consideramos bárbara, anacrónica e injusta cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa⁽³⁵⁾. Asimismo, la apelación a la idea de justicia exige la diferenciación entre los diversos grados de participación interna, pues, como dice HASSEMER: “es correcto y justo hacer las distinciones respecto a los grados de intervención subjetiva en el delito, de tal modo que se debe valorar

(33) Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Principios y normas rectoras del Derecho penal*, p. 315: “Las sanciones penales implican privaciones o restricciones de bienes o derechos de un carácter tan severo, que la cultura moderna considera decididamente intolerable que se impongan por el sistema de responsabilidad objetiva”.

(34) Cfr. MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 121.

(35) Así FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*. *Op. Cit.*, p. 489.

de manera diferente una lesión según se haya hecho por descuido (imprudencia), por ligereza (negligencia) e intencionalmente (dolo) (...). Una vida cotidiana y un sistema jurídico-penal que no saben distinguir grados de participación interna en sucesos externos, solo puede facilitar la convivencia humana de un modo deficitario y atávico⁽³⁶⁾.

La perspectiva utilitarista y la función del Derecho penal arrojan argumentos a favor del principio de responsabilidad subjetiva. Se apunta, con razón, que: “Si la misión del Derecho penal es proteger bienes jurídicos a través de la amenaza de sanción, el castigar la causación objetiva de resultados imprevisibles e inevitables sería innecesario, inútil e ineficaz. Un Derecho penal que pretendiera exigir responsabilidades por hechos que no dependen en absoluto de la voluntad del individuo merece ser calificado de arbitrario y disfuncional, porque precisamente la pena carece de poder motivador y el castigo perdería toda justificación⁽³⁷⁾. Sería absolutamente discrecional y absurdo un Derecho penal que pretendiera exigir responsabilidad a las personas por hechos o acontecimientos que no dependen de su voluntad⁽³⁸⁾. Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de reprobación, de previsión y de prevención, son las únicas que pueden ser lógica y sensatamente prohibidas⁽³⁹⁾. Si solo se prohíbe lo voluntario, o los resultados externos evitables, la norma jurídico-penal no puede fijar su ámbito prescindiendo de lo subjetivo o psíquico de la conducta. Lo puramente causal no es voluntario, ni es conducta, pues esta aparece en el marco de la volición⁽⁴⁰⁾.”

Desde la perspectiva política, solo el principio de responsabilidad permite tender una línea de defensa frente la potestad punitiva del Estado, tutelando los derechos humanos fundamentales que se ven afectados con las penas. Se termina por obligar al Derecho penal y a su dogmática a detenerse en la valoración de los elementos psicológico-normativos, como son el dolo y la culpa. Así, el solo considerar el daño producido y el perjuicio causado hace que el

(36) HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, p. 276.

(37) ASÍ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción. Op. Cit.*, p. 287.

(38) ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 250, quien gráficamente sostiene que: “No se puede sancionar a quien, al salir de un establecimiento en el que acaba de comprar un coche nuevo, atropella y mata a una persona debido a un fallo en el mecanismo de frenado del automóvil que ni el comprador del vehículo conocía ni podía en absoluto prever”.

(39) Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 492.

(40) ASÍ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental. Tomo II. Op. Cit.*, p. 67, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Op. Cit.*, p. 492, quien apunta correctamente que: “Las prohibiciones penales son normas ‘regulativas’ en el sentido de que presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte del destinatario, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen de manera pragmática con el objeto de orientarlos y condicionarlos; y sería insensato, además de inútil, si dicha posibilidad no existiese”.

Estado tienda por lo general a imponer penas severas y duras, bastándole constatar un resultado lesivo. Este criticable proceder se evita requiriendo no solo una diferenciación entre los diversos grados de participación interna en el delito, sino valorando de distintas manera dichos niveles; situación que acarrea la aparición de marcos penales distintos. Sin el principio de responsabilidad subjetiva, el ciudadano que ha delinquido queda librado a la intervención estatal más arbitraria que termina en una justicia del *cadi*.

- 45 C. El principio de responsabilidad subjetiva no se encuentra recogido de manera unitaria y explícita en alguna disposición del Código Penal. Sin embargo, su construcción puede lograrse en virtud de una interpretación sistemática de algunas disposiciones del Código Penal. Una de ellas, que es la más clara, precisamente la constituye el artículo 11 (título II, capítulo I), que prescribe: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Además de servir este artículo de asidero legal para el principio de legalidad y el principio del hecho⁽⁴¹⁾, consagra una referencia directa al principio de responsabilidad subjetiva cuando exige que las acciones sean dolosas o culposas.
- 46 Una referencia indirecta se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal cuando dispone que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva⁽⁴²⁾. Otra manifestación del principio de responsabilidad subjetiva se halla depositada, aunque de manera implícita, en el artículo 14 del Código Penal, disposición que regula la relevancia jurídica del error, distinguiendo entre el error de tipo y el error de prohibición.
- 47 No es correcto sostener que si se declara legislativamente la vigencia positiva del principio de responsabilidad subjetiva —en el sentido de exigencia de dolo o culpa—, está garantizada la eliminación de la responsabilidad sin culpabilidad

(41) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I, p. 402 ss.

(42) Pese a todo puede advertirse, sin mayor dificultad, un error en la redacción del precepto cuando se declara que: “La pena requiere la responsabilidad penal del autor”. ¿Acaso la responsabilidad no siempre es del autor al responder por su hecho antijurídico y culpable o es que se piensa que nuestro Derecho ha reconocido alguna vez la responsabilidad penal por el hecho de otro? Creernos que la formulación correcta hubiera sido la referencia bien a la responsabilidad personal, tal como sucede en el artículo 27 de la Constitución italiana, o bien de modo más directo se debió consagrar la responsabilidad subjetiva, máxime si en la parte final del artículo se consagra la proscripción a toda forma de responsabilidad objetiva. En el primer caso se haría referencia, mediante una redacción amplia, tanto al principio de responsabilidad subjetiva y al principio del hecho propio e incluso al principio de culpabilidad, volviendo innecesaria la referencia al principio de responsabilidad subjetiva, por cuanto sería la faz interna de dicha responsabilidad personal. En el segundo caso, al declararse la responsabilidad subjetiva, perdiéndose amplitud, se ganaría una mayor precisión y coherencia lógica, tal como sucede, por ejemplo, en el artículo 5 del nuevo Código Penal español.

o que en ella se agotan todos los derivados del principio de culpabilidad, pues a lo mucho se estaría prohibiendo alguna modalidad de responsabilidad objetiva. En realidad, con una fórmula de esta clase solo se toma en cuenta una de las facetas y expresiones más importantes del principio de culpabilidad, pero no se agota en absoluto su contenido⁽⁴³⁾, dado que incluso puede sustentarse su compatibilidad con los delitos calificados por el resultado, siempre que el resultado más grave sea a título, por lo menos, de imprudencia⁽⁴⁴⁾, o dejar libre el camino para que se imponga una pena por encima de la medida de la culpabilidad⁽⁴⁵⁾.

La limitación del principio de responsabilidad subjetiva en la fijación de la responsabilidad penal queda clara en este punto cuando se contempla la posibilidad de que pueda haber dolo o culpa en la comisión de un hecho delictivo, pese a no imponerse pena; por ejemplo, cuando el autor actúa en inexigibilidad de otra conducta o en error de prohibición invencible⁽⁴⁶⁾. En nuestro Derecho positivo una declaración expresa de uno de los contenidos del principio de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) no es necesaria, en la medida que dicha conclusión se puede obtener fácilmente del principio consagrado en el artículo 11 del Código Penal⁽⁴⁷⁾.

4. Contenido

El principio de responsabilidad subjetiva en su actual caracterización tiene diversos matices que, según la posición particular de cada autor, pueden poseer un contenido variado de difícil unidad en cuanto a sentido técnico. Sin embargo, en lo que sigue solo consideraremos los puntos (de acuerdo o según consenso existente sobre dicho principio) que representan una *communis opinio* entre los autores que conforman la dogmática penal contemporánea.

4.1. La exigencia de dolo o culpa

El dolo y la culpa son las formas tradicionales del principio de responsabilidad subjetiva que con el correr del tiempo han obtenido carta de ciudadanía

(43) Cfr. en el Derecho penal español RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, p. 38; VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I, p. 60; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal. Op. Cit.* Tomo III, p. 17.

(44) Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I, p. 359.

(45) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal. Op. Cit.* Tomo III, p. 17.

(46) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 57.

(47) Cfr. en el Derecho penal español CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 353, quien, refiriéndose al artículo 5 del Código Penal español, señala: "Artículo que tal como está formulado es superfluo, es técnicamente incorrecto y acoge solo una parcela de la definición normativa de la culpabilidad"; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Comentarios al nuevo Código Penal. Op. Cit.*, p. 57.

en la mayor parte de legislaciones del mundo. No basta con determinar la existencia de un nexo psíquico-normativo entre el comportamiento del sujeto y el resultado producido, sino que resulta indispensable reparar en que si el sujeto tuvo la intención o no de causarlo. La vinculación objetivo-normativa del daño (resultado) con la conducta humana externa es una condición necesaria pero no suficiente en la fijación de la responsabilidad penal, pues hay que complementarla forzosamente con la imputación subjetiva y el propósito del agente. Solo cuando se integran estos dos aspectos puede fundarse la responsabilidad criminal de manera justa y racional, evitándose incurrir en una arbitrariedad incompatible con el Estado de Derecho.

4.2. Relevancia del error en Derecho penal

- 51 El error es el conocimiento deficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. El Derecho no estudia al error en cuanto recae en la verdad en general, que es propia de la teoría del conocimiento, sino en la medida que tiene por objeto un hecho con relevancia para el ordenamiento jurídico o una norma jurídica. Por otro lado, el Derecho no se ocupa de toda clase de error, sino de aquel que recae en la voluntad de una persona, siempre que repercuta en el mundo social. El error que interesa aquí no es el error en abstracto o como concepto de la filosofía, sino aquella defectuosa aprehensión de la realidad que incide en la ejecución de una conducta que es o termina siendo relevante para el ordenamiento jurídico.

5. Consecuencias del principio de responsabilidad subjetiva

- 52 La vigencia del principio de responsabilidad subjetiva arrastra consigo una serie de prohibiciones dirigidas tanto al legislador como al juez penal con el objeto de impedir el resquebrajamiento de sus bases cuando se pretenda consagrar la responsabilidad en virtud de un suceso exterior desvinculado de cualquier referencia interna. Las consecuencias, a manera de prohibiciones, del principio en comentario, son:

5.1. Proscripción de una pura responsabilidad objetiva

- 53 La responsabilidad objetiva, llamada también “responsabilidad anómala”, “responsabilidad sin culpa” o *versari in re illicita*⁽⁴⁸⁾, encuentra rechazo unánime

(48) Al respecto CEREZO MIR, J., “El *versari in re illicita* en el Código Penal español”. En: *Problemas fundamentales de Derecho penal*, p. 60 ss., nos recuerda que el principio *qui versatur in re illicita respondentiam pro casu* —es decir, el del que realiza un acto ilícito responde por todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él— tiene su origen en el Derecho penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad

en el Derecho penal contemporáneo, pues solo obliga a tener en cuenta el daño causado y la pura lesión de bienes jurídicos, renunciando a cualquier requerimiento más allá de la constatación de la lesión; o bien se restringe a exigir una relación de causalidad o imputación objetiva, sin tener en cuenta la subjetividad del agente y su real intención. La responsabilidad objetiva supone el castigo del autor por los resultados que directa o indirectamente son consecuencia de su conducta, sin reparar si quiso o no causarlos o si pudo o no prevenirlos. Su esencia es la comprobación del daño producido, renunciando a averiguar la forma cómo se genera, dejándose de lado expreso cualquier referencia interna.

5.1.1. El caso fortuito

La imprudencia no solo representa, respecto al dolo, una forma atenuada⁵⁴ de responsabilidad subjetiva, sino que constituye el límite mínimo para el castigo de una conducta. Dolo y culpa no solo son el grado máximo y mínimo de responsabilidad subjetiva, sino que constituyen sus dos únicas formas de expresión. Así como no hay algo más grave que el dolo, no existe figura más leve que la imprudencia: la culpa representa el límite mínimo entre la conducta penalmente relevante y las acciones impunes. Lo que no puede encajar dentro de la imprudencia y el dolo no produce efecto penal alguno, ni puede justificar la imposición de una pena.

Justamente el caso fortuito se encuentra más allá de la imprudencia, por lo⁵⁵ que no debe generar ningún tipo de responsabilidad penal. Si para que exista responsabilidad se requiere como presupuesto, en los delitos dolosos como en los culposos, el establecimiento de un vínculo entre la acción y el resultado (plano ontológico) y que una conducta cree un riesgo jurídicamente desaprobado que se concrete en el resultado y que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma típica (plano normativo); en el caso fortuito falta la responsabilidad penal porque el resultado se produce por el puro azar o por la casualidad, fenómenos externos que escapan del control de la voluntad y que no pueden ser abarcados por el dolo o la culpa. El Derecho penal no funda la posibilidad de imponer sus sanciones jurídicas en acontecimientos contingentes o sucesos imprevisibles que no pueden ser gobernados o dirigidos por la voluntad humana⁽⁴⁹⁾.

objetiva. Véase también ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 256, quien precisa que para justificar el *versan in re illicita* solía alegarse el dolo indirecto.

(49) Cfr. MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. *Op. Cit.*, 42/21, p. 121: "El perjuicio fortuito de un bien jurídico provocado por la conducta humana no es objeto

5.1.2. Los delitos cualificados por el resultado

- 56 Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal más elevado en virtud de que a una conducta típica se le asocia un ulterior resultado más grave que, por lo menos, puede ser imprudente. Debe indicarse que no siempre en todo delito doloso opera una cualificación por el resultado, aunque este sea causado de manera imprudente, sino solo en determinados supuestos en donde, según “la normal experiencia”, una conducta con frecuencia suele producir un determinado resultado. Para ello además es necesario que la cualificación, por requerimiento expreso del principio de legalidad, se encuentre prevista en la ley.
- 57 Estos delitos, como reconoce la doctrina de manera casi unánime, son un rezago sobreviviente de la responsabilidad penal objetiva o del resultado⁽⁵⁰⁾, reinante en épocas pretéritas y que se remonta a la doctrina elaborada en el Derecho canónico del *versari in re illicita*, conforme al cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, por todas las acciones que deriven de su acción prohibida.

IV. Principio de legalidad

- 58 1. El principio de legalidad representa la garantía penal más importante en el desarrollo del Derecho penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca, con la debida anticipación y precisión, qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son lícitos⁽⁵¹⁾. Por la ley, y la función de garantía que esta desempeña, el ciudadano puede saber con exactitud las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, orientándose correctamente en la vida social y en sus relaciones con terceros a través de la adecuada formación de la voluntad.
- 59 2. Su vigencia no es exclusiva del Derecho penal, sino que pertenece a todo el ordenamiento jurídico en sus diversas disciplinas. El principio de legalidad

de la norma: este solo puede estar constituido por acciones dominables que permitan impedir y evitar perjuicios de bienes jurídicos. Así, ‘cada norma’ prohíbe todas sus transgresiones evitables. La prohibición de dar muerte no se remite a la mera producción fortuito-causal de la muerte, sino a acciones de homicidio dominables; solo así el hombre puede evitar el perjuicio del bien jurídico de la vida o de la solidaridad humana”.

(50) Así ROXIN, C., *Derecho penal. Op. Cit.*, 10/121, p. 335; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 235; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 287; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 535; RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, p. 441; ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal*, p. 277.

(51) Cfr. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, p. 76.

caracteriza al sistema romano-germánico respecto al sistema jurídico anglosajón, basado en la decisiva importancia que se concede al precedente judicial y a las costumbres de los tribunales (*common law*)⁽⁵²⁾. Mientras en uno la ley reina de manera amplia, en el otro prevalece el valor de la jurisprudencia y de la tradición jurídica, forjada en los tribunales desde antiguo y que se renueva lentamente.

3. En el Derecho penal es donde mayor hegemonía y valor cobra la importancia del principio de legalidad. Pues en él los delitos y las penas solo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho. Está vedada la configuración de los mismos a través de la costumbre, la analogía u otro procedimiento semejante. Aquí puede hablarse con énfasis de un exclusivo y único monopolio de la ley en la creación de delitos y penas. Pero ello no basta: se exige, además, una determinada jerarquía y nivel de la ley que crea delitos y penas. Se debe tratar de una ley formal expedida por el Parlamento o de una norma que, según la Constitución, le sea equivalente (principio de reserva de la ley).

El principio de legalidad en sede penal no es amplio ni sumamente abierto, sino que se reduce drásticamente, pues solo una clase de normas de las muchas existentes en el orden jurídico deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas. No basta cualquier ley o disposición escrita, independientemente de su jerarquía, sino que se exige una disposición de un determinado rango dentro de la escala normativa fijada por la Constitución para que sea válida la creación de delitos y penas. En ella, finalmente, solo pueden contarse las leyes formales expedidas por el Parlamento, los decretos legislativos y los decretos leyes cuando se trate de un gobierno no elegido de manera democrática. Las demás normas, como los decretos supremos —incluyendo aun los de necesidad y urgencia—, las resoluciones legislativas o las ordenanzas municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas. De hacerlo incurrirían en una manifiesta inconstitucionalidad.

Pese a ello, y en contra de lo que usualmente se afirma, debe aclararse que no es que las demás fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho y la doctrina, no cumplan ninguna función en el Derecho penal, delimitando su contenido y ayudando a fijar sus límites, o que sencillamente dejen aquí de ser fuentes, sino que cumplen un

(52) Sobre el *common law* y sus principales características, véase HOLMES, O., *The Commom Law*; FRIEDMAN, L., *Introducción al Derecho norteamericano*, pp. 67 y 103, quien aborda el estudio de los tribunales y la legislación norteamericana.

rol accesorio y complementario a la legislación. Ninguna de las fuentes aludidas puede crear delitos y penas, pues dicho papel es cumplido exclusivamente por la legislación. Sin embargo pueden complementar el Derecho penal, siempre y cuando no graven con mayores costos (sanciones) las conductas de los ciudadanos.

63 Es innegable que la doctrina y la ciencia penal ayudan a esclarecer y fijar con precisión los contenidos del Derecho penal, permitiendo un tratamiento igualitario y racional de las acciones de las personas; asimismo, la jurisprudencia permite el fortalecimiento de la conciencia jurídica a través de sus decisiones y fallos desde la más alta hasta la más baja instancia, complementando con su labor algunas cláusulas abiertas, como el deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes o la posición de garantía y la identidad estructural entre omisión y acción en los delitos de omisión impropia.

64 4. Además de la necesaria reserva de la ley como característica elemental del principio de legalidad en materia penal, cabe resaltar otras exigencias que destacan el profundo carácter material y garantista del mismo. Una de ellas es la prohibición de retroactividad, por la cual una ley solo rige para hechos futuros y es aplicable desde el momento de su publicación hacia adelante, siendo ilegítimo que se pretenda aplicar (retroactivamente) para hechos pasados, más aun cuando se busca incriminar una conducta que al tiempo de cometerse no ha sido punible, o busca agravar una sanción —pena o medida de seguridad— en perjuicio del reo por un hecho cometido antes de su vigencia (*vide infra*).

65 Tenemos también el principio de prohibición de analogía, por el cual no se puede crear derecho (delitos y penas) más allá del sentido literal posible de la norma sobre la base de una simple relación de semejanza entre un caso y otro, aun cuando tenga igualdad valorativa y posea idéntico merecimiento de pena. El juez no puede apelar a una personal apreciación de los hechos, ni basarse en criterios éticos o morales, ya sea particulares o de grupo, si la conducta no se encuentra descrita previamente en la ley y solo en ella. Asimismo, se cuenta la prohibición del Derecho consuetudinario, la más genuina y elemental derivación del principio de legalidad, por el cual ninguna costumbre o uso social puede legitimar la creación de delitos y la elevación (o la mayor drasticidad) de las penas o las medidas de seguridad. Esta función únicamente está reservada a la ley. La costumbre puede servir solo de orientación o de pauta de referencia en la aplicación del Derecho, v. gr. en la determinación judicial de la pena, pero nunca se le asignará el papel de principio rector que solo está reservado a la ley escrita. Por último, se tiene la prohibición de determinación de la ley penal o principio de taxatividad, el cual prescribe que

el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando, en la medida de lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto y sus límites por parte del destinatario de las normas y el mismo juez penal.

No basta que exista una ley escrita para que el principio de legalidad se dé por satisfecho y cumpla su función garantista. Es necesario que se añadan las prohibiciones antes mencionadas que son consecuencia directa del reconocimiento del principio de legalidad en su dimensión material y no puramente formal (al respecto, *vide infra*). 66

5. Las ventajas que se suelen esgrimir en favor de un sistema jurídico asentado en la vigencia del principio de legalidad sobre otros sistemas basados en el derecho consuetudinario son diversas. En primer lugar, se alude a la mayor seguridad jurídica que permite alcanzar un sistema codificado o de Derecho positivo, el cual facilita al ciudadano la certeza de saber qué conductas están prohibidas y qué conductas son lícitas⁽⁵³⁾, eliminando la incertidumbre de una condena que se puede basar en la arbitrariedad judicial, sin que la acción se encuentre considerada como ilícita previamente. Se logra sortear así la discrecionalidad, impidiendo la consagración de una justicia fundada en el personal sentir y en factores circunstanciales o coyunturales. 67

En segundo lugar, permite una mayor fidelidad al Derecho, pues el comportamiento futuro, e incluso el actual, del ciudadano, se hace más calculable y predecible, dado que una ley, como expresión de la voluntad popular (Parlamento), y su respectiva publicación y difusión, pueden ser conocidas por todos los integrantes de un país, quienes pueden informarse sobre su real contenido⁽⁵⁴⁾, sin dudas y preocupaciones. El ciudadano se orienta y motiva sobre patrones objetivos ciertos, por lo común permanentes, no sobre bases coyunturales sumamente discutibles. Asimismo, logra saber qué le sucederá en caso 68

(53) Al respecto, vale recordar las conocidas palabras de BETTIOL, G., *Derecho penal*, p. 87: "Cuando falta una ley que determine con precisión lo que es lícito e ilícito, desaparece la posibilidad de actuar dentro de una situación de certidumbre y el individuo queda expuesto a toda 'posibilidad penal'". Luego sostiene: "Las exigencias de certeza del derecho imponen el reconocimiento del principio (de legalidad), porque solo cuando el derecho es 'cierto' se garantiza la acción humana y es posible salir de la caótica situación de peligro".

(54) Esto no sucede con la costumbre que, por ser uso social repetido y socialmente coercible, no tiene sus límites completamente definidos, peor aún si puede variar su contenido o comprensión según el lugar donde se la practique. Mientras la ley es la misma y no altera su esencia en cualquier parte del país en virtud de su publicación en el diario oficial, la costumbre se modifica en cada región, localidad o según sea su contexto (el campo o la ciudad), por lo que no se le puede calificar de general o de cierta.

realice la conducta prohibida, pues la clase, tiempo de duración y forma de la sanción se encuentran previamente determinados⁽⁵⁵⁾.

69 También favorece el tratamiento igualitario de las personas. Solo un precepto general y abstracto que se dirija a todos los ciudadanos, o a todos los integrantes de un sector del tráfico o de la sociedad que tienen especiales posiciones (dominio social) o deberes personales, puede asegurar la aplicación uniforme del Derecho, haciendo que su contenido sea más justo y proporcional. Toda persona que se somete a la ley sabe —o debe saber— que otro en su lugar será juzgado con igual dureza o benignidad⁽⁵⁶⁾.

70 6. El principio de legalidad representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano, en el que se sintetizan los demás principios informadores del Derecho penal, como el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad, el de humanidad de las penas, entre otros. Cualquier cambio o vicisitud que afecte al Derecho penal empieza por la modificación de la ley penal, pues esta es su única puerta de ingreso. La transformación de la política-criminal en Derecho penal supone, por lo general, el empleo de una ley penal. No obstante, debe quedar claramente establecido que la sola exigencia de una ley en la creación de delitos y penas no determina su legitimidad democrática y su validez jurídica. Es necesario añadir otros requisitos materiales que complementen e impriman un mayor sentido garantista al principio de legalidad, para que no solo quede como un principio de carácter formal.

71 Las consecuencias del principio de legalidad son múltiples, dependiendo del ángulo desde el que se las contemple. Sin embargo, aquí solo vamos a detenernos en el “núcleo de su contenido”, el que la doctrina penal de nuestro tiempo admite cuando se acepta la vigencia del principio. Estas consecuencias son: a) la prohibición de leyes indeterminadas que crean o agravan delitos o
72 las penas; b) la prohibición del Derecho consuetudinario; c) la prohibición de retroactividad perjudicial; y d) la prohibición de analogía *in malam partem*. En todo caso, debe recordarse que: “El principio de legalidad también está sometido a una constante transformación evolutiva y al progresivo afinamiento de su compleja morfología”⁽⁵⁷⁾.

(55) Conf. ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Fundamentos de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 275.

(56) El gobierno de las leyes no excluye que los jueces dejen de aplicar la equidad o la justicia en el caso concreto, siempre que las circunstancias del hecho o las condiciones personales del sujeto así lo permitan. La equidad, según enseñó desde antiguo Aristóteles, suele ser el gran complemento de la justicia (general) de la ley.

(57) ROMANO, M., *Commentario Sistemático del Codice Penale*. Tomo I, p. 32, quien señala que: “La reserva de la ley y la exclusión de la costumbre, el principio de determinación, el principio de irretroacti-

V. Bibliografía

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*. Traducción de Jorge Guerrero y 73 Marino Ayerra Redín. Temis, Bogotá, 1988; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*. 2ª edición. Akal, Madrid, 1986; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I; BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*. Traducción de LEÓN PAGANO. Temis, Bogotá, 1966; BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*. Traducción de GUTIÉRREZ ALVIZ-CONRADI. Bosch, Barcelona, 1977; BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”. En: *Contribución a la teoría del Derecho*. Traducción de RUIZ MIGUEL. Madrid, 1990; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal*. Tomos II y III. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 1998; CEREZO MIR, José, “El *versan in re ilícita* en el Código Penal español”. En: *Problemas fundamentales de Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1982; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I. Trivium, Madrid, 1997; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*. Revisada por LEGAZ Y LACAMBRA. 9ª edición. Bosch, Barcelona, 1980; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*. Tomo II. Temis, Bogotá, 1986; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Principios y normas rectoras del Derecho penal*. 2ª edición. Leyer, Bogotá, 1999; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Traducción de Andrés IBÁÑEZ et al. Trotta, Madrid, 1995; FRIEDMAN, Lawrence, *Introducción al Derecho norteamericano*. Bosch, Barcelona, 1988; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*. 7ª edición. Porrúa, México, 1994; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. 2ª edición. Universidad Complutense, Servicios de Publicaciones, Madrid, 2000; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*. Traducción de ARROYO ZAPATERO y MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1984; HOLMES, Oliver Wendell, *The Commom Law*. TEA, Buenos Aires, 1964; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid, 1995; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de MANZANARES SAMANIEGO. Comares. Granada, 1993; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*. 5ª edición. Bosch, Barcelona, 1979; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*. Universitas, Madrid, 1996; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*. 2ª edición. Tomo I. Temis, Bogotá, 1985; MANTOVANI, Ferrando, “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En: *Doctrina Penal* año 6, 1983; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Traducción de BOFILL GENZSCH. Astrea, Buenos Aires, 1994; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal*. Traducción de BOFILL GENZSCH y AIMONE GIBSON. Astrea. Buenos Aires, 1994;

vidad y la prohibición de analogía, representan las múltiples fases de una única realidad que no es otra que la superior exigencia de garantía en materia penal”.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*. 5ª edición. Reppertor, Barcelona, 1998; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzandi, Pamplona, 1996; RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959; RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y Derecho*. 3ª edición. Porrúa, México, 1952; RODRÍGUEZ DEVEZA, José / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*. Dykinson, Madrid, 1994; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1978; ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*. 2ª edición. Tomo I. Giuffrè, Milano, 1995; ROXIN, Claus, *Derecho penal*. Traducción de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Y DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. 3ª edición. Tomo II. Buenos Aires, 1978; TIEDEMANN, Klaus, *Leciones de Derecho penal económico*. PPU, Barcelona, 1993; URQUIZO OLAECHEA, José, "El bien jurídico". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 6; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal*. 3ª edición. Temis, Bogotá, 1997; VIVES ANTÓN, Tomás, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; VON LISTZ, Franz, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA y adiciones de QUINTANO SALDAÑA. Volumen II. Madrid, 1929; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970; ZIPF, Heinz, "Introducción a la política criminal". Traducción de IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. En: *Revista de Derecho privado*. Madrid, 1979; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

§ 12

Delito doloso y delito culposo

(Técnica legislativa de las infracciones punibles)

ALICIA GIL GIL
Universidad Nacional de Educación a Distancia
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	509	V. Construcción y fundamen-		
II. Antijuridicidad e infracción			tación que se propone. La		
de la norma de determina-	3	510	determinación de la acción	30	530
ción			típica		
III. Crítica a la imprudencia			VI. Segundo paso en la iden-		
como error	13	515	tificación de la conducta	42	540
IV. Crítica a las concepciones que			típica		
identifican la realización del			VII. El resultado y su pertenen-	47	544
tipo imprudente tanto como			cia a lo injusto.....		
un problema de exclusiva			VIII. La imputación del resul-		
imputación del resultado,			tado.....	53	547
o de imputación de la con-			IX. Bibliografía.....	60	554
ducta y del resultado	28	528			

§ 12.- Delito doloso y culposo

“Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

I. Introducción

El Código Penal peruano ha optado, como la mayoría de los códigos penales modernos, por el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos. Un sistema de incriminación que conserva del anterior CP⁽¹⁾ y que es alabado por la doctrina por ser más garantista⁽²⁾, al cumplir mejor con el principio de legalidad y por responder al principio de intervención mínima⁽³⁾. Solo merece el artículo 12 un ligero reproche por no haber abandonado al

(1) Sobre la evolución legislativa del delito imprudente en Derecho peruano, véase HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 711 ss.

(2) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 621.

(3) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II, p. 159; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 710.

antiguo término “culpa” para sustituirlo por el de imprudencia, más fácilmente distinguible del término “culpabilidad”⁽⁴⁾. Pero, además, el CP peruano deja claro en su artículo 12 que la infracción dolosa y la imprudente son diferentes e independientes, y no, como defendía la doctrina más antigua, dos formas de comisión del delito. En definitiva, la literalidad del artículo 12 viene a consagrar, en mi opinión, la superación de la concepción de la culpa como forma de la culpabilidad, y la concepción de la doctrina peruana mayoritaria, al igual que la española o la alemana, de que dolo e imprudencia son elementos respectivamente del tipo doloso y del tipo imprudente⁽⁵⁾.

- 2 Sin embargo, en Alemania, una nueva concepción del dolo y de la imprudencia como formas de la evitabilidad, pero colocadas esta vez en un supuesto tipo subjetivo de lo injusto, que sucede a un idéntico tipo objetivo común al delito doloso y el imprudente, se ha abierto paso con fuerza a través de la llamada “teoría de la imputación objetiva de la conducta”, que se ha exportado también a Latinoamérica, principalmente desde los trabajos de FRISCH y de JAKOBS. Frente a tal construcción se hace preciso reivindicar un delito imprudente distinto ya en su tipo objetivo del delito doloso, lo que guarda relación, como vamos a ver a continuación, con la concepción de las normas subyacentes a uno y otro delito y la relación entre injusto e infracción de la norma de determinación. Tras analizar la conducta imprudente pasaremos a ocuparnos a la pertenencia del resultado a lo injusto y los criterios de imputación objetiva del resultado en el tipo imprudente.

II. Antijuridicidad e infracción de la norma de determinación

- 3 Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones

(4) Como señala MAZUELOS COELLO, J., “El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual”. En: HURTADO POZO, J., MEINI MENDEZ, I. (Eds.), *Aspectos fundamentales de la Parte general del Código Penal peruano*, p. 155, ello no tiene mayor trascendencia, ya que de manera homogénea se identifica “culpa” con “imprudencia” y “culposa” con “imprudente”, con la salvedad de que el término imprudencia facilita la distinción respecto de la idea de “culpabilidad” de contenido distinto. A favor del término imprudencia también PEÑA-CABRERA, 2001, p. 510 y PEÑA-CABRERA FREYRE, A., *Derecho penal peruano*, p. 397. Alabando la sustitución del término “culpa” por el de “imprudencia” en el Código Penal español CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 159.

(5) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 716 ss. y p. 732; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal*, p. 511; PEÑA-CABRERA FREYRE, A., *Derecho penal peruano. Op. Cit.*, pp. 393-394; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 247.

valiosas⁽⁶⁾. Así es como las normas penales (y no solo la pena) realizan su función de protección de los bienes jurídicos.

No puede admitirse, en cambio, que la norma decaiga allí donde el sujeto concreto no puede ser motivado⁽⁷⁾, pues hay que distinguir claramente el deber de las condiciones que posibilitan o impiden el cumplimiento de ese deber, no pudiendo estas últimas condicionar la existencia del primero por constituir tal proceder una incoherencia lógica⁽⁸⁾.

Las posturas que bien ponen el acento en la comprensión de la norma de conducta como norma de determinación y extraen de esta afirmación la consecuencia de la exclusión de la antinormativa cuando falta la motivabilidad del sujeto o, por el contrario, prescindiendo del contenido de las normas, se centran en la concepción del delito como una teoría de la imputación, carecen de la necesaria y útil delimitación de lo prohibido con independencia de que la vulneración de la prohibición no sea imputable⁽⁹⁾.

Tampoco son correctos los intentos de sustituir el fundamento de la antijuridicidad por la lesividad o las valoraciones con el fin de seguir manteniendo un concepto de antinormativa completa trasladada ahora a la culpabilidad⁽¹⁰⁾.

(6) Como señala WEIßEL, H., 1969, p. 5, 1970, p. 16: "El Derecho penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. Solo así obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social".

(7) Como señala SILVA SÁNCHEZ, J., "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, p. 21, los autores que siguen esta línea tienden a desandar el camino seguido por Armin KAUFMANN en su distanciamiento de BINDING al ampliar el conjunto de elementos precisos para afirmar la concurrencia de una vulneración de la norma.

(8) KAUFMANN, A., 1977, p. 110.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J., "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?". *Op. Cit.*, p. 25.

(10) Hoy en día MIR PUIG sigue afirmando que la concepción imperativa de la norma tiene consecuencias fundamentales para la teoría del delito, porque un imperativo solo tiene sentido si puede ser recibido por su destinatario, por lo que habrá que considerar el dolo y la posibilidad de conocimiento de la norma en cuanto condicionan la recepción del imperativo por el sujeto como condiciones de aplicación de la norma. Si esta es un imperativo dirigido a la voluntad solo podrá infringirse voluntariamente —*Derecho penal. Parte general*, p. 81—. Pero MIR PUIG distingue antijuridicidad de infracción de la norma de determinación. La primera la entiende como un mero juicio de desvalor —p. 146— y la última la coloca en la imputación personal (nuestra culpabilidad) —pp. 146-147— que requiere la infracción personal de la norma primaria y que la antijuridicidad pueda atribuirse a un sujeto penalmente responsable. Por lo tanto, que "la norma solo puede intentar legítimamente evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo" no impide para MIR PUIG la antijuridicidad del acto contrario a la norma de quien no pudo recibir correctamente el imperativo, sino solo la imputación personal (culpabilidad). Si un sujeto no puede advertir personalmente la

Todo ello se hace por mantener una premisa, en mi opinión, falsa: que la imposibilidad absoluta de motivación normativa impide la propia infracción de una norma personalmente dirigida al sujeto y que esta antinormativa completa, así entendida, no puede dividirse en partes según la función que corresponde a cada categoría del delito⁽¹¹⁾.

- 7 Tal concepto de antijuridicidad basado exclusivamente en la lesividad no puede explicar por sí mismo ni la pertenencia del dolo y la imprudencia a lo injusto ni por tanto tampoco el castigo de la tentativa. Por ello es necesario dividir la antinormativa completa entre lo injusto como contradicción con el contenido de la norma general (la antijuridicidad abstracta), y las condiciones personales de cumplimiento de la norma que se llevan a la culpabilidad. La concepción de la norma como comunicación individual supone la pérdida de la función preventivo-general positiva que cumple la pena a través de su ajuste a la categoría de lo injusto, pues esta categoría deja de decir lo que está prohibido con carácter general y entonces la pena ajustada a ella ya no podrá reforzar en las conciencias de los ciudadanos esos juicios generales⁽¹²⁾. Esta construcción, con los requisitos que establece para la antinormativa no puede explicar satisfactoriamente el castigo de la imprudencia inconsciente y del error de prohibición vencible⁽¹³⁾. Además, al desplazar la antinormativa completa a la culpabilidad y fundamentar la antijuridicidad en la lesividad, no puede explicar tampoco el castigo de la tentativa, pues ya no puede fundamentarlo en la lesividad tal y como se la concibió, sino que pretende hacerlo en un nuevo concepto de “lesividad jurídica”, es decir, esta postura tiene que recurrir también a la contradicción con la norma prescripción o norma promulgada que, sin embargo, se empeña en calificar de irrelevante⁽¹⁴⁾.

peligrosidad objetiva del hecho MIR PUIG no afirma que el mismo deje de ser antijurídico, sino solo deja de ser personalmente imputable (culpable) —p. 148—. Por tanto, en su concepción la capacidad para recibir el imperativo ya no condiciona la antijuridicidad del hecho, porque MIR PUIG no equipara antijuridicidad con infracción de la norma de determinación. Sin embargo, es precisamente esta comprensión de la infracción de la norma de determinación lo que me resulta inadmisibile.

- (11) Esta es también la construcción seguida por MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, pp. 495, 497 ss., 837 ss., *passim*. En contra de la misma véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, p. 53 ss.
- (12) Aunque, ciertamente, la pena se ajusta a lo injusto y a la culpabilidad, con lo que finalmente la cuantía y clase de pena pueden no identificar el desvalor del hecho por haber sido tamizado por una culpabilidad disminuida; sin embargo, la proclamación de lo injusto y su desvalor sobre el que después se aplican las rebajas debidas a la menor culpabilidad siguen cumpliendo la función de recordar el desvalor general del hecho y la vigencia general de la norma vulnerada.
- (13) Sobre todo ello GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, *Op. Cit.*, p. 53 ss.
- (14) Sobre las contradicciones de la tesis de FERNANDO MOLINA en este aspecto véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resul-*

En mi opinión, no se trata de buscar el concepto de antinormativa completa y ligarnos a él sin más, se trata de ver qué parte de la antinormativa es necesaria para cada categoría dogmática, elaborando estas desde sus funciones y no desde la presunta vinculatoriedad de un concepto de antinormativa previamente decidido. Personalmente entiendo que es preferible establecer una separación entre la contrariedad objetiva entre la conducta humana y lo prescrito por la norma (antijuridicidad) y las condiciones del cumplimiento de la norma, ya que ello nos permite mantener el carácter general de la prescripción con sus efectos frente a terceros.

La selección para lo injusto de una parte de la antinormativa completa: la contradicción objetiva de la conducta con el contenido de la norma de determinación permite, por una parte, limitar las lesiones o puestas en peligro desvalorables al hacerlas pasar por el ojo de la aguja de lo prohibible (tanto en el delito doloso, en que solo se desvalorarán las producidas por una acción dirigida por la voluntad a tales resultados, como en el imprudente, en el que solo se desvalorarán las lesiones causadas por una conducta que infringió el cuidado objetivamente debido). Y, por otro lado, permite considerar como injusto, conductas que no suponen necesariamente todavía un efecto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (actos preparatorios, tentativa inacabada, delitos de resultado cortado, etc.).

Llegados a este punto, hay que admitir que existen dos formas posibles del contenido de lo generalmente prohibible (prescindiendo por tanto de las condiciones individuales de la norma de comunicación que quedan para la culpabilidad). Para esta misión de identificar las conductas prohibidas *ex ante* existen dos tipos de normas que se corresponden con dos formas de identificación: las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico, entonces el contenido de la voluntad se convierte en elemento que identifica la conducta prohibida y las que suponen un determinado riesgo *ex ante* que se considera no permitido y entonces el determinado riesgo *ex ante* identifica la conducta como no permitida en el momento en que se la da comienzo. Solucionado el problema de la concreción del enunciado de la norma de determinación, los problemas de comunicación quedan al margen, pero el dolo queda en el tipo sin necesidad de elementos subjetivo en la imprudencia⁽¹⁵⁾.

tado. Op. Cit., p. 65 ss.

(15) En mi opinión, la pertenencia del dolo a lo injusto en los delitos dolosos no deriva directamente por tanto del efecto motivador que se asigna a la concepción imperativa de la norma, ni de la concreción de la norma en deber, pues como hemos visto, otras exigencias del efecto motivador se colocan sin problema en la culpabilidad, pero es esta concepción imperativa de la norma la única

11 El dolo es la guía o conducción, dirección mediante el actuar voluntario, de un curso causal hacia el resultado, la imprudencia es la realización de una conducta que supone la posibilidad ya no tolerada de desarrollar un concreto curso causal lesivo que se deseaba evitar. Son dos formas de definir la acción que no desea el Derecho, una a través de la dirección consciente de los factores, otra a través de una acción peligrosa *ex ante* por encima de lo tolerado. Ambas formas de definir la conducta prohibida son necesarias, pues ni la definición de un riesgo no tolerado es suficiente para identificar las conductas dolosas en un momento de realización incipiente en el que desde el punto de vista objetivo todavía no podrían calificarse como riesgo no tolerado de determinado resultado (tentativa inacabada, actos preparatorios), ni la elección y dirección consciente de todos los factores capaces de producir un resultado puede valorarse de la misma manera que la realización de una conducta que acaso pueda comportarse como factor causal si interacciona con otros no dirigidos, sino solo posibles⁽¹⁶⁾. Ello supone que ya el tipo objetivo es diferente para el delito doloso y para el imprudente⁽¹⁷⁾.

12 Frente a esas posturas que situaban una antinormativa completa e indivisible en la culpabilidad pretendiendo identificar lo injusto con la lesividad o peligrosidad, están las otras que anunciaba, que dividiendo esa antinormativa, bien desde la teoría de la imputación objetiva, construyen un tipo objetivo basado también exclusivamente en la lesividad o peligrosidad y le añaden un tipo subjetivo como forma de evitabilidad, o bien, desde algunas ramas

que permite dicha inclusión. Si entendemos, como aquí se pretende, con el objeto de distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad, la norma como prescripción (y no como comunicación, incluyendo en su existencia todas las condiciones de su carácter instrumental que posibiliten su éxito), la antijuridicidad como contradicción objetiva entre la conducta realizada y la prohibida por la norma implica la pertenencia del dolo a lo injusto simplemente porque la norma del delito doloso describe la conducta prohibida en atención a su finalidad, lo que sin embargo no ocurre con el imprudente.

(16) Y ello con independencia de que las probabilidades matemáticas del resultado final sean las mismas, y la razón es que, como veremos, en la valoración de un riesgo no se trata exclusivamente de su magnitud, sino de si esa magnitud –por pequeña que sea– ha sido compensada por un interés social (compartible por cualquier posible víctima o autor) en la realización de la acción. Puesto que la valoración del riesgo exige una ponderación en la que interviene necesariamente siempre la utilidad social (aunque la misma provenga únicamente del reconocimiento histórico-cultural de una determinada actividad) de la conducta típica, nunca podrá valorarse del mismo modo la elección y dirección de todos los factores capaces de producir el resultado y la mera realización de uno de ellos, que pueda convertirse en tal solo mediante la aparición no dominada del resto y que como fragmento puede más fácilmente portar el valor de la realización de otra actividad socialmente útil en la que se incardina.

(17) Sobre la distinción del delito imprudente y el doloso ya en el tipo objetivo, en contra de una opinión también extendida en la doctrina peruana –véase, por ejemplo, expresamente PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 512; con mayor detalle, véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, pp. 200-213.

del finalismo, simplemente pretenden traer a lo injusto determinados requisitos de la norma de comunicación. Estas posturas suponen en mi opinión también una incorrecta identificación de lo injusto que hace perder de vista su función, pero, al contrario de las que acabamos de comentar, estas traen a lo injusto elementos que debieron quedar en la culpabilidad, sobre ellas volveremos más adelante.

III. Crítica a la imprudencia como error

Entrando ya en la construcción del delito imprudente, quiero comenzar ¹³ por criticar aquellas construcciones que, como anuncié, pretendían una separación entre el tipo objetivo y un supuesto tipo subjetivo de la imprudencia, es decir, las que conciben la imprudencia como error, lo que les lleva a defender un deber de cuidado individualizado en lugar de un cuidado objetivo igual para todos. El concepto de imprudencia como error o como evitabilidad individual se defiende desde muy diversas construcciones y concepciones de lo injusto, desde la teoría de la imputación objetiva hasta un sector del finalismo⁽¹⁸⁾.

Entre los primeros predominan construcciones que conforman lo injusto ¹⁴ como suma de un tipo objetivo y un tipo subjetivo disociados, que responden

(18) Lo mantienen en versiones diferentes autores tan dispares como JAKOBS, G., *AT*, 9/1 ss., *PG*, pp. 380 ss.; en la doctrina peruana se adhieren a la concepción de JAKOBS, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*, p. 589 ss. y MAZUELOS COELLO, J., "La responsabilidad penal del órgano de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'". En: *Advocatus* N° 5, p. 177 ss.; FRISCH, W., "Delito y sistema del delito". En: WOLTER, J. / FREUND, G. (editores), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 239, 260, 264; KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, pp. 106 y 111; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 454 ss.; RUDOLPHI, H., "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". En: SCHÜNEMANN, B. (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 91; GÖSSEL en MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPP, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, §43, n 6, 30, 112; GÖSSEL, K., "Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia". En: *Revista de Derecho Penal*, 2002-1, pp. 16 ss. y 23 ss.; SCHÜNEMANN, B., "Über die Objektive Zurechnung". En: *Goldsammer's Archiv für Strafrecht*. 1999, p. 217 ss. y nota 42 (traducción al español: "Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, p. 82 ss. y nota 42); CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, pp. 200 ss., 215, 273, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J., "Aberratio ictus e imputación objetiva". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 37, p. 375; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 65, pp. 277 y 300 ss.; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, pp. 246-247; BURKHARDT, B., "Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la 'confusión entre lo subjetivo y lo objetivo'". En: WOLTER, J. / FREUND, G., *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, p. 171 ss., p. 188, y otros muchos cuya opinión detallada puede verse expuesta en GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, p. 123 ss.

a fundamentos diferentes. Bien construyendo el primero desde el concepto de lesividad, bien limitándolo ya por la previsibilidad objetiva y por el riesgo permitido, y superponiendo siempre un tipo subjetivo que se dice se basa en la evitabilidad personal, pero en realidad tal evitabilidad se amplía y se limita normativamente mediante criterios que nada tienen que ver con lo personalmente evitable. El tipo objetivo pasa a ser una mera descripción de conductas ajenas al fundamento de la imprudencia y el tipo subjetivo opera sobre él para decirnos si la conducta subsumible en el tipo objetivo se puede achacar a la falta de motivación adecuada⁽¹⁹⁾.

- 15 Estas construcciones merecen numerosas críticas: en primer lugar resulta criticable la creación de un tipo objetivo disociado de la norma y que, en las posturas que incluyen el riesgo permitido como límite al tipo subjetivo y no al objetivo⁽²⁰⁾, abarca incluso conductas socialmente no desvaloradas, con lo que

(19) JAKOBS, G., *AT*, 9/13, *DP*, p. 389. En el mismo sentido concibe la imprudencia como una de las dos formas de la evitabilidad MAZUELOS COELLO, J., “La responsabilidad penal del órgano de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar en lugar de otro’”, p. 177. Para KINDHÄUSER, la pena se debe imponer cuando el destinatario ha expresado mediante su comportamiento que para él la norma no era obligatoria, en el primer nivel de imputación se debe preguntar si el autor en el caso en que hubiera querido evitar la realización del tipo penal, hubiera debido actuar de forma diferente a como lo hizo —KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Op. Cit.*, pp. 100, 102—. Para FREUND, lo injusto no se limita a la realización de un riesgo desvalorado no permitido (este sería solo un juicio provisional que todavía no supone la existencia de un injusto personal), sino que ha de comprobarse además un comportamiento defectuoso personal: que la persona en la situación concreta haya quedado por detrás de lo que se podía esperar de él como individuo en la concreta situación —FREUND, G., *Strafrecht, AT, Personale Straftatlebre*, § 4 n. marg. 1 ss.—, con lo que acaba por identificar culpabilidad y antinormatividad. Aunque hay que destacar que al menos ha reseñado ese primer juicio provisional consistente en la realización de la conducta típica (la conducta prohibida por la norma de determinación), al que como veremos *infra* debería dotar de relevancia. Respecto a la distinción entre injusto y culpabilidad de FEIJÓO, es similar a la de KINDHÄUSER o JAKOBS, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 276; y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”. *Op. Cit.*, p. 270; FRISCH entiende lo injusto penal como un injusto cualificado que se manifiesta como no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicos —FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 206, 259 ss., p. 264— o, en otras palabras, por un rendimiento insuficiente personal ante las exigencias del Derecho —FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Op. Cit.*, pp. 52-53—.

(20) Véase KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Op. Cit.*, p. 94 ss., para quien el riesgo permitido limita el deber (poder subjetivo) de evitar el resultado; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 267. Pero el hecho de que KINDHÄUSER o FEIJÓO no lo utilicen también para recortar el tipo objetivo les obliga a crear un tipo objetivo sumamente amplio que a la postre no cumple la función desvalorativa que le correspondería. También BURKHARDT, B., “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la ‘confusión entre lo subjetivo y lo objetivo’”. *Op. Cit.*, p. 172 ss., limita normativamente solo el deber de procurarse conocimientos partiendo de un tipo objetivo excesivo. En su opinión, el riesgo permitido limita

el juicio de desvaloración que supuestamente implica el tipo objetivo resulta después irrelevante⁽²¹⁾. También es rechazable que se limite la imprudencia por elementos ajenos a su fundamento. La crítica acerca de la incoherencia de poner límites generales a un concepto establecido de forma individual —un cuidado subjetivamente debido, concretado conforme a las capacidades individuales— tiene mucho que ver con esta separación inconveniente del fundamento del tipo objetivo y el del tipo subjetivo de lo injusto.

También resulta absolutamente rechazable la construcción de la imprudencia por asunción a la que se ven obligadas estas posturas. Este proceder que adelanta la conducta imprudente a un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su futuro estado de inevitabilidad⁽²²⁾, conlleva,

-
- solo el alcance de la imprudencia individual —pp. 178 y 182—, pero con ello está reconociendo la imposibilidad de separar lo objetivo y lo subjetivo como pretende pues también lo subjetivo —la cognoscibilidad, el deber de cuidado (para este autor solo interno)— viene limitado por lo objetivo —el riesgo permitido/los deberes de conocer—. En contra de la construcción de BURKHARDT, FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, p. 232 ss.
- (21) De la misma opinión FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, pp. 239, 264. En concreto, por ejemplo, FEIJÓO en otro lugar —*El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, p. 91— había afirmado que el tipo objetivo coincide con la norma de valoración (en el mismo sentido que KINDHÄUSER, para quien el tipo objetivo recoge la norma de conducta y esta equivale a la norma de valoración —KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. *Op. Cit.*, p. 99 ss. y nota 23—), es decir recoge los hechos desvalorados en general por el legislador como presupuesto de la norma de determinación, mientras que el tipo subjetivo o imputación personal supone afirmar la infracción de un deber. Desde esta perspectiva, si bien los conocimientos o facultades especiales podrían tenerse en cuenta en el tipo subjetivo, en cambio las limitaciones al deber de cuidado que no dependen de circunstancias personales ya no puede argumentarse que correspondan a ese paso de la norma al deber, sino que, al contrario, si son generales, debe admitirse que limitan ya a la propia norma y no son por tanto una cuestión del tipo subjetivo sino del propio tipo objetivo. Y más aún cuando el fundamento de esa desvaloración por la norma reside según FEIJÓO en suponer perturbaciones insoportables para la vida social —*El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. *Op. Cit.*, p. 91—, mientras que la justificación del riesgo permitido está precisamente en su valoración como tolerable por los beneficios que comporta esa actividad —FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*. *Op. Cit.*, p. 267 ss.—. Parece evidente que lo valorado debe quedar fuera de la norma de (des)valoración y, por tanto, también del tipo objetivo.
- (22) JAKOBS, G., *AT*, 9/14, PG, p. 389. También admite la imprudencia por FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*. *Op. Cit.*, p. 290 ss. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*, p. 206, aunque limitándola a los supuestos de que existe una regulación expresa de deberes de conocer o de actuar en relación con determinadas actividades, argumentando la excepción en la idea de que es el ordenamiento el que establece los deberes de conocer. En los demás casos niega la imprudencia cuando se desconoce la peligrosidad estadística de una actividad (con lo que en su construcción los posibles casos de impunidad se multiplican), porque niega la existencia de deberes generales de conocer, salvo que el sujeto disponga de motivos objetivos o indicios de la misma (esta excepción no parece tener el mismo fundamento que la anterior ya que no parece provenir de una regulación expresa del ordenamiento, sino simplemente del aumento de peligrosidad). También FRISCH admite la imprudencia previa de quien sabe que no posee los conocimientos necesarios para mantener libre de riesgos determinados ámbitos vitales,

además de la contradicción intrasistémica, como todos los intentos de adelantar la imprudencia a un momento previo, una equiparación inadecuada a efectos de conducta típica de acciones con peligrosidades muy diversas, pues conforme se retrocede la peligrosidad disminuye por verse cada vez más condicionada, sin que ello se refleje en una paralela aminoración de la pena, además de que el límite a la anticipación (y por tanto a la evitabilidad) tendrá que venir de nuevo marcado por las normas estandarizadas que señalan los límites entre los riesgos permitidos y no permitidos⁽²³⁾.

pese a lo cual se injiere en ellos –FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Op. Cit., p. 260; y FREUND, G., *Strafrecht, AT, Personale Straftatlehre*. Op. Cit., p. 157, márg. 157–; FREUND, G., “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”. En: *Revista de Derecho Penal*, 2002-2, p. 92, pretendiendo contra la crítica de SCHROEDER, LK 11§16, n. 146, que ello no supone introducir una medida objetiva porque a partir de ahí de nuevo se individualiza teniendo en cuenta las circunstancias personales del sujeto, pero la respuesta no elimina el reproche. En la doctrina peruana defiende la imprudencia por asunción o emprendimiento GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*. Op. Cit., p. 597; MAZUELOS COELLO, J., “La responsabilidad penal del órgano de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar en lugar de otro’”. Op. Cit., p. 179.

- (23) Si la imprudencia es una no representación evitable de la realización del tipo, debería darse cuenta JAKOBS de que lo que no se representó pudiendo hacerlo quien no evitó su estado futuro de inevitabilidad fue un curso causal mucho más largo (es decir, un tipo objetivo distinto, en el que la probabilidad del resultado se ha visto condicionada por la probabilidad de los sucesos posteriores y por lo tanto disminuida): el conductor imprudente por lo emprendido no se representó (evitablemente) que por estar agotado (lo que le era cognoscible) no advertiría después (inevitablemente) una situación del tráfico, lo que le llevaría a actuar de manera no permitida en esa situación. Toda la primera parte no estaría en el tipo objetivo de la imprudencia de quien simplemente no conoció de manera evitable la situación del tráfico, pero es que además desde el punto de vista *ex ante* modifica la probabilidad final del riesgo, pues el conducir cansado no implica necesariamente que uno vaya a desconocer después una situación del tráfico, por lo que la probabilidad de este segundo suceso condiciona la del resultado. Y, por último, de esta manera sería siempre todo evitable, bastaría con retrotraerse en todo caso a un momento en que el sujeto pudiera conocer y prever como posible el resto de los acontecimientos. Así, por ejemplo, si el conductor no se da cuenta de que está cansado porque se ha bebido cinco cafés durante la tarde y su estado de excitación por la cafeína le impide darse cuenta de su cansancio físico, habrá que retrotraer la posible imprudencia a la acción de conducir bajo los efectos de la cafeína, porque puede que ello enmascare una situación de cansancio que a su vez produzca una inadvertencia de la situación del tráfico y esta a su vez una conducción inadecuada a la situación inadvertida. Pero si, además, pensó que bebía descafeinado porque confundió los botes del café, la imprudencia comienza al conducir un vehículo sin haber comprobado cuidadosamente de qué bote se sirvió el sujeto el café. En primer lugar, me resulta difícil de admitir que no comprobar cuidadosamente si uno se prepara un café con cafeína o sin ella sea una acción imprudente de matar. Pero lo cierto es que al tomar el bote del café, el sujeto motivado a no cometer una imprudencia pudo plantearse todo el curso causal. Pero es que además en algún momento hay que poner el límite. En algún momento, a pesar de que el sujeto se pueda representar la posibilidad de todo el curso causal posterior, su conducta ya no se considerará una imprudencia por asunción. La solución al límite al adelantamiento de la responsabilidad ha de venir de que el tramo de factores causales añadidos que van convirtiendo los sucesos posteriores en probabilidades más pequeñas conforme más infracciones inevitables intercalemos en nuestro regreso, sea considerado a su vez un riesgo permitido o no permitido, es decir, como el tipo objetivo ha cambiado al añadir factores causales hacia atrás habrá que analizar lo primero si esa suma de factores es ya un riesgo no

Además estas construcciones, al establecer el cuidado debido conforme a las capacidades individuales, plantean el problema de renunciar a normas de conducta generales⁽²⁴⁾, llevando con ello a un concepto de injusto que no es capaz de cumplir con el fin preventivo general positivo, pues no refleja el desvalor de lo prohibido con carácter general.

Las construcciones que acabo de comentar parten de un concepto de injusto como infracción de la vigencia de la norma, donde el concepto de infracción consiste en un proceso de imputación en el que se indaga acerca de si el comportamiento del autor expresa un no reconocimiento personal de la norma, o fórmulas similares, que hacen depender lo injusto no solo de la contradicción objetiva del contenido de la norma, como yo he defendido, sino de expresiones o faltas personales en relación con la misma. Pero a la misma derogación de normas generales⁽²⁵⁾ lleva la postura de que, partiendo paradójicamente de

permitido, lo que como sabemos, se examina *ex ante* y mediante una ponderación de intereses, de manera que puede que le esté permitido conducir a quien, cuando se pone al volante, se represente la posibilidad de haber confundido el bote del café con el del descafeinado, porque la probabilidad de que esto le lleve a producir el resultado aparece tan sumamente condicionada que es demasiado pequeña para considerar no preferible permitir conducir a personas que no saben si tomaron café o descafeinado (todo esto suponiendo que al rol de conductor pertenezca el conocimiento de lo que se bebe cuando se va a conducir, que supongo que sí pertenecerá según JAKOBS). Entonces ello significa finalmente que son las normas estandarizadas que en determinado momento ya ponen el límite a lo que el sujeto ya no tiene obligación de conocer por su rol —y, por lo tanto, la posibilidad abstracta de todo el curso causal subsiguiente se ve como un riesgo permitido—, o bien la norma estandarizada que establece que determinado riesgo previsible pero tan condicionado que es minúsculo es ya considerado un riesgo permitido las que establecen el límite a la evitabilidad. Y es que en realidad los límites entre la evitabilidad y la inevitabilidad, una vez que empezamos a retrotraernos a momentos anteriores, solo se pueden marcar normativamente. De todos modos JAKOBS tendría que concluir en el ejemplo que el sujeto que se puso a conducir dudando si había bebido café o descafeinado no realizó un riesgo no permitido (no creo que valore este riesgo como suficiente para prohibir la conducta) —podemos ponerlo más fácil: los cafés los preparó un compañero de trabajo que aseguró que eran descafeinados, cosa que él podía haber comprobado (evitable) mirando la etiqueta del paquete del que el compañero tomaba el polvo de café, pero se dejó llevar por el principio de confianza (riesgo permitido)—. En cambio, en la construcción que aquí se propone únicamente quedaría excluida la culpabilidad, no lo injusto imprudente.

- (24) Así lo ve también PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*, p. 384, HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 16, pp. 218-219, añadiendo que de lo contrario además no tendría sentido el principio de confianza y se producirían fricciones con la regulación jurídico-civil.
- (25) Contra las construcciones que defienden un deber subjetivo de cuidado argumenta HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Op. Cit.*, p. 219, con razón, además de que sus presupuestos provienen de la hoy mayoritariamente rechazada teoría imperativa radical, que “las normas objetivas de cuidado son necesarias como estándares de comportamiento recíproco. Estas marcan las exigencias mínimas hacia las cuales cada cual debe orientar su comportamiento. Al injusto del comportamiento, porque se trata de injusto, le es inherente una medida objetiva. Las normas de comportamiento deben ser concebidas de modo que los miembros de la comunidad jurídica puedan orientarse mutuamente entre sí” —sin embargo, su construcción incurre, como veremos más

presupuestos contrarios, entiende lo injusto como la infracción de una norma de determinación incluyendo en el concepto de injusto determinados requisitos de la norma comunicación⁽²⁶⁾.

abajo, en el mismo defecto que critica—. ZUGALDÍA ESPINAR, J., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 37, p. 330, pretende contestar a este reproche argumentando que en general solo pueden establecerse los límites del riesgo permitido, pero la cuestión del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la capacidad debería incidir sobre el desvalor de acción. Personalmente no veo que de la primera parte de su explicación se derive sin más la consecuencia que pretende, ni veo que con toda ella conteste al reproche de la renuncia a normas generales. No estamos tratando aquí de los delitos de omisión sino de los delitos de acción imprudentes, y por ello el derecho no necesita definir las acciones correctas que el sujeto debe realizar, pues el sujeto no debe realizar nada, al contrario, debe omitir la acción prohibida, que es sin más la que implica el riesgo no permitido. Denuncian también el erróneo paralelismo que efectúa STRATENWERTH entre la imprudencia y los delitos de omisión HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Op. Cit.*, p. 218, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, pp. 164-165. La respuesta de JAKOBS —AT, pp. 321-322, marg. 10.2 b—, y STRATENWERTH, G., “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”. En: *Jescheck-FS*, p. 290 ss., de que quien no puede prever solo puede abstenerse de modo ciego y con ello se convierten los delitos imprudentes en delitos de desobediencia es falsa desde el momento en que estos autores limitan normativamente lo individualmente previsible. Si todo lo posible es previsible basta para poder abstenerse por un motivo de evitar la lesión con poder prever la posibilidad abstracta de una interacción lesiva, lo que es accesible a todo el que conozca mínimamente las leyes causales generales. Añade HIRSCH que la renuncia a normas de cuidado generales plantea además problemas en relación con la legítima defensa. Esto no sería así si se admite que basta para apreciar agresión ilegítima con la existencia de un ilícito civil que según estos autores subsiste. Pero lo que no me parece razonable es concebir la infracción de las normas del Derecho civil o del Derecho administrativo de manera diferente a la infracción de las normas penales. La diferencia entre un injusto penal y el injusto de los demás sectores del ordenamiento debe ser cuantitativa, no cualitativa. En el mismo sentido HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Op. Cit.*, p. 223 rechaza un concepto objetivo de la imprudencia en el Derecho civil y uno subjetivo en el Derecho penal. En todo caso, siguiendo a CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 213, personalmente rechazo la idea de que la infracción de cuidado pueda ser considerada agresión.

- (26) Particular es la construcción de SCHÜNEMANN que opera al contrario que los autores del primer bloque; habla de una imputación objetiva en sentido amplio para la construcción de la norma de comportamiento, argumenta en ella la perspectiva individual en supuestas consideraciones preventivas, pero le superpone un filtro objetivo —imputación objetiva en sentido estricto— que se corresponde con la imputación del resultado —SCHÜNEMANN, B., “Über die Objektive Zurechnung”. *Op. Cit.*, p. 218. (“Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 83)—, así corrige mediante la imputación objetiva del resultado una norma de cuidado construida de manera individualizada (aunque no del todo pues es completada por la imprudencia por asunción y recortada por el riesgo permitido), en lugar de defender una norma-evitabilidad aplicable a un tipo objetivo diseñado previamente mediante la imputación objetiva. La imputación objetiva —en sentido estricto— de SCHÜNEMANN se refiere a la comprobación *ex post* de que la norma lesionada era una medida razonable para la evitación de ese resultado. Puesto que no pretende corregir la norma de cuidado sino completarla, y puesto que afirmó que la lesión de la norma de comportamiento individualizada construida *ex ante* constituía el comportamiento típico —p. 216—, parece que pertenece al segundo bloque de autores, los que solo derivan la individualización del cuidado de consideraciones relativas a la posibilidad de motivar, y a ello añade simplemente la imputación del resultado.

Entre los autores que derivan la individualización del cuidado de las presuntas exigencias de la norma de determinación como norma de comunicación están los que pretenden individualizar directamente el deber de cuidado y prescinden de la exigencia de un tipo subjetivo⁽²⁷⁾, quienes, por el contrario, diseñan un tipo objetivo que recoge el deber objetivo de cuidado y al mismo superponen todavía en lo injusto un “tipo subjetivo” consistente en la comprobación de la evitabilidad (previsibilidad o reconocibilidad) individual⁽²⁸⁾, acercándose con ello a las posturas anteriormente comentadas. Y también quienes, combinando las presuntas exigencias de la norma de determinación con el concepto final de acción, construyen un tipo objetivo que recoge las conductas estandarizadas, pero le añaden un tipo subjetivo (en sentido estricto) consistente en el conocimiento de los elementos del propio actuar sobre los que el legislador decide la peligrosidad no permitida de la conducta. Estos últimos (STRUENSEE⁽²⁹⁾, ZIELINSKI⁽³⁰⁾, CUELLO⁽³¹⁾, SERRANO⁽³²⁾, etc.) convierten los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro.

Quienes parten de la norma como norma de determinación de conductas para llegar a un deber de cuidado individualizado también se ven obligados a poner límites objetivos a ese deber individualizado, tanto mediante la aceptación de los límites impuestos por el riesgo permitido, bien como límite directo de los deberes individuales, bien a través de la previa limitación del tipo objetivo más la posterior limitación de la previsibilidad individual⁽³³⁾,

(27) STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht*, AT, I. p. 452 ss. Entiendo que en este grupo debe incluirse la opinión de PEÑA-CABRERA FREYRE, A., *Derecho penal peruano*. Op. Cit., pp. 404, 407-408, 412, 415, ya que defiende un deber de cuidado subjetivo, diferente al deber objetivo de cuidado, y concretado conforme a las capacidades individuales, con el argumento de que la norma de cuidado solo es infringida por el autor al que le era posible cumplirla, aunque lo cierto es que su explicación del deber objetivo y el subjetivo es poco clara.

(28) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., § 43, n. 112 ss., GÖSSEL, K., “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”. Op. Cit., p. 16 ss.

(29) STRUENSEE, E., “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”. En: *Juristen Zeitung* (traducción al español de CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., “El tipo subjetivo del delito imprudente”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1987, p. 423 ss.).

(30) ZIELINSKI, D., *Kommentar zum StGB*, §§ 15 y 16, margs. 88 y 89 (traducción de Marcelo SANCINETTI. *Dolo e imprudencia*. Hammurabi, Buenos Aires, 2003).

(31) Para CUELLO (CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general*, p. 530 ss.), en los delitos imprudentes el sujeto no se representó una cadena causal completa de nexos que de no ser interrumpidos por el azar causarían el resultado, pero sí eslabones de tal cadena. En el delito doloso el sujeto conoce todos los factores de riesgo que concurren en el resultado mientras que en el imprudente se desconoce al menos uno (pp. 533-534).

(32) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, pp. 81-82, 109, *passim*.

(33) HOYER, A., SK, I, 6ª, Anh. § 16, marg. 25 admite que la cognoscibilidad individual se limita normativamente, también en STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht*. Op. Cit., pp. 452, 458, ya el

como por la exigencia de responsabilidad, a pesar de la incapacidad personal para evitar la infracción del cuidado, a través de la figura de la imprudencia por asunción o por emprendimiento o afirmando la previsibilidad mediante el recurso a deberes previos de previsión⁽³⁴⁾, lo que supone según otra parte de la doctrina una contradicción⁽³⁵⁾.

- 21 En relación con la línea doctrinal que convierte los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro abstracto⁽³⁶⁾, tan erróneo como buscar una unidad estructural del ilícito en los elementos objetivos, como denuncian estos autores, lo es buscarlo en los subjetivos, como ellos pretenden⁽³⁷⁾. La unidad de lo injusto debe venir de que lo que se define como injusto en cada una de las dos categorías —delito doloso e imprudente— se defina de la misma manera en su relación con la norma y con el resto de categorías —en especial con la culpabilidad— y cumpla la misma función en relación con el fin del Derecho penal, y no, por el contrario, de que se dote de relevancia en todo caso a los mismos elementos ontológicos⁽³⁸⁾.
- 22 Para devolver a lo injusto una concepción unitaria, desde sus premisas de que ello debe pasar por dotar de relevancia en todo caso a la finalidad⁽³⁹⁾, acaban

poner el límite de la causalidad adecuada —p. 456— supone un reconocimiento general del riesgo permitido —pero aquí decidido fuera de la ponderación para cada caso y, por tanto, en mi opinión incorrecto—, y la justificación que da a esta limitación inicial STRATENWERTH es falsa, pues todo lo posible es previsible, no se necesita, pues, un grado determinado de probabilidad como exige la causalidad adecuada. SAMSON, SK, apéndice a § 16, marg 16 ss., BAGIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 245. Por su parte MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, §43, n. 34 ss. y 43 ss., ha introducido el criterio del hombre consciente y sensato del mismo círculo que el autor y de lo socialmente inadecuado para limitar el tipo objetivo, pero al igual que ocurría con JAKOBS, se ve obligado a recurrir de nuevo a criterios objetivos para limitar la previsibilidad individual, n. 132 y ss.

- (34) STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht. Op. Cit.*, p. 457; ZUGALDÍA ESPINAR, J., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”. *Op. Cit.*, p. 330, CORCOY, Tesis, II, conclusión 25, 2ª ed. p. 203, 204; HOYER, SK, I, 6ª, Anh. § 16, marg. 22 y 26 y ss.
- (35) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 162 y nota 13, así también antes SCHÜNEMANN, B., “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”. En: *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, pp. 167-168.
- (36) Sobre la precisión de que se trata en todo caso de un tipo de peligro abstracto véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 166-167, nota 37.
- (37) STRUENSEE, E., “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”. En: *El Derecho penal de hoy. Libro Homenaje al Profesor David Baigún*, pp. 255 y 256.
- (38) Véase mi crítica a estas construcciones y su fundamento con mayor detalle en GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 123 ss.
- (39) ZIELINSKI, D., *Kommentar zum StGB. Op. Cit.*, §§ 15 y 16, marg. 90. Así también HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Op. Cit.*, p. 217-218: “La acción prohibida no puede ser reducida a un curso causal aleatorio (...) sino que debe ser examinado el contenido de la voluntad

estos autores por rechazar el dolo como dirección y diferencian el delito imprudente del doloso únicamente por la cantidad de factores causales que deben ser conocidos o previstos para afirmar uno u otro⁽⁴⁰⁾, con lo que acaban desnaturalizando el concepto de finalidad, pero además el conocimiento que exigen en el delito imprudente no equivale realmente, aunque se pretenda lo contrario, a la finalidad o dolo que exigen en el delito doloso, pues en este último cabe la previsión de elementos típicos y en la imprudencia no, pues ello supondría necesariamente el conocimiento de una constelación de factores diferentes, que puede no ser ya típica⁽⁴¹⁾.

Pero, además, a pesar de sus esfuerzos, no es cierto que la conducta prohibida se defina por la finalidad, porque no tenemos en cuenta para decidir la conducta desvalorada y prohibida las representaciones erróneas⁽⁴²⁾ y sí, aun-

de la acción para la determinación de la acción prohibida". STRUENSEE, E., "El tipo subjetivo del delito imprudente". *Op. Cit.*, pp. 435 ss. y 448-449. Así también, ya antes aunque con menor fundamentación, WEIDEMANN, J., "Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt". En: *GA*, 1984, p. 423 ss.; en el mismo sentido SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 257 ss. El germen de esta idea puede verse, como reconoce STRUENSEE, E., "El tipo subjetivo del delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 431, en la idea de finalidad de los medios de WELZEL, aunque a STRUENSEE le parece una distinción todavía insuficiente.

- (40) Para estos autores entre el dolo y la imprudencia no hay una frontera estructural, el dolo se diferencia de la imprudencia consciente en que tiene por contenido más condiciones, más factores, del resultado —STRUENSEE, E., "El tipo subjetivo del delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 443, nota 89; STRUENSEE, E., "Dolo de causar y causalidad putativa". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales T. XLIII*, p. 940, SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*. *Op. Cit.*, p. 273 ss., CUELLO, J., *PG*, pp. 646, 664, 669, 679 y 670.
- (41) Sobre ello con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, capítulo IV.
- (42) Creo que una forma de demostrar que no son los conocimientos especiales del autor lo relevante para determinar la norma de cuidado, sino los datos de la realidad seleccionados por el conocimiento del autor sería poner el siguiente ejemplo: un médico presupone erróneamente que un paciente tiene una característica determinada que recomienda cierto tratamiento cuando en realidad no la tiene y, por lo tanto, el tratamiento resulta absolutamente desaconsejado, produciendo unas lesiones en el paciente. El error del médico no sería compartido por otro médico de su misma especialidad que hubiera enjuiciado correctamente los indicios que representaba el paciente. Si fuera cierto que los conocimientos del sujeto configuran la norma de cuidado tendríamos que el médico que prescribió el tratamiento correcto para las circunstancias del paciente por él imaginadas no habría infringido la norma de cuidado que indica el tratamiento a aplicar prohibiendo otro tratamiento distinto, sino todo lo contrario, habría obedecido la norma vinculante para él que prohibía cualquier otro tratamiento o la ausencia de tratamiento y, sin embargo, sí que habría infringido la norma previa que le obligaba a diagnosticar correctamente las características del sujeto. Hasta aquí es la misma argumentación de siempre: solo se infringe aquella norma que prohíbe una conducta de la cual el sujeto es consciente. Pero a la hora de estudiar la imputación del resultado a la infracción de la norma previa nos encontraríamos la paradoja de que el resultado es imputable a la infracción de la norma que prohibía realizar un diagnóstico sobre las características del paciente sin las cautelas necesarias para asegurar su corrección, porque ello a su vez había llevado al resultado que dicha norma trataba de evitar de la indicación de un tratamiento incorrecto a pesar de que

que sea en la construcción de estos autores después, para recortar la prohibición mediante la imputación del resultado, los datos no representados⁽⁴³⁾. Así se ven obligados estos autores a recurrir también a la imprudencia por asunción⁽⁴⁴⁾: a adelantar el momento relevante para la imprudencia, con lo que se retrocede a un desvalor de acción distinto y a un peligro menos sustantivo que, si se fuera coherente, se castigaría con una pena menor o incluso se declararía impune, según cuánto retrocedamos⁽⁴⁵⁾. Quien por ir distraído no ve el semáforo en rojo no infringe, según estos autores, la norma que le prohíbe invadir el cruce cuando no tiene preferencia, sino la norma que le prohíbe distraerse, de peligrosidad menor, pues no todo el que se distrae además se salta un semáforo. Pero, además, en la anticipación del momento imprudente surge esa

al mismo tiempo estamos afirmando que el médico respetó la norma que le prohibía indicar otro tratamiento que no fuera ese. Si fuera cierto que el ordenamiento valora las representaciones del autor para a partir de las mismas decidir si surge un riesgo no permitido –ZIELINSKI, D., *Kommentar zum StGB, Op. Cit.*, §§ 15 y 16, marg. 92–, entonces tendríamos aquí la contradicción de que se ha infringido una norma (no diagnosticar de una manera suficientemente fiable –suponiendo que esto era conocido–) que pretendía evitar como fin intermedio del que necesitamos para la imputación del resultado final, algo que se considera, sin embargo, al mismo tiempo por el ordenamiento un riesgo permitido (recetar determinado medicamento que se desconoce que es contraindicado). Esta contradicción no es posible. Creo que este ejemplo pone de manifiesto que no son las representaciones del sujeto las que deciden la norma aplicable sino los datos reales conocidos o cognoscibles en el momento de actuar.

- (43) En mi opinión, siguiendo a FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado. Op. Cit.*, p. 246, el objeto del juicio son las circunstancias del mundo exterior y no lo que pertenece a la psique del autor, en realidad no se incluye lo subjetivo en la base del juicio de peligro sino que lo que se introduce en la base del juicio no es la representación del propio autor sino “una indiscutible parte de la realidad que está más allá de la psique del autor, es decir el objeto de su conocimiento que existe en la realidad o las circunstancias presentes en la realidad que él hubiera podido conocer, etcétera. Lo subjetivo o individual en sí mismo no pasa a formar parte del juicio de peligro. Forman parte del juicio de peligro circunstancias inequívocamente objetivas, solo que cumplen con un criterio adicional: el de ser conocidas por el autor (...)”.
- (44) ZIELINSKI, D., *Kommentar zum StGB, Op. Cit.*, §§ 15 y 16, marg. 91; STRUENSEE, E., “El tipo subjetivo del delito imprudente”. *Op. Cit.*, p. 445 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal). Op. Cit.*, p. 218; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Op. Cit.*, p. 277 ss.
- (45) Así, por ejemplo, SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 143 reconoce que quien ocasiona un accidente porque se salta un semáforo que no ve por ir distraído charlando con el copiloto no infringe la norma de cuidado representada por la señal, pues le falta el “dolo” de realizar lo contrario a lo que la misma indica, pero en su opinión no le falta el dolo con respecto del síndrome de riesgo, algo menos grave, de estar conversando de tal manera que pueda producir distracción mientras se conduce, lo que debería tener un reflejo en la pena –p. 144–. Con todo esto las personas despistadas o atolondradas o poco responsables siempre cometerían injustos menores y deberían ser castigadas con menor pena, o incluso quedar impunes, lo que no parece lógico ni resulta comprensible para el resto de los ciudadanos. En el mismo sentido la crítica de CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, Tomo II, p. 167, destacando que el síndrome de riesgo conocido puede llegar a ser insignificante. También en este sentido la crítica de FRISCH, 2004(b), p. 49, nota 140.

contradicción que anunciaba: la norma posterior que se dijo que no se había infringido —saltarse el semáforo— regresa a lo injusto a través de las valoraciones que corrigen a las prohibiciones. Quienes exigen una especial relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma y el resultado producido⁽⁴⁶⁾ —a pesar de que pretenden que solo es condición objetiva de punibilidad⁽⁴⁷⁾—, para indagar sobre el fin de protección último de todas estas normas anteriores con el objeto de poder imputar el resultado final a la infracción de esa norma antepuesta, deben introducir en el fin de la misma la evitación de la infracción de la siguiente, así como los fines de todas las normas posteriores a cuyo cumplimiento servía y que en teoría no se infringieron por no conocerse los factores de riesgo. Es decir, desde la construcción de STRUENSEE habría que admitir que ha realizado una acción típica imprudente de homicidio quien se distrae mientras conduce, y para imputar a esta conducta el resultado de muerte hay que introducir como resultado intermedio que esta norma trata de evitar el hecho de saltarse el semáforo invadiendo un cruce sin tener prioridad, que es la norma que se dice que no se ha infringido y mediante la cual llegamos al fin último de evitar choques mortales con vehículos que circulan por la perpendicular con prioridad de paso. Con ello la afirmación de que las normas posteriores no se infringieron por desconocerse los factores de riesgo resulta, en mi opinión, más que dudosa, pues su contenido tiene necesariamente que ser rescatado para lo injusto, la constatación de su contradicción es necesaria para la imputación del resultado.

Además, el incluir más o menos factores en el tipo objetivo para que se pueda hablar como pretenden estos autores de error de tipo⁽⁴⁸⁾ respecto de los no conocidos, solo se puede hacer desde la idea de lo que constituyen riesgos permitidos o ya no permitidos y esto no tiene ya nada que ver con los conocimientos del sujeto.

Pero la crítica más importante a esta construcción y a las anteriores radica en que todos ellos renuncian, igual que el grupo de autores comentados en primer lugar, a normas de conducta generales en el delito imprudente⁽⁴⁹⁾.

(46) SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 153 ss., no prescinde totalmente de la relación de antijuridicidad, pero propone no tener en cuenta su ausencia en casos de imprudencia grave.

(47) Sobre la incoherencia de esta consideración junto con la exigencia de la especial relación de antijuridicidad con la infracción de la norma, véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 82 ss.

(48) STRUENSEE, E., *CPC*, 44, 1991, p. 454.

(49) Junto a todos estos autores que determinan el cuidado debido de manera subjetiva, atendiendo a las capacidades de cada sujeto, encontramos otros autores que propugnan una “concepción obje-

26

El fundamento que conduce a estos autores a un deber subjetivo de cuidado: una determinada concepción de lo injusto que parte de las exigencias que en su opinión se derivan de la norma de determinación es erróneo. No existe motivo para distinguir y separar determinadas exigencias de entre aquellas que conllevaría la norma como norma de comunicación para su ubicación en lo injusto mientras que otras se dejan en la culpabilidad y tampoco existe fundamento que impida construir lo injusto como contradicción con el contenido de la norma dejando los problemas de comunicación para la culpabilidad. Como ya se ha demostrado, esta concepción de lo injusto es además la que se revela como más útil y necesaria⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, todas las posturas que vengo comentando hacen desaparecer este momento de lo injusto. Los primeros porque condicionaban lo injusto al concepto de “infracción” caracterizado por un “no reconocimiento” de la norma, con lo que no toda contradicción del contenido de la norma expresa un no reconocimiento de la misma. En estas posturas, no es que no esté clara la separación entre injusto y culpabilidad, pero la

tiva corregida” que establece límites generales mínimos, pero no máximos, es decir, quien carece de capacidad para cumplir el cuidado objetivo infringe la norma y quien tiene mayor capacidad y se limita a aplicar el cuidado objetivo también. Así ROXIN, C., *Strafrecht, AT*, § 24, marg. 25, HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 727 ss., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 295, CORCOY BIDASOLO, M., *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II, p. 713, conclusión 25; ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, pp. 10, 16-17; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 286 ss. En mi opinión, las facultades excepcionales no pueden afectar a la delimitación de la norma del delito de acción, sino solo a la omisión, pues en el delito de acción se trata de discernir las conductas que están prohibidas, no de exigir una conducta determinada, es decir, en el delito de acción, al contrario que en el de omisión, se prohíbe una conducta peligrosa ya no tolerada, no se exige una conducta cuidadosa —en el mismo sentido WOLTER, J., “Adäquanz - und Relevanztheorie”. En: *GA*, 1977, p. 271—. Si, como dice ROMEO, a un sujeto con capacidades superiores se le puede exigir una realización correcta cuando emprenda una acción difícil ello será solo sobre la base de la posición de garante que se le asigna por haber iniciado el riesgo que luego se le exige controlar para evitar un resultado, es decir, ya en el ámbito del delito de omisión, pero no porque la prohibición de realizar determinadas acciones haya variado para él prohibiéndole lo que para el resto está permitido. Si se utiliza la capacidad superior para cambiar la prohibición se está renunciando a prohibiciones generales, pero en esta postura solo “hacia arriba”, mientras que sí se aplica un límite mínimo general. Esta diferenciación no encuentra ninguna explicación posible ni en el concepto de injusto, ni en el de imprudencia, ni en el de norma. Un resumen de los argumentos esgrimidos en contra de tener en cuenta las capacidades especiales puede verse en FORTI, G., *Colpa ed evento nel Diritto Penale*, p. 274 ss. Por otra parte, puesto que es posible castigar al cirujano con capacidades especiales que emprende una operación quirúrgica sin utilizarlas a través del delito doloso de omisión si es que previó la posibilidad del resultado —CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 163— no se da la laguna de punibilidad que MAZUELOS COELLO, J., “La responsabilidad penal del órgano de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar en lugar de otro’”. *Op. Cit.*, p. 177, denuncia. Según CEREZO, solo si la omisión es inconsciente el cirujano queda impune.

(50) Véase sobre ello con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, p. 43 ss.

misma no responde a ninguna función específica de lo injusto⁽⁵¹⁾. El segundo grupo de autores comentados desanda igualmente el útil camino trazado principalmente a partir del finalismo en la separación entre injusto y culpabilidad⁽⁵²⁾ porque igualmente tienden a ampliar las exigencias para afirmar la vulneración de la norma, que ya no consistirá en la mera contradicción entre la acción y su contenido, al incluirse determinadas condiciones de su operatividad como mecanismo de motivación.

Solo un concepto de injusto como contradicción con el contenido de la norma de determinación puede cumplir el fin de protección de bienes jurídicos a través del efecto preventivo general positivo de la pena en su sentido originario⁽⁵³⁾. La afirmación de un injusto objetivo previo al examen de la evitabilidad individual no tiene como único fin la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad como se ha afirmado para criticar la determinación objetiva de la imprudencia⁽⁵⁴⁾, sino poder identificar en lo injusto el desvalor objetivo de la acción para trasladar el correspondiente mensaje sobre la valoración de

-
- (51) De la misma opinión PEÑARANDA RAMOS, E., “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 2, pp. 405 ss., y 408. Desde el funcionalismo sistémico se ha abogado abiertamente por la prescindibilidad de la distinción entre injusto y culpabilidad –Véase LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff Grundlinien einer funktionalen Revision*, pp. 180 ss. Sin embargo, si a pesar de que JAKOBS, G., “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”. En: WEIGEND, Thomas und KÜPPER, Georg (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, p. 62, pretenda que la distinción entre los componentes del delito a incluir en lo injusto y los incluidos en la culpabilidad es meramente didáctica y que una valoración objetiva de la situación en el tipo no es algo nocivo para la cuestión del delito aunque sí superfluo –p. 63–, como hemos visto, esto no es finalmente cierto pues cuando él mismo tiene que afirmar que esa valoración objetiva sirve para imputar los conocimientos –y como hemos visto más arriba no solo para eso, sino para limitar la evitabilidad en muchos otros casos– es evidente que le está concediendo una relevancia en la configuración del delito que, sin embargo, luego le niega. Sobre la confusión entre injusto y culpabilidad véase también el capítulo II.
- (52) En el mismo sentido, HIRSCH, H., “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Op. Cit.*, 16, p. 220. También, antes, SCHÜNEMANN, B., “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”. *Op. Cit.*, p. 160, en referencia a la ubicación de los elementos subjetivos de la imprudencia realizada tanto por JAKOBS como por STRATENWERTH.
- (53) Critica también que la subjetivización de la imprudencia lleva a la derogación de las normas generales y de la prevención general, KAMINSKI, R., *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt*, p. 98 ss. También conecta la estandarización con las necesidades general-preventivas IDA, M., “Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt”. En: WEIGEND, T. (editor), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.*, p. 234.
- (54) JAKOBS, AT, 9/10, PG, p. 386. Si JAKOBS reconoce la necesidad de las normas estandarizadas para dotar de relevancia a la evitabilidad, si la inevitabilidad de lo no prohibido es irrelevante, debería reconocer que la determinación de las conductas no deseadas –en definitiva, del contenido de lo que ha de evitarse– juega algún papel más importante que el de mero limitador de la relevancia jurídica de la imprudencia, y de alguna manera la pena –y ya antes la mera afirmación de lo injusto– debería reflejar para la generalidad qué es lo que debe evitarse por desvalorado –qué es lo que se puede esperar de una persona motivada–.

esta acción y del bien jurídico a la generalidad y conseguir con ello el efecto preventivo general que sirve a la protección de bienes jurídicos⁽⁵⁵⁾. La contrariedad con la norma promulgada (con el contenido de la norma de determinación) se destaca como categoría que cumple la función de trasladar las valoraciones generales que se perderían al introducir en lo injusto consideraciones relativas a la capacidad individual de actuar conforme a esos parámetros generales⁽⁵⁶⁾.

IV. Crítica a las concepciones que identifican la realización del tipo imprudente tanto como un problema de exclusiva imputación del resultado⁽⁵⁷⁾, o de imputación de la conducta y del resultado⁽⁵⁸⁾

28 Aunque el gran acierto de las modernas concepciones de la imputación objetiva, que las sitúan por delante de la tradicional construcción de la teoría de la imputación objetiva del resultado, radica en distinguir los problemas relativos a la identificación de la conducta típica de aquellos otros referidos a

(55) Así también SILVA SÁNCHEZ, J., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”. *Op. Cit.*, p. 569, cuando afirma: “(...) las expectativas de los ciudadanos en cuanto a sus relaciones con los demás se estabilizan normativamente (...) ya antes de su frustración, mediante su incorporación a normas de conducta que se imponen como vigentes y válidas a todos los demás (...) la propia dimensión expresiva inherente a la institucionalización de la expectativa en una norma que apela a su racionalidad instrumental, constituye una forma esencial de aseguramiento de la expectativa (...)”.

(56) Por ello no puedo compartir la opinión de RUDOLPHI, H., “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”. *Op. Cit.*, p. 83 ss., cuando intenta fundamentar la inclusión de la “infracción normativa” en lo injusto apelando a la prevención general positiva. Sobre ello con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, p. 147 ss.

(57) ROXIN, C., *Strafrecht, AT*. *Op. Cit.*, § 24, marg. 10 ss.

(58) Defienden la relevancia de la distinción entre la imputación del resultado y la previa “imputación objetiva del comportamiento”, o “constatación de la conducta típica” entre otros JAKOBS, G., *AT*, 7/ 1 ss. PG, p. 223 ss.; FRISCH, W., “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. En: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, p. 59; FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, p. 75 ss.; WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, pp. 90, 118, 180 ss., etc.; WOLTER, J., “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”. En: GIMBERNAT, E. / SCHÜNEMANN, B. / WOLTER, J., *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 66 ss. y 75 ss.; WOLTER, J., “Imputación objetiva y personal a título de injusto”. En: SCHÜNEMANN, B. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, p. 108 ss.; RUDOLPHI, H., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª edición. vor § 1 marg. 57 y ss. (traducción al español de Claudia LÓPEZ DÍAZ, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 99 ss.); CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 140, 298 ss.; CANCIO MELIÁ, M., “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En: BOLAÑOS GONZÁLEZ, M. (compiladora), *Imputación objetiva y dogmática penal*, punto 2.I.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, p. 100 ss.; REYES, Y., *Imputación objetiva*, p. 72 ss.

la imputación del resultado, sin embargo, este descubrimiento no ha sido suyo, el finalismo lo destacó hace ya cincuenta años⁽⁵⁹⁾. Por otra parte estas construcciones siguen presentando defectos, en especial un concepto de injusto, y de tipo objetivo que ya he criticado, la separación innecesaria y perturbadora de tipo objetivo y tipo subjetivo y una fundamentación errónea de este último. Ese afán, propio de las construcciones de la imputación objetiva, y coherente con su erróneo divorcio del tipo objetivo y el subjetivo, de defender un tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes, lleva en ocasiones a un resultado incorrecto de la evaluación del “riesgo no permitido”, es decir, de la conducta que infringe la norma. Siguiendo la tendencia de la tradicional teoría de la imputación objetiva de resultados, tienden los partidarios de la imputación de la conducta a caer en el error de sustituir la ponderación de intereses de la que decían partir en la evaluación de un riesgo como no permitido (y que en el delito doloso debería ser necesariamente diferente, pues diferente es lo que se somete a evaluación), por determinados *topoi* que en realidad son solo factores que deberían haber sido introducidos en esa ponderación y que por el contrario se toman directamente como solución de la misma⁽⁶⁰⁾.

Al final, estimo correcta la crítica⁽⁶¹⁾ de que la teoría de la imputación 29
objetiva es superflua en el delito imprudente porque bastan los contenidos ya

(59) WELZEL, H., *Das neue Bild*, 2ª, p. 23 ss. NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 45 ss. Sobre la evolución del delito imprudente véase SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. En: *JA*, p. 435 ss. Señala con acierto ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 76 que la crítica del finalismo a la doctrina de la imputación objetiva del resultado por su falta de atención al injusto de la conducta, que hace que dicha teoría no pueda aspirar a ser una teoría del injusto típico es muy antigua y demuestra la mayor debilidad de esta construcción. Ello ha permitido a FRISCH afirmar que el finalismo en su construcción del delito imprudente que identifica como primer elemento del tipo la conducta contraria al cuidado debido está reconociendo los presupuestos materiales de la teoría de la imputación objetiva —FRISCH, W., “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. *Op. Cit.*, p. 43—, pero por un lado el finalismo lo dijo mucho antes, y por otro el acercamiento no es tal por las diferencias detenidamente explicadas en el capítulo V de GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*

(60) Sobre ello con mayor detalle véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, p. 173 ss.

(61) HIRSCH, H., *Acerca de la teoría...* p. 61, KÜPPER, G., *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, p. 100 ss.; DONNA, E., *La imputación objetiva*, p. 70. A esta idea contesta FRISCH, W., “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. *Op. Cit.*, p. 43, que es una objeción de carácter esencialmente terminológico. Y dice que con ella no se pretende discutir la adecuación de los presupuestos materiales de la imputación del resultado, sino que, por el contrario, se está reconociendo. En el mismo sentido se pronuncia REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*. *Op. Cit.*, p. 73, nota 85. Hemos visto que no es así cuando la imputación objetiva empieza a construir el delito desde el resultado y acaba desconociendo la norma de determinación, o cuando pretende construir, en la otra versión, el tipo objetivo desde fuera de la “auténtica norma penal”, desconociendo de nuevo la necesaria relación entre la norma de determinación de conductas generales y lo injusto. Pero es que en todo caso la

elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado⁽⁶²⁾ y el llamado nexo de antijuridicidad del resultado, o comprobación de la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma.

V. Construcción y fundamentación que se propone. La determinación de la acción típica

- 30 La construcción del delito imprudente ha de comenzar por la identificación de la acción típica, lo que implica ocuparse en primer término de la construcción de las normas de cuidado. Ello se realiza en dos pasos necesarios: el primero es el juicio de previsibilidad objetiva, que incluye el diseño de la situación en la que se proyecta la conducta y la constatación de los riesgos que la misma presenta⁽⁶³⁾ y el segundo es la ponderación de los intereses en juego a la vista de los riesgos constatados de la que surge la decisión final sobre la permisión o prohibición de la conducta tal y como se ha proyectado⁽⁶⁴⁾.

idea general de que la acción típica realiza un riesgo no permitido podría ser perfectamente asumible para los finalistas. El problema, lo que ya no resulta asumible, es la definición de riesgo que utiliza la teoría de imputación objetiva y los criterios que establecen para decidir cuándo no es permitido o su empeño en diseñar del mismo modo el tipo objetivo de delitos dolosos e imprudentes, o que se corrija la tipicidad desde fuera de lo prohibible. Un finalista no tendría ningún problema en admitir que el autor de un delito doloso realiza un riesgo no permitido si ese riesgo no permitido se define como el de dirigir un curso causal hacia la lesión del bien jurídico. Por lo tanto, las premisas iniciales por supuesto no se discuten pero simplemente porque tampoco nos dicen demasiado. GIMBERNAT, E., *Estudios de Derecho penal*, p. 213 ss., pone de manifiesto con acierto que hay que distinguir la imprudencia, realización de una acción fuera del riesgo permitido, infracción del deber de diligencia, de la imputación objetiva.

- (62) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, p. 121, en relación con la exigencia de "creación de un riesgo".
- (63) Como señala HIRSCH, H., "Sobre lo injusto del delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 216, con razón, la previsibilidad objetiva es un elemento constitutivo de la contrariedad al cuidado debido, pero no un criterio situado junto a esta en lo injusto típico. El criterio de la previsibilidad objetiva solo pretende demostrar el concreto carácter arriesgado de la acción, pero la propiedad de riesgo no es suficiente por sí misma para fundamentar la contrariedad al cuidado debido dado que existen múltiples riesgos admitidos en la vida social.
- (64) Esta idea de la ponderación de intereses aparece ya en EXNER, F., *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, p. 199 ss.; y es hoy ampliamente aceptada. Véase entre otros: SCHÜNE-MANN, B., "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte". *Op. Cit.*, p. 575 ss.; FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen*. *Op. Cit.*, p. 139; FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, p. 89; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 243; KUHLEN, L., "Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung". En: *Juristenzeitung*, 1994, p. 1146; KUHLEN, L., "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. (Hrsg.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 242; IDA, Hirsch-Fs, p. 237; PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 483 ss.; HAVA, E., "Responsabilidad penal por mala pra-

La acción que infringe el cuidado objetivamente debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes⁽⁶⁵⁾, y se identifica con el riesgo no permitido. La norma prohíbe realizar acciones fuera del riesgo permitido. La acción típica es la que supone la infracción de la norma que prohíbe actuar descuidadamente. Actúa descuidadamente quien lo hace sin respetar las cauteladas ordenadas a quien desee realizar cierta actividad peligrosa. La norma, por tanto, no prohíbe cualquier peligro sino solo los más graves y que no sean necesarios para la utilización racional de los bienes jurídicos⁽⁶⁶⁾. Solo cuando se comprende que no toda lesión o peligro del bien jurídico es típica porque el bien jurídico tiene que cumplir una función social que resultaría imposible si se pretendiera protegerlo a toda costa, aparece en primer término la idea de que no toda conducta peligrosa es ilícita sino solo aquella que excede de un determinado riesgo razonable y necesario para la funcionalidad de los bienes jurídicos⁽⁶⁷⁾. Qué riesgo es razonable y cuál deja de serlo se decide en una ponderación de intereses.

Es preciso identificar la acción típica con la contraria al contenido de la norma de determinación (prohibición general de actuar de determinada manera: descuidadamente, fuera del riesgo permitido). La clase de riesgo prohibido se determina por la previsibilidad *ex ante* de que la conducta dé lugar a determinado curso causal no deseado. Y después se examinará si el resultado producido es precisamente de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, para poder incluirlo en lo injusto del delito imprudente en cuestión.

No tiene sentido empezar el diseño de la norma (o del riesgo no permitido) exigiendo de entrada un grado determinado de peligrosidad ya antes de la ponderación⁽⁶⁸⁾, con el argumento de la legitimación de los lími-

xis médica". En: *Revista de Derecho Penal*, 2002-1, pp. 83-84; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 190.

(65) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 173.

(66) WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts". En: *ZStW* 58, 1939, pp. 514 ss., 518, 557 ss., WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 83-84, ampliamente explicado en la 11ª edición § 18, p. 182 ss. de la traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ.

(67) Toma esta idea de WELZEL también JAKOBS, G., "El delito imprudente". En: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, p. 277.

(68) La medida del riesgo permitido no se puede indicar de modo general mediante un porcentaje o grado de probabilidad porque el grado de peligro admisible para cada actividad dependerá precisamente de la utilidad de cada acción en cada caso concreto. JAKOBS, G., "El delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 279.

tes a la libertad de acción⁽⁶⁹⁾. El comenzar la determinación de la norma de cuidado por el criterio de la previsibilidad objetiva, pero entendida esta como un determinado grado de probabilidad, heredado de la teoría de la adecuación⁽⁷⁰⁾, es sin duda un lastre de una construcción que parte de un con-

(69) Este suele ser el argumento común utilizado en defensa del límite mínimo común de la adecuación. Véase, por ejemplo, ALCÁZER, R., "El juicio de adecuación de la conducta". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. XLIX, p. 492, con ulteriores citas, quien a pesar de haber rechazado con razón un criterio probabilístico para determinar la relevancia del riesgo acaba dando prioridad a la libertad de actuación frente a un peligro que no sea "relevante y cualificado" aún en casos de nula utilidad o valor de la conducta como el ejemplo Thyren.

(70) En sentido similar ya la crítica de KAUFMANN, A., "Das fahrlässige Delikt". En: *ZfRV*, pp. 48-50 (traducción al español de Moisés MORENO en: *Nuevo Pensamiento Penal* año 5, pp. 476-479). La teoría de la adecuación no responde a qué grado de probabilidad debe tener una causación para ser jurídicamente relevante –JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 239, marg. 32–, "es imposible indicar el riesgo permitido a través de un porcentaje, aun prescindiendo de que el permiso de generar un peligro hasta una determinada cantidad por millón no proporcionaría una máxima de comportamiento válida. En todo caso no está permitido generar siempre un riesgo de la misma entidad (...) "no solamente están prohibidos riesgos de una determinada magnitud, sino de una determinada especie" – JAKOBS, G., "El delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 279 y nota 27. Coincido con JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 238 ss., marg. 30 ss., cuando afirma que el riesgo permitido no depende solo del grado de probabilidad, sino también de la clase de riesgo, de la situación en que este se desencadena, etc. Concluye JAKOBS que "El juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a este" –marg. 33–. También WOLTER, J., "Adäquanz - und Relevanztheorie". *Op. Cit.*, pp. 259, 261 ss., 271 ss., WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Op. Cit.*, p. 76, nota 36, critica la falta de claridad y de referencia normativa de la fórmula de la previsibilidad objetiva o adecuación, y su incapacidad para distinguir entre riesgo relevante y permitido, rechazando un criterio meramente cuantitativo e incluyendo en el juicio la ponderación de intereses. Ya RUDOLPHI, H., "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre". En: *Juristische Schulung*, p. 550 ss. criticaba el criterio de la adecuación y su utilización por la jurisprudencia que invocándolo negaba unas veces y afirmaba otras la previsibilidad del resultado en casos similares. Destaca este autor que lo relevante en cualquier caso es si el autor estaba obligado a contar con la posibilidad del concreto suceso causante del resultado que su conducta ofrecía y a omitir su conducta para evitar tal posibilidad. Sin embargo, sigue reconociéndole RUDOLPHI la virtualidad a esta teoría de señalar la frontera más externa del juicio de antijuridicidad, servir como una primera orientación, lo que aquí tampoco se comparte. KAMINSKI, R., *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt. Op. Cit.*, pp. 31 ss., 38 ss., pretende defender el juicio de adecuación esgrimiendo que la previsibilidad del resultado es un medio necesario para la comprobación de la infracción de cuidado. Pero aquí no se discute que el resultado deba ser previsible, sino que se decida desde el principio, desde fuera de la ponderación que es necesario un determinado grado mínimo de probabilidad para afirmar la imprudencia. Por ello más que de lo previsible hay que partir a la hora de hacer la ponderación de lo posible, y solo la ponderación nos dirá si lo ya mera y abstractamente posible debe estar permitido o prohibido en cada caso. En realidad, la mayoría de la doctrina actual rechaza la previsibilidad objetiva como único criterio para la determinación del cuidado, pero lo toma como punto de partida o exigencia que marca la frontera mínima –véase en este sentido también IDA, M., "Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt". *Op. Cit.*, p. 230–. Aquí vamos a rechazar partir de un grado de probabilidad determinado que excluya la imprudencia antes ya de pasar a la ponderación de intereses. Por el contrario, se propone partir de lo previsible como posible, analizar el grado de probabilidad

cepto de injusto superado y que ya no resulta necesario tras la incorporación al tipo del riesgo permitido⁽⁷¹⁾ y de la idea de ponderación de intereses subyacente al mismo⁽⁷²⁾.

Aunque para la averiguación del riesgo no permitido, del contenido de la prohibición de actuar descuidadamente, se ha acudido con frecuencia a la figura del “hombre prudente”⁽⁷³⁾, mezclándose en el mismo criterio el problema de los conocimientos que se asignan al observador imparcial y la solución a la ponderación que determinará la conducta ya no permitida, hay que destacar que se trata de dos momentos diferentes. La distinción de estos dos momentos con finalidades diferentes en el proceso de averiguación de la norma explica, por ejemplo, por qué motivo se tienen en cuenta los conocimientos especiales del autor, pero no sus capacidades especiales⁽⁷⁴⁾. Los conocimientos del autor no se

que ofrece cada situación y solo desde la ponderación decidir qué probabilidades quedan descartadas como riesgos no permitidos.

- (71) Por otro lado, si se reconoce la imposibilidad de determinar exactamente en qué medida aumenta la probabilidad de un resultado una conducta (si en un 1:1000 o en un 1:1030) y que aunque fuera posible todo señalamiento de un punto determinado sería arbitrario —así MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 99, siguiendo a GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 38, entonces no tiene tampoco sentido modificar la exigencia de una probabilidad por un concepto indeterminado como “sería posibilidad”, “poco posible o prácticamente imposible” o lo “no insignificante”. Si un peligro insignificante es atípico es porque así se ha decidido en una valoración, no porque no sea peligro. Si el primer escalón en la comprobación de la creación de un riesgo —adecuación— ya no tiene que ver con la medida del riesgo, sino con su valoración, igual que el segundo —riesgo permitido—, no tiene sentido separar los escalones.
- (72) Parten también sin embargo de la previsibilidad objetiva según el criterio de la adecuación para comenzar la identificación de la norma de cuidado WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*. Op. Cit., p. 132 (en la traducción al español de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, pp. 187-188); WELZEL, H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, p. 16; WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964, p. 71; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Op. Cit. Tomo II, p. 167; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal*, pp. 502-503; JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, p. 43. Se oponen a la idea de adecuación, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., p. 238 ss. marg. 30 ss.; RUDOLPH, H., “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”. Op. Cit., p. 551 (aunque este autor, a pesar de sus críticas, no concluye la necesidad de prescindir de este criterio sino solo de completarlo).
- (73) Con diversas denominaciones. Véase sobre ello REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*. Op. Cit., p. 110 ss. En Perú sigue el criterio del “hombre prudente” HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., p. 720.
- (74) Distinguen los conocimientos de las capacidades especiales, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Op. Cit. Tomo II, p. 162; PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*. Op. Cit. p. 260 ss.; JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*. Op. Cit., p. 43; HIRSCH, H., “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegle der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)”. En: *ZStW*, 94, p. 274 (“Sobre lo injusto del delito imprudente”. En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 16, pp. 221-222); FORTI, G., *Colpa ed evento nel Diritto Penale*. Op. Cit. pp. 267-281, resumiendo los argumentos en contra de tener en cuenta las capacidades especiales. En cambio, para JAKOBS, G., *Derecho penal*.

tienen en cuenta por sí mismos, como representaciones, sino como identificación o selección de los datos de la realidad que configuran el supuesto de hecho de la norma, lo que evidentemente no se puede predicar de las capacidades.

- 35 El resultado de la ponderación que determina la conducta prohibida es lo que entendemos por el criterio del hombre inteligente y sensato, que no debe entenderse sino como una metáfora, o resumen, de las exigencias del ordenamiento⁽⁷⁵⁾. El criterio se usa, como ya he dicho, también para elegir los conocimientos a incluir en el juicio de previsibilidad y en el diseño de la situación sobre la que se construye tal juicio. Ello se explica porque la inclusión de cada dato no conocido pero “cognoscible” —en realidad con ello nos referimos a que se debió conocer— en la construcción de la situación que sirve de base para el pronóstico responde a la existencia de una norma antepuesta que prohíbe ya la acción que presenta la posibilidad de interacción con la posibilidad meramente abstracta de aparición de ese factor.
- 36 Para la construcción de la situación sobre la que se decidirá la norma, los conocimientos relevantes no dependen tanto del rol⁽⁷⁶⁾, del sector del tráfico⁽⁷⁷⁾

Parte general. Op. Cit., p. 251, marg. 49, el problema de los conocimientos especiales que deben tenerse en cuenta para el pronóstico del riesgo es idéntico al de si en el delito de omisión hay que emplear también las capacidades especiales. No puedo estar de acuerdo en este tratamiento unitario de elementos con funciones distintas.

- (75) No se trata, por tanto, al menos en lo que aquí se defiende, de la figura ideal ficticia que ha criticado la doctrina —véase SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. *Op. Cit.*, p. 575, REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva. Op. Cit.*, p. 111; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 99; FREUND, G., *Strafrecht, AT, Personale Straftatlehre. Op. Cit.*, p. 150 ss., sino, como dijo Armin KAUFMANN, de la personificación del punto de vista del ordenamiento jurídico —KAUFMANN, A., “Das fahrlässige Delikt”. *Op. Cit.*, p. 51 (*Nuevo Pensamiento Penal*, año 5, p. 481)—, de sus valoraciones y exigencias, por tanto, el criterio del hombre sensato del mismo sector del tráfico no es sino un resumen de las exigencias del ordenamiento resultado de las ponderaciones, es el mismo criterio que propone SCHÜNEMANN y no otro, y la referencia al sector del tráfico debe entenderse como una referencia a las exigencias del ordenamiento para la realización de la actividad concreta. Sobre ello con mayor explicación en el texto.
- (76) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 252. En contra de la opinión de JAKOBS que descarta los conocimientos ajenos al rol para el juicio de previsibilidad se ha manifestado la mayoría de la doctrina. Véase recogiendo numerosas opiniones GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 249 ss. En la doctrina peruana se ha manifestado en contra de este criterio de JAKOBS, MAZUELOS COELLO, J., “La responsabilidad penal del órgano de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar en lugar de otro’”. *Op. Cit.*, p. 178.
- (77) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 167, concreta el criterio de esta manera a la hora de determinar el cuidado debido. Para mí, esa operación consistiría en el segundo paso, la solución a la ponderación, pero previamente se ha tenido que definir también conforme a determinados conocimientos la situación en que se actúa. También en la doctrina italiana FORTI, G., *Colpa ed evento nel Diritto Penale. Op. Cit.*, p. 272 ss. en referencia particular a los conocimientos;

o menos todavía del círculo social del que provenga el sujeto⁽⁷⁸⁾ (esta última idea parece especialmente proclive a tener en cuenta defectos de conocimientos), sino de las exigencias que el ordenamiento impone a la realización de una determinada actividad. El hombre modelo del círculo o sector del tráfico, como el rol, sirve solo como resumen de todas las exigencias anteriores que el ordenamiento impone a quien llega a realizar la acción típica⁽⁷⁹⁾.

en relación con la construcción en general de la norma de cuidado FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Una introduzione al fatto di reato*, p. 113; MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, p. 203. WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Op. Cit.*, pp. 76, nota 36 y 171, incluye para establecer el juicio de peligro los conocimientos del miembro específico y especialista del sector del tráfico, así como los conocimientos especiales del autor. También JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica. Op. Cit.*, p. 66, para afirmar la previsibilidad objetiva acude a los conocimientos de la persona cuidadosa y prudente del sector del tráfico propio del autor.

(78) Hace hincapié en que lo decisivo es el ámbito vital en el que se desarrolla la actividad y no el sector del tráfico del que provenga profesionalmente el autor WOLTER, J., “Adäquanz - und Relevanztheorie”. *Op. Cit.*, p. 271.

(79) Aunque en realidad tradicionalmente no se ha planteado, como aquí se hace, desde las exigencias del ordenamiento, sino desde el problema de la construcción del hombre ideal, el observador objetivo, y se ha propuesto incluir los conocimientos especiales del autor más los que tendría el hombre ideal perteneciente al mismo círculo de actividades del autor. Véase BURGSTALLER, M., *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, p. 56 s., destacando el carácter normativo de la figura ideal y la necesidad de distinguir para su construcción según el sector del tráfico, y p. 65 sobre la inclusión de los conocimientos especiales más los que se atribuyen a la figura modelo en el juicio sobre la peligrosidad de la conducta. Véase también JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 578-579, quienes en relación con “la atención exigible al autor en la advertencia de peligros” hablan del criterio del “hombre concienzudo y sensato de la esfera de tráfico a la que pertenece el agente” e incluye también los conocimientos especiales del autor. Destaca también el carácter normativo de la figura ideal del mismo sector del tráfico y, siguiendo a ARMIN KAUFMANN, su carácter personificador de las exigencias del ordenamiento MIKUS, R., *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, p. 53, aunque acaba rechazando este criterio. En sentido similar al propuesto en el texto, PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal. Op. Cit.* pp. 340 ss., 483 ss., pero hace hincapié en el rol, en los deberes inherentes al rol, lo que para mí no es de nuevo otra cosa que una abreviatura de las exigencias del ordenamiento en la realización de determinada actividad. Resumiendo la posición de PAREDES creo que acierta al defender la inclusión en el juicio de peligrosidad de la conducta de los conocimientos exigidos por el ordenamiento a quien ocupa una determinada posición jurídica, aunque yo más bien diría a quien pretende realizar determinada actividad, pero no creo que sea acertado utilizar los términos cognoscibilidad y controlabilidad o evitabilidad, aun cuando se les apellide de “objetivas” pues en realidad no se trata de determinar qué riesgos eran cognoscibles y evitables para el sujeto, sino, finalmente, de cuáles se debían conocer o cuáles se debían evitar. No comparto además la distinción que pretende PAREDES entre cognoscibilidad de la peligrosidad abstracta y cognoscibilidad de la peligrosidad concreta. También quiere describir los círculos o sectores del tráfico desde la referencia fundamental de la actividad que realizan KAMINSKI, R., *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt. Op. Cit.*, p. 136. Afirma con razón que la distinción de capacidades dentro de un grupo profesional no juega ningún papel en una concepción objetiva de la imprudencia, salvo que la distinta capacitación responda a su vez a una distinta atribución de actividades: p. e. el médico de cabecera frente al dermatólogo o al cirujano. En sentido similar al aquí propuesto construye la figura del hombre prudente HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 720 s.

37 En ocasiones la probabilidad de interacción de la conducta con un factor cuya aparición se presenta como abstractamente posible, como una mera posibilidad abstracta, se considera un riesgo mínimo que puede superar la ponderación de intereses. En cambio, si la probabilidad abstracta se sustituye por la probabilidad más cercana, bien porque en lugar de la mera posibilidad de aparición del factor colocamos en el juicio de peligrosidad su conocimiento seguro o bien el conocimiento de un indicio del mismo que eleva su probabilidad, entonces puede que la probabilidad final así aumentada no supere la ponderación de intereses. Pero en otras ocasiones ya la mera posibilidad abstracta se considera no permitida. Cuando la mera posibilidad abstracta de irrupción de un factor que interactúe con la conducta y lleve al resultado se considera ya un riesgo no permitido, la única posibilidad de continuar la realización de la actividad está en tomar las cautelas necesarias para verificar la no presencia de ese factor abstractamente posible. En tales casos, sin embargo, no es la ausencia de estas cautelas de verificación lo que constituye el injusto imprudente de resultado, sino la realización de la última acción peligrosa. En los casos en que la permisión de la conducta pasa por despejar la incertidumbre sobre la posibilidad de aparición de un factor abstractamente posible es cuando se habla de los deberes de conocer asociados a la realización de conductas de ese tipo⁽⁸⁰⁾. La actividad de averiguación de los factores puede dar lugar a la exclusión del riesgo si se descartan, o a su concreción si se confirman. En el segundo caso, ante esta nueva situación, aparece aplicable una nueva norma de cuidado que puede o bien prohibir la acción o bien permitir determinadas acciones realizadas con cautelas nuevas dirigidas a controlar este nivel de riesgo percibido ahora como superior. Pero, en todo caso, el distinto momento en que se analice la peligrosidad de la conducta va a dar lugar a niveles de riesgo diferentes pudiendo ser diferente (o no) la valoración que el mismo merezca. Lo relevante es que mientras el riesgo aparezca como controlable de distintas maneras van surgiendo diferentes deberes dirigidos a posibilitar su control, o en realidad, desde el punto de vista del tipo, distintas prohibiciones que son eludibles no solo mediante la abstención de actuar, sino mediante actuaciones dirigidas a controlar sucesivamente el riesgo variante conforme se concreta. Con un ejemplo: Anestesiarse a alguien existiendo la posibilidad de que haya ingerido alimentos que durante el estado de inconsciencia le causen asfixia por vómito y produzcan su muerte es un riesgo abstracto no permitido. Para anestesiarse el sujeto tendrá que descartar el riesgo. Si preguntado el paciente el riesgo no se descarta, sino que se concreta, el paciente

(80) PAREDES habla de deberes de conocer exigidos a una determinada posición jurídica.

comió, la posibilidad de que un vómito le asfixie ya no es abstracta, como en la situación anterior de desconocimiento, sino que aparece ante los nuevos conocimientos como superior que en el momento anterior, puede surgir la prohibición absoluta de anestesiar, o la prohibición de anestesiar solo sin las cautelas destinadas a evitar el vómito, o sin las cautelas destinadas a evitar la asfixia en caso de vómito. Lo que quiero poner de manifiesto es que todas ellas surgen de una inicial ponderación de intereses que indica la ya no permisión de un riesgo abstracto. Por ello he dicho anteriormente que el criterio del rol no es sino la abreviatura de normas de cuidado previas. Y la decisión de las circunstancias tenidas en cuenta para definir la norma de cuidado subyacente al tipo de resultado: aquí la prohibición de anestesiar *a quien ha comido*, como norma subyacente al delito de homicidio imprudente, se elabora conforme a los conocimientos que el sujeto actuante debería tener según normas previas que prohibían ya riesgos abstractos (anestesiar sin saber si el paciente comió). Este es un caso de regulación expresa⁽⁸¹⁾, la pregunta sobre la ingesta de alimentos pertenece a los deberes del anestesta. Pero cuando no existe una normativa expresa deben buscarse los conocimientos de la misma manera: preguntándose por la existencia de deberes de conocer que a su vez provienen de la prohibición ya de riesgos abstractos⁽⁸²⁾.

Para la determinación de la norma infringida en último lugar, que es la 38 norma subyacente al tipo de resultado, se tendrán en cuenta todos los conocimientos que el sujeto hubiera debido ir adquiriendo si no hubiera infringido todas las normas antepuestas. ¿Por qué no concluir entonces simplemente que el sujeto infringió la primera norma de cuidado que prohibía ya el riesgo abstracto? Porque el peligro que aquella conducta representaba estaba

(81) Considero que el riesgo no permitido se encuentra en numerosas ocasiones reglamentado en la normativa extrapenal y que el empeño de una parte de la doctrina en negar tal identificación se debe en ocasiones a una confusión en ejemplos que no son de atipicidad sino de justificación —como los planteados por HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 722, marg. 1873; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 519, o a otros malentendidos —sobre ello GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 265 ss.—.

(82) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general, I*, pp. 24, 34 ss., afirma que cuando no existen normas expresas, baremos o parámetros, se debe seguir el principio de que todo el que se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo no puede valorar debe informarse y si parece que esto tampoco servirá debe abstenerse. Pero esto no es así de automático, los ámbitos regulados nos lo enseñan, donde un peligro de interacción con un factor hacia el resultado aparece como una posibilidad abstracta y el descarte mediante averiguación resulta demasiado costoso y limita en exceso la utilidad preferida de la actividad, ese riesgo puede considerarse permitido. Por tanto, no se pueden afirmar deberes de conocer sin más, a veces la posibilidad abstracta es un riesgo permitido, para decidirlo siempre hay que pasar por la ponderación entre la utilidad de la actividad limitada mediante las cautelas de averiguación y el tipo de peligro que amenaza sin esas limitaciones.

condicionado a la posibilidad de todos los factores e infracciones posteriores y, por lo tanto, aparece como muy inferior a la peligrosidad de la última conducta que se establece teniendo en cuenta todos los factores que han concurrido en el caso concreto y que el sujeto hubiera conocido de cumplir todas las normas de cuidado antepuestas. La afirmación de esas normas de cuidado antepuestas nos permite hacer cortes típicos en la imprudencia sucesiva de un sujeto, de manera que solo la infracción de la última norma sea la que subyace al tipo de resultado en cuestión.

39 Por todo lo dicho anteriormente entiendo que los conocimientos a incluir en el juicio de peligrosidad son aquellos que el ordenamiento exige para la realización de una actividad y que se deben ir concretando a través del planteamiento de la permisón o prohibición de la conducta desde la valoración de la mera posibilidad abstracta de aparición de un factor. El criterio de los conocimientos del ciudadano inteligente dentro del círculo de personas que tiene permitida la actividad no es sino el resumen final de todas las valoraciones anteriores.

40 En relación con la realización de la ponderación desde la que se decide la permisón o prohibición de un riesgo no creo que se puedan dar más que pautas generales⁽⁸³⁾, dado que habrá que analizar el valor que se otorgue a la conducta en su configuración concreta y los concretos riesgos que representa en cada caso, así como la posibilidad o conveniencia de modificarla mediante la exigencia de cautelas que a la vez limitan el riesgo y el ejercicio de la actividad. La conducta aparecerá como descuidada y prohibida si era posible limitar los riesgos que todavía presenta de llegar al resultado a través de determinados cursos causales mediante la adopción de cautelas que evitando la interacción con esos posibles factores no limitaban en exceso el ejercicio de la actividad,

(83) Así también PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal. Op. Cit.* p. 128 ss. La mayoría de la doctrina se limita a dar pautas generales. Así, p. e. ROXIN, C., *Strafrecht, AT. Op. Cit.*, § 24, margs. 34 y 39, opina que el criterio de la “figura baremo o modelo diferenciada” es un medio auxiliar para la determinación del riesgo no permitido, pero presenta el problema de que a menudo no es fácil determinarla, aunque propone utilizar como criterios cuando sea posible las normas conocidas en los respectivos sectores del tráfico, instrucciones, reglas de uso, etc. Y donde falte la regulación expresa dice que “cómo de grande deba ser el peligro para ser jurídico-penalmente relevante y por tanto fundamento de la imputación imprudente depende en primer término de la relevancia social de la conducta generadora del riesgo”. Así, p. e. afirma que si un espectador resulta lesionado por una pelota que vuela hasta el público, no se ha de imputar este resultado al jugador (salvo cuando el mismo haya disparado intencionadamente hacia el espectador, v. gr. por rabia) —por cierto: valora de manera diferente la misma conducta objetiva según haya o no dolo, lo que contradice la pretensión de identidad de tipo objetivo—. Para esta ponderación son decisivas, en su opinión, además de la conducta del sujeto, también otras circunstancias: la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente un riesgo.

o puede, por el contrario, aparecer como permitida si eliminar los riesgos que todavía supone se considera limitar excesivamente el valor o la utilidad preferente que la actividad presenta o si esos límites parece más conveniente trasladarlos a terceras personas para garantizar la utilidad o valor de la conducta, etc.⁽⁸⁴⁾. Esto es lo que hace que, como ya dije, un riesgo no permitido no se defina simplemente por un determinado grado de probabilidad del resultado, sino por el concreto camino causal que amenaza; y por ello la posibilidad concreta de interacción con un factor puede considerarse no permitida si, a pesar de ser escasa, su evitación mediante la adopción de una determinada cautela era muy fácil y no limitaba en exceso la actividad⁽⁸⁵⁾. Ello haría que la ponderación de intereses considerase un riesgo no permitido la actuación sin la cautela. En cambio, la interacción posible de la misma conducta con otro factor diferente, quizás más probable, puede considerarse un riesgo permitido si el coste de eliminarla es mucho más elevado y la realización de la conducta sigue apareciendo como preferible a su excesiva limitación. Por tanto, en la ponderación que da como resultado la decisión de los riesgos permitidos y no permitidos interviene no solo la probabilidad de un factor y con ello del resultado al que lleva su interacción, sino también los costes que supone su evitación mediante

(84) Por lo tanto, la ponderación que aquí se defiende no consiste en un mero cálculo mecanicista de probabilidades matemáticas o estadísticas de producción de un resultado, al que se ha opuesto una parte de la doctrina —véase RUEDA MARTÍN, M., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, p. 295, con ulteriores citas—. En la ponderación junto a la probabilidad estadística del resultado, que sin duda es un factor, hay que tener en cuenta otros. Si tenemos en cuenta como factor dentro de la ponderación siempre para compensar el peligro por pequeño que sea la utilidad o interés en el libre ejercicio de la actividad que se está enjuiciando, y a la vez la merma de esa utilidad que supone la introducción de cautelas dirigidas a evitar concretos caminos causales hacia el resultado —lo que además individualiza los riesgos y su valoración— nos daremos cuenta de que conductas dirigidas con dolo directo a lesionar un bien jurídico y que no ofrezcan por sí mismas una considerable utilidad social no podrán ser consideradas valiosas por escasa que sea la probabilidad del resultado lesivo. Con ello, el riesgo permitido en caso de dolo directo quedará reducido a los supuestos en los que la lesión del bien supone solo el consumo del mismo inherente al ejercicio de una actividad socialmente útil. Pues, por ejemplo, disparar a otro con intención de matarle por escasas posibilidades que se tengan de conseguirlo nunca se va a considerar una actividad socialmente útil y necesaria valorada que compense ese pequeño riesgo. Por eso creo que no es acertado criticar sin más la ponderación, sino que esta se limite a un cálculo de probabilidades.

(85) Esta es la explicación a la pregunta que se hace MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. *Op. Cit.*, p. 133 ss., de por qué determinados riesgos estadísticos más elevados que otros e incluso con una utilidad similar aparecen como permitidos mientras que esos otros menores se prohíben. Simplemente porque en unos casos se pueden realizar fácilmente y sin grave coste para la actividad conductas alternativas que mediante la incorporación de ciertas cautelas controlen el riesgo y en otros no. En definitiva, porque lo valorado no es simplemente una probabilidad estadística de resultado final y una utilidad conjunta de la actividad sino la peligrosidad y la utilidad de cada manera concreta de posible realización de la actividad. Con esta respuesta no creo ya que se pueda calificar de “simplista”, como hace esta autora, la explicación de la ponderación de intereses como génesis del riesgo permitido y no permitido.

la incorporación de cautelas. El riesgo permitido es por ello el riesgo de producción del resultado a través de la interacción con concretos y determinados factores, no una cantidad abstracta o estadística de peligro de producción del resultado. Es necesario tener esto en cuenta para poder analizar con posterioridad de manera correcta el fin de protección de la norma, pues la permisibilidad de determinados riesgos —de la interacción con factores concretos contra la que deliberadamente no se establecen cautelas para no limitar excesivamente la actividad valorada— los dejará fuera del fin de la norma.

- 41 Cualquier factor previsible que pueda interactuar con la conducta anudando un curso causal hacia el resultado debe ser analizado conforme a la ponderación de intereses comentada. Incluidas las posibles conductas incorrectas de terceros o de la propia víctima. Por lo general, la posibilidad abstracta de interacción con conductas de terceros o de la propia víctima se considera un riesgo permitido, puesto que, en primer lugar, tomar las cautelas destinadas a evitarlas cuando solo son posibilidades abstractas disminuiría gravemente el ejercicio y con ello la utilidad de cualquier actividad; y, en segundo lugar, el ordenamiento dispone en estos casos de la posibilidad de cargar con las cautelas dirigidas a la evitación a esos terceros. La respuesta a estos casos está por tanto, en primer término, en la ponderación, no dejan de ser supuestos de evaluación y permisibilidad de riesgos. Pero puede que no siempre sea así, por ejemplo, porque la actividad presente una nula utilidad o interés y prevalezca el interés en evitar interacciones incluso con conductas erróneas de terceros o por la imposibilidad de trasladar la cautela a la víctima o por la elevación del riesgo de conducta errónea del tercero, o por la facilidad de introducir cautelas que limitan muy levemente la utilidad de la actividad, pero disminuyen enormemente el riesgo. Por ello, otro problema distinto es el de si toda infracción de una norma de cuidado destinada a evitar interacciones con conductas descuidadas de terceros (cuando se haya decidido que la conducta que ofrece tal riesgo debe ser prohibida) es la norma subyacente al tipo. La solución tampoco proviene de un principio ajeno a la dogmática del delito imprudente y por cierto contradicho por el Derecho positivo, como el de autorresponsabilidad que determina la imputación a la víctima, sino de los criterios para definir la autoría ejecutiva.

VI. Segundo paso en la identificación de la conducta típica

- 42 Con todo lo dicho anteriormente, pasamos a un segundo problema en la identificación de la conducta típica: el de si toda conducta que infringe cualquier prohibición de actuar descuidadamente que tenga como fin último

colaborar a la evitación de un resultado lesivo puede identificarse con la acción típica del delito de resultado en cuestión o si, por el contrario, solo algunas de esas normas pueden definirse como la norma subyacente al tipo de resultado y, por lo tanto, solo la conducta que infringe esa concreta norma de cuidado es la conducta típica. La doctrina ha elegido dos vías diferentes para solucionar los ejemplos de los que vamos a ocuparnos e identificar la conducta típica de entre aquellas que suponen riesgos no permitidos: la imputación objetiva, a través de las figuras de la prohibición de regreso y de la imputación a la víctima, u otros argumentos, por un lado, y la distinción entre conductas imprudentes de autoría y conductas imprudentes de participación, por otro.

Las primeras me parecen incorrectas por diversos motivos en cuya discusión pormenorizada no puedo detenerme aquí⁽⁸⁶⁾. La mayoría de los autores que pretenden reducir la conducta típica por la otra vía anunciada, la de la distinción autoría / participación, parten de la idea aquí rechazada de un único e idéntico tipo objetivo para el delito doloso y para el delito imprudente⁽⁸⁷⁾. En mi opinión, solo el delito doloso se caracteriza por un elegir e impulsar la voluntad de actuar del sujeto la interacción de cada uno de los factores causales en dirección al resultado. Solo en el delito doloso se puede hablar, en mi opinión, de un dominio objetivo y subjetivo del hecho. Una conducta que de realizarse con consciencia de la peligrosidad todavía no podría considerarse dolosa —por falta precisamente de dominio del hecho o para quienes optan por un dolo meramente intelectual por no contener el grado o la clase de peligrosidad necesaria para afirmar el dolo— puede, sin embargo, ser calificada de imprudente. Aquí se ha tratado de demostrar el distinto contenido de las normas que subyacen a los tipos dolosos y a los imprudentes y por tanto quedaría justificado que el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la autoría dolosa se configurasen conforme a los elementos característicos de esta clase de tipo, mientras que los elementos que caracterizan al autor imprudente son los propios que definen las conductas imprudentes.

De entre las conductas contrarias a normas de cuidado que referidas a un mismo riesgo interaccionan en la producción del resultado, la conducta

(86) Básicamente, estos criterios me parecen innecesarios e incorrectos. Estas posturas, defendidas por JAKOBS y sus seguidores, entre ellos, en Perú, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general. Op. Cit.*, p. 421 ss. y las críticas que merecen son explicadas con detalle en GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 285 ss.

(87) Las diversas posturas pueden verse expuestas y comentadas en GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 318 ss.

subyacente al tipo de resultado, la calificada como autoría, supondrá una mayor cantidad de injusto, una mayor peligrosidad, un mayor merecimiento de pena⁽⁸⁸⁾, mientras que las demás presentan una peligrosidad menor, pues el que puedan formar parte del camino hacia la lesión del bien jurídico aparece precisamente condicionado a *la conducta imprudente* que hemos calificado como autoría, aquella cuya peligrosidad es mayor, pues su efectividad ya no aparece condicionada a infracciones de cuidado posteriores de otro sobre el mismo riesgo. La conducta típica, la del autor, presenta por tanto una mayor cercanía al hecho⁽⁸⁹⁾ frente a las de participación, que no son la acción típica, más lejanas, condicionadas, prohibidas por normas antepuestas. Lo que hay que buscar, por tanto, es la última prohibición dirigida a evitar la concreción de un determinado riesgo. Se trata, en definitiva, de la jerarquización de las normas que afectan a cada uno de los intervinientes.

- 45 Cuando el último actuante lo hace de manera atípica porque en su manejo del riesgo le cubre el principio de confianza⁽⁹⁰⁾, según el cual podía confiar en recibir el riesgo conjurado del anterior, entonces el anterior como destinatario de la última norma ideada para conjurar ese riesgo es el autor. El partícipe

(88) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, p. 454.

(89) Ídem.

(90) El principio de confianza solo nos dice qué posibilidades abstractas de interacción con actuaciones de otros no deben ser tenidas en cuenta por el autor para adaptar su conducta tomando las cautelas dirigidas a la evitación de tal interacción, es decir, nos indica que ese riesgo abstracto de interacción es para la conducta del sujeto un riesgo permitido, o dicho desde la perspectiva de la norma, que no le está prohibido realizar una conducta que presenta el riesgo abstracto de esa interacción. Así entiende el principio de confianza WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, pp. 71-73, y también JAKOBS, G., "El delito imprudente". *Op. Cit.*, p. 281; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 170, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Op. Cit.*, p. 316. Por lo general, la posibilidad abstracta de interacción con conductas de tercero o de la propia víctima se considera un riesgo permitido puesto que, en primer lugar, tomar las cautelas destinadas a evitarlas cuando solo son posibilidades abstractas disminuiría gravemente el ejercicio y con ello la utilidad de cualquier actividad; y en segundo lugar el ordenamiento dispone en estos casos de la posibilidad de cargar con las cautelas dirigidas a la evitación a esos terceros. La respuesta a estos casos está por tanto en primer lugar en la ponderación, no dejan de ser supuestos de evaluación y permisión de riesgos. No se fundamentan por tanto tampoco en principios ajenos a la ponderación como puedan ser el principio de autorresponsabilidad. Así lo demuestra la admisión de la caducidad del principio de confianza en cuanto determinados indicios elevan a algo más que una mera posibilidad abstracta la conducta indebida de terceros, así como las obligaciones de tomar cautelas para evitar la interacción con esas conductas indebidas también cuando el traslado de las cautelas de evitación a la propia potencial víctima o tercero parece someterles a una carga excesiva o aumentar el peligro —por la escasa confianza del ordenamiento en que la víctima o tercero cumpliera con la cautela—. Recoge estos límites al principio de confianza p. e. HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 722 ss. La explicación para mí está siempre en la ponderación de intereses que subyace a la decisión sobre la permisión o prohibición de un riesgo. Véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, pp. 284, 289, 292 ss.

no realiza el hecho con su mera conducta imprudente, sino siempre a través de la imprudencia de otro (accesoriedad). Para imputarle el resultado final es preciso hacerlo a través de un resultado intermedio: el favorecimiento de la imprudencia de otro⁽⁹¹⁾.

En la precisión de que se trate del mismo riesgo y de una disminución 46 de peligrosidad al respecto de la conducta del partícipe se hallan las diferencias con la concurrencia de imprudencias, en la que todos son autores, pues la imprudencia de cada uno, aunque dependa de la imprudencia del otro para llegar al resultado, en realidad se refiere a un riesgo diferente, o a una faceta diferente del riesgo, y no al mismo riesgo. Cada uno debe ocuparse de un riesgo diferente, cada uno es el “último competente” de ese riesgo diferente. En la concurrencia de culpas todas las conductas presentan el mismo grado de peligrosidad, una no aparece como de peligrosidad menor, más lejana que la otra, precisamente por condicionada a esa otra. En cambio, en los casos de participación es el mismo factor de riesgo el que va pasando de uno a otro y está condicionado a la imprudencia del siguiente. Por ejemplo el farmacéutico que a petición de un cliente le vende sin receta un medicamento para el que esta es preceptiva es competente, le afecta una prohibición destinada a evitar la interacción del medicamento con una característica del paciente que suponga la contraindicación produciendo la muerte, pero el último competente para evitar esa idéntica interacción, el último destinatario de una prohibición con ese fin, es el comprador que la suministra sin haber consultado al médico o sin haber leído el prospecto. La peligrosidad de la venta sin receta aparece como más lejana y condicionada a la de suministro contraindicado – pues no todo medicamento vendido sin receta se suministra después contraindicadamente –, mientras que la peligrosidad, la última infracción –el suministro contraindicado– aparece como mayor y ya no condicionada a ninguna imprudencia posterior sobre el mismo riesgo. El farmacéutico no es, pues, autor del homicidio imprudente⁽⁹²⁾.

(91) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 725, soluciona estos ejemplos argumentando que el resultado está fuera del ámbito de protección de la norma infringida. La argumentación no me parece del todo exacta, pues en la prohibición del tráfico de drogas sin duda está el fin de proteger la vida, aunque no cabe duda que quien vende drogas no realiza un homicidio imprudente si luego el comprador se inyecta una sobredosis, sino que solo ha realizado una conducta previa a aquella que efectivamente cumple el tipo del homicidio- la inyección de la sobredosis. Sobre la discusión de este ejemplo véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 339 ss.

(92) Tradicionalmente, el finalismo rechazó la distinción autoría/participación en el delito imprudente calificando, por el contrario, de autor a todo el que contribuía a la causación de un resultado con una conducta que infringía el cuidado debido. Véase sobre las posturas de WELZEL, CEREZO y otros

VII. El resultado y su pertenencia a lo injusto

47 En relación con el resultado no final y su pertenencia a lo injusto, en mi opinión, el efectivo acaecimiento del resultado no forma parte de la acción final que identifico con el actuar humano, dejando fuera del concepto las consecuencias de dicho actuar⁽⁹³⁾. El resultado querido por el sujeto no forma parte de la acción⁽⁹⁴⁾, solo la querencia de ese resultado integra y configura la acción, pero la efectiva producción del mismo como suceso externo y separable del actuar, queda fuera de la acción. Esta es la postura consecuente con una distinción entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

48 El problema de la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto viene resuelto, en mi opinión, de manera afirmativa por la consideración de los juicios de valor inherentes a las normas penales que son su presupuesto lógico y por una comprensión del efecto preventivo general positivo de la pena que solo resulta posible partiendo de una categoría de lo injusto que cumpla el fin de informar de lo generalmente prohibido por desvalorado.

49 La explicación del resultado como condición objetiva de punibilidad resulta, desde luego, insatisfactoria en la construcción de los defensores del monismo subjetivista⁽⁹⁵⁾ porque no se explica adecuadamente que la producción

autores GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Op. Cit., pp. 318-319, nota 940. También niega esta distinción HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., p. 716. Sin embargo, aquí se rechaza que cualquier infracción del cuidado debido que lleve causalmente a un resultado sea calificable como autoría –acción típica– del correspondiente delito imprudente, jerarquizando desde su distinto contenido de injusto por su mayor lejanía y el condicionamiento de su peligrosidad a imprudencias posteriores, las distintas conductas intervinientes.

(93) Así MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, pp. 230 marg. 16, 243 marg. 7 y 255 marg. 37.

(94) En contra, y a favor de la pertenencia del resultado a la acción cuando aquel es abarcado por la finalidad, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Op. Cit. Tomo I, p. 37.

(95) Para ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, p. 128 ss. (en la traducción de SANCINETTI. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, p. 144 ss.), el resultado no forma parte de la acción final ni el desvalor de resultado de lo ilícito. En detalle sobre su construcción véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Op. Cit., p. 91 ss. El resultado es también mera condición objetiva de punibilidad para otros autores finalistas como KAUFMANN, A., “Zum Stande der Lehre vom Personalen Unrecht”. En: *Festschrift für Hans Welzel*, p. 411; SCHAFFSTEIN, F., “Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten”. En: STRATENWERTH, G. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, p. 561; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, pp. 502-503; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*. Op. Cit., p. 249 ss.; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*. Op. Cit., p. 135; SANCINETTI, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Op. Cit., pp. 83 y 144 ss.; y BERSTAIN, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 116 ss.; para autores no finalistas como CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*. Op. Cit., p. 8; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en*

del resultado permita seleccionar dentro de las conductas descuidadas (imprudentes) ya típicas, antijurídicas y culpables, aquellas singularmente intolerables para el Derecho penal⁽⁹⁶⁾.

Si el resultado se establece como criterio de selección de conductas, pero no forma parte de lo injusto, la pena debería establecerse en proporción a la gravedad del comportamiento descuidado y no en proporción al resultado causado⁽⁹⁷⁾. Solo la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto puede explicar que una misma conducta que ha infringido una norma de cuidado destinada a proteger la vida y la integridad física y que ha afectado (puesto en peligro) a ambos bienes jurídicos, se castigue con penas diferentes según el resultado producido.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que lo injusto rebasa la materia de prohibición, siendo este el verdadero problema que tenemos que explicar. El desvalor de acción también se construye por referencia a la valoración por el Derecho de un bien, y por lo tanto la desvaloración de la acción ya incluiría la desvaloración de la lesión del bien en cuya virtud se prohíbe la acción; sin embargo, el ajuste de la pena al desvalor de acción es insuficiente para la reafirmación del valor del bien jurídico que pretendemos. Especialmente en el delito imprudente. En los delitos dolosos la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico identifica más claramente el valor cuestionado por la conducta,

el Estado Social y Democrático de Derecho, p. 65 ss. (en la actualidad su postura no está tan clara). En contra de la consideración del resultado como condición objetiva de punibilidad también podemos encontrar a los finalistas STRATENWERTH, G., "Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht". En: *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, p. 178 ss. (*Acción y resultado en Derecho penal*, p. 75 ss. y p. 86 ss.); SUÁREZ MONTES, F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, p. 81 ss.; JOSÉ CEREZO MIR, notas 4 y 6 a WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Op. Cit.; y no finalistas GUALLART Y DE VIALA, A., "La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 32, p. 625 ss.; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 25 ss., entre otros muchos.

- (96) Así lo entiende ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Op. Cit., p. 207 ss., y en sentido similar MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Op. Cit., p. 66 ss., en especial p. 70; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*. Op. Cit., p. 121. Critican esta construcción HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Op. Cit., p. 36 ss.; SCHÜNNEMANN, B., "Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?". Op. Cit., pp. 172-173; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 181.
- (97) STRATENWERTH, G., *Acción y resultado en Derecho penal*. Op. Cit., pp. 86-87, criticando a los autores que defienden el monismo subjetivista; SANCINETTI, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*, pp. 141-143, desde el monismo subjetivista lanzando esta propuesta contra el Derecho positivo, que en mi opinión sería difícilmente comprendida por el destinatario de la sanción y por la sociedad en general —así también HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, p. 30—.

aquel al que se dirige la finalidad del sujeto. Pero en el delito imprudente la propia conducta y su cualidad lesiva no aparecen tan específicamente ligadas a la lesión de un bien jurídico concreto y en su forma concreta de lesión, sino que más bien en el momento de realizarse el delito la conducta aparece como peligrosa para una pluralidad de bienes jurídicos y mediante una pluralidad de vías (y ello aun cuando se argumentara la aquí rechazada finalidad de los medios o la finalidad referida a los factores de riesgo). Aquí el prescindir de la inclusión de la lesión del concreto bien jurídico en lo injusto convierte al delito imprudente en un *crimen culpa*⁽⁹⁸⁾, lo injusto de la conducta radica en su peligrosidad para una pluralidad de bienes jurídicos simultáneamente, y la pena no podría tener en cuenta individualmente cada uno de los resultados producidos (quedando reducido como mucho el resultado a mera condición objetiva de punibilidad). En tal construcción, el desvalor del resultado no es tan fácilmente identificable a través del desvalor de acción y la pena pierde su virtualidad para confirmar el valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Por ello también, desde el punto de vista de los fines de la pena, está justificada la posibilidad de castigar un injusto parcial en el delito doloso, pero no en el imprudente. Pero un concepto unitario de injusto y el aplicar la misma argumentación para fundamentar la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto en ambos casos nos lleva a afirmar que tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes lo injusto completo está formado por el desvalor de la acción más el desvalor del resultado.

(98) Que la exigencia de una conexión entre la infracción del cuidado y el resultado producido nos lleva a los *crimina culposa* mientras que la opción contraria solo puede predicarse del *crimen culpa*, fue reconocido también por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*. Op. Cit., p. 337, al analizar el anterior sistema de incriminación de la imprudencia mediante cláusulas generales, pareciéndole preferible a este autor, a pesar de su construcción la opción por los *crimina culposa*. Véase también; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*)". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 62, p. 306 ss., sobre los inconvenientes del *crimen culpa* que se deriva de la concepción del resultado como mera condición objetiva de punibilidad en el delito imprudente. SANCINETTI, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*. Op. Cit., pp. 141-143, es más coherente con sus premisas y por ello defiende de *lege ferenda*, en contra del Derecho positivo, que la pena en el delito imprudente se establezca en proporción a la gravedad de la conducta imprudente y sin tener en cuenta el resultado causado, construyendo de esta manera auténticos *crimen culpa*. En cambio JAKOBS, aunque reconoce que en los ámbitos con reglas consolidadas en formas de descripciones de riesgos permitidos o de *lex artis* la punición de la inobservancia de cuidado sin consecuencias se puede tomar en consideración, sobre todo cuando es muy grave, considera que la punición de todas las tentativas imprudentes aun cuando se pudiera considerar posible dogmáticamente no resulta oportuna pues dada la ubicuidad del comportamiento defectuoso, ello ni serviría a la norma para omitir la realización cognoscible del tipo ni serviría al poder de impresionar de la norma. JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2, p. 328, marg. 27.

El desvalor del resultado pertenece, por tanto, a lo injusto como cofundamentador del mismo, pero no a la materia de la prohibición. El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos, apoyada a través del fin preventivo general positivo de la pena⁽⁹⁹⁾. Lo injusto, lo contrario a Derecho, comprende no solo lo prohibido, sino también la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido⁽¹⁰⁰⁾. Pues la pena no solo tiene la misión de reafirmar la vigencia de las normas, sino también de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esos valores jurídicos como mejor forma de garantizar su respeto.

VIII. La imputación del resultado

Precisamente la explicación que di a la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto es la que fundamenta la exigencia, reconocida hoy de manera prácticamente unánime, de un determinado nexo normativo más allá de la mera causalidad entre la acción descuidada y el resultado lesivo. Para mí, el único criterio correcto es el del fin de protección de la norma⁽¹⁰¹⁾.

El criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho⁽¹⁰²⁾ debe limitarse a un medio auxiliar en la interpretación del fin de protección de la norma⁽¹⁰³⁾,

(99) Sobre mi concepción de la pena véase mi contribución al *Libro Homenaje a Cerezo Mir*.

(100) GIL GIL, A., "Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal". En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, p. 10 ss.

(101) Sobre el rechazo de otros criterios con detalle véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Op. Cit., p. 346 ss.

(102) Sobre este principio y las críticas que ha recibido con mayor detalle véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Op. Cit., p. 347 ss.

(103) GIMBERNAT también opina que la comprobación de si el resultado se hubiera producido igualmente de realizarse la acción correcta no es un criterio de solución por sí mismo, sino solo un medio auxiliar, que solo sirve para averiguar el fin de protección de la norma que es el verdadero criterio de solución —GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Op. Cit., p. 138—. FEIJÓO también lo admite solo como medio auxiliar para decidir si el resultado supone la realización de la infracción del deber objetivo de cuidado, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, pp. 30-31, 128, 336. También CADAVID A., *NFP*, 67, 2005, p. 89, otorga a los cursos causales hipotéticos una función auxiliar de interpretación. CANCIO MELIÁ, M., "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva". En: BOLAÑOS GONZÁLEZ, M. (compiladora), *Imputación objetiva y dogmática penal*, p. 112 ss., coincide con la solución que defendiendo de reconducir estos supuestos al criterio del fin de protección de la norma. En sentido similar, JAKOBS, G., "El delito imprudente". Op. Cit., p. 293. FORTI, G., *Colpa ed evento nel Diritto Penale*. Op. Cit., p. 719, advierte que la hipótesis de la conducta alternativa correcta debe eliminar solo el factor causal que la cautela omitida presentaba la aptitud de eliminar. Proponen una aplicación conjunta del criterio de la conducta alternativa y el del fin de la norma CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Op. Cit. Tomo II, p. 179-184 y ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa e*

pero al mismo tiempo en dicha tarea aparece como irrenunciable⁽¹⁰⁴⁾. El comportamiento hipotético correcto no tiene relevancia por sí mismo⁽¹⁰⁵⁾ ⁽¹⁰⁶⁾, sino solo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma para la evitación del curso causal concreto pretendida por la cautela omitida. De lo que se trata no es de ver si se habría producido igual el resultado, sino de si se produjo precisamente por la interacción de factores que la norma quería (y podía) evitar, donde la hipótesis solo nos sirve para comprobar qué tipo específico de factores puede evitar una cautela que convierte a la acción en atípica, después es

imprudencia en la sociedad de riesgo. Op. Cit., pp. 26-28. Quisiera señalar que aunque MARTÍNEZ ESCAMILLA tiene razón al negar en principio la relevancia de los cursos causales hipotéticos, la variante del ejemplo de los pelos de cabra que pone para ilustrarlo —MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado. Op. Cit.*, p. 235 ss.— no es correcta. Sobre ello con detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 348, nota 1035. La afirmación de GIMBERNAT, E., “Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos”. En: *Revista de Derecho de la Circulación* N° 10, de que no es verdad que no existe realización de la lesión de la diligencia siempre que conste que el resultado no se hubiera podido evitar con el comportamiento prudente solo sería correcta si nos conformáramos con cualquier resultado, o incluso cualquier resultado del mismo tipo acaecido en el mismo tiempo y lugar, pero no puede ser ya acertada si como aquí se pretende se refiere al resultado producido por un concreto camino causal y no otro, por una concreta interacción de factores y no de otros.

(104) En el mismo sentido, con las diferencias propias de la distinción entre tipicidad de la conducta e imputación del resultado, se pronuncia FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado. Op. Cit.*, p. 561 ss., y nota 89. Sobre su postura con mayor detalle véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, pp. 348 nota 1035, y 362 ss. En realidad, si nos fijamos podemos ver que el propio GIMBERNAT en su análisis del fin de ciertas normas acude para argumentar a lo que puede o no puede pretender evitar la norma: “con las barreras no se puede pretender, en serio, evitar las muertes de los que voluntariamente se arrojan a los trenes (...) para hacerlo habría que (...) suprimir la circulación ferroviaria” —GIMBERNAT, E., “Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos”. *Op. Cit.*, p. 678—. Evidentemente, esto es así porque a la barrera le es imposible evitar la interacción del tren con el suicida. La interacción de factores que le es o no le es posible evitar a la cautela es un medio necesario para averiguar el fin de protección de las normas.

(105) Así, GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Op. Cit.*, pp. 125, 130, 134; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado. Op. Cit.*, p. 234.

(106) ULSENHEIMER, K., *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, p. 148, propone utilizar la fórmula de la *conditio sine qua non* para comprobar si el resultado era finalmente (*zweckhaft*) evitable mediante la observancia de la norma de cuidado —p. 145 ss.—. En contra de la aplicación de esta fórmula se expresa GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Op. Cit.*, p. 125 ss., aunque no estoy de acuerdo con el ejemplo —véase GIL GIL, A., “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”. En: *Estudios Penales y Criminológicos* N° 24— y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado. Op. Cit.*, p. 202 ss. En mi opinión, si se quiere conservar esta fórmula como método auxiliar para la pregunta sobre el fin de protección de la norma no se debe atender a si se produjo o no el resultado en su concreta configuración, es decir, con idénticas características de tiempo lugar, etc., como en la prueba de la causalidad, sino si el resultado fue producido por la interacción de factores del tipo de los que las cautelas infringidas podían evitar. Si está permitido desinfectar con determinado desinfectante la evitación de interacción con bacterias inmunes al mismo no puede entrar en el ámbito de protección de la norma que prohíbe no desinfectar con ese desinfectante.

preciso conocer si el curso causal realizado en el caso fue ese o el que la cautela no pretende ni puede evitar⁽¹⁰⁷⁾. La única función del criterio de la conducta alternativa correcta es ayudar, mediante la comparación de los riesgos todavía presentes en una conducta permitida, a descifrar cuáles son los riesgos no permitidos en la conducta prohibida que engloba a su vez otros riesgos —permitidos— comunes a las conductas permitidas, teniendo siempre en cuenta que el riesgo permitido y el no permitido se refieren siempre a la posibilidad de aparición e interacción con concretos factores y no a una magnitud de la probabilidad del resultado.

En cambio, resulta inaceptable e incompatible con el criterio del fin de 55 protección de la norma el principio del incremento del riesgo⁽¹⁰⁸⁾ que se utiliza para los casos dudosos en los que no se sabe si el curso causal que produjo el resultado es de aquellos que podía y quería evitar la cautela infringida, a pesar de lo cual se decide la imputación si pese a la imposibilidad de comprobación *ex*

(107) También FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, p. 596 ss., explicando que no se trata de plantear hipótesis, sino de comprobar si se ha realizado el riesgo desaprobado creado por el autor mientras que el curso causal hipotético no se ha materializado.

(108) Defienden esta teoría ROXIN, C., “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”. En: *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 149 ss. (original publicado en ZStW 74, 1962, p. 411 ss.); BURGSTALLER, M., *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*. *Op. Cit.*, p. 135 ss.; RUDOLPHI, H., *Causalidad e imputación objetiva*. *Op. Cit.*, p. 44 ss.; RUDOLPHI, H., “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”. *Op. Cit.*, p. 554; SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. *Op. Cit.*, p. 649 ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general* I, 4, p. 135 ss.; STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht*, AT, 5, p. 97 ss.; WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. *Op. Cit.*, p. 334 ss.; GALLAS, W., “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”. En: *Bockelmann-FS*, p. 227 ss.; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.*, p. 443; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 318 ss.; PEÑA-CABRERA FREYRE, A., *Derecho penal peruano*. *Op. Cit.*, pp. 173-174; GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, p. 188 ss.; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.*, p. 199; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.*, p. 290; LARRAURI, E., “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 41, p. 749 ss. Una variante de la teoría del incremento del riesgo mantiene también PUPPE, I., “Zurechnung und Wahrscheinlichkeit”. En: ZStW 95, p. 287 ss.; PUPPE, I., *La imputación objetiva. Presentado mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, p. 76. Sobre otras teorías que van todavía más allá que la doctrina del incremento del riesgo (KRÜPELMANN, RANFT, SPENDEL) véase FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. *Op. Cit.*, p. 570, nota 115; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. *Op. Cit.*, p. 248 ss. Para superar las críticas recibidas por la teoría del incremento del riesgo SCHÜNEMANN, B., “Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft —Eine Bestandaufnahme—”. En: *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, p. 46; SCHÜNEMANN, B., “Über die Objektive Zurechnung”. *Op. Cit.*, pp. 207, 215 ss., 226, intenta una normativización del criterio que no consigue sin embargo vencer las dificultades que este principio supone. Sobre ello con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. *Op. Cit.*, p. 367 ss.

post se estima que la cautela habría podido disminuir la probabilidad del curso causal dado. Desconoce esta teoría que las normas de cuidado subyacentes a los delitos de resultado no tienen como fin disminuir porcentualmente grados de peligrosidad, sino evitar la causación de resultados a través del control de posibles interacciones determinadas con concretos factores causales⁽¹⁰⁹⁾. Por lo tanto, la fundamentación de la imputación del resultado en el incremento porcentual del riesgo concreto carece de base, pues no guarda relación alguna con el fin de las normas subyacentes a los tipos imprudentes de resultado⁽¹¹⁰⁾.

- 56 Si la cautela infringida solo tiene como fin disminuir porcentualmente un riesgo, solo se podrá imputar un aumento de riesgo, pero no un resultado⁽¹¹¹⁾. Si no se sabe o no se puede probar si el resultado es consecuencia de la superación del riesgo o, por el contrario, es consecuencia del riesgo permitido que la misma conducta supone, no se puede imputar el resultado, pues la relación de antijuridicidad entre la imprudencia y el resultado es a lo sumo probable. Y si parece que la imprudencia es grave y que la norma necesita el refuerzo de un castigo para su cumplimiento, se debe recomendar el castigo de la mera peligrosidad de la conducta, pero no se puede convertir una conducta peligrosa en delito consumado⁽¹¹²⁾.

(109) Así, ya GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Op. Cit., p. 137. Le sigue MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 229.

(110) En sentido similar MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 229. Como esta autora advierte este defecto de fundamento es igualmente aplicable al intento de perfección de la teoría de SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. Op. Cit., p. 651 ss.; SCHÜNEMANN, B., “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”. En: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 357. Porque si se analizara el aumento de peligrosidad concreta en relación con la interacción de factores que la norma pretendía evitar se comprobaría siempre un aumento en caso de conducta imprudente. Si ese aumento no se realiza en el resultado es porque ha interferido un factor ajeno a aquellos en cuya evitación pensaba la cautela ordenada e infringida, lo que no elimina el aumento de peligrosidad respecto del factor cuya interacción sí quería evitar la norma (pero que no fue el que actuó —o no solo— en el caso) y la utilidad por tanto para ello de la norma infringida. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 233, añade que con ello la fundamentación de SCHÜNEMANN basada en la afirmación de que la norma no resultaba eficaz en el caso concreto sería falsa. Como afirma también GIMBERNAT y suscribe MARTÍNEZ: “Puede ser cierto que la norma resulte inadecuada para la reducción de este riesgo, pero no es menos cierto que no se creó con esa finalidad”. En contra de este criterio de la elevación del riesgo con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Op. Cit., p. 367 ss. Se manifiesta en contra del mismo en la doctrina peruana GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*. Op. Cit., p. 453 ss.

(111) En el mismo sentido JAKOBS, G., “El delito imprudente”. Op. Cit., p. 294.

(112) En el mismo sentido advierte FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Op. Cit., p. 573 s., que las necesidades de castigar determinadas infracciones de cuidado no son argumento suficiente para imputar el resultado sino solo para castigar la mera conducta. Para castigar además

Otros criterios, como el de la causalidad de lo no permitido⁽¹¹³⁾, son insuficientes⁽¹¹⁴⁾. El único criterio necesario para determinar la imputación del resultado es el del “fin de protección de la norma”⁽¹¹⁵⁾⁽¹¹⁶⁾. El desvalor del resultado

como delito consumado habrá que estudiar si se dan las razones específicas que se encuentran tras la exigencia de resultado que se añade a la conducta.

- (113) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 273 ss.; PUPPE, I., “Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg”. En: *ZStW*, 99, p. 601 ss.
- (114) Sobre ello con mayor detalle véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 381 ss.
- (115) El criterio del fin o ámbito de protección de la norma fue desarrollado por GIMBERNAT, E., “Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos”. *Op. Cit.*, p. 676 ss.; GIMBERNAT, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 47, p. 9; GIMBERNAT, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”. En: *Estudios de Derecho Penal*, p. 215 ss. Hoy es un criterio mayoritariamente admitido, pero bajo el cual se han entendido cosas muy diversas. MARTÍNEZ ESCAMILLA describe la situación de este criterio como el “imperio del caos”. Véase su crítica a los diversos usos dados a la expresión en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado. Op. Cit.*, p. 265 ss. Recogen el criterio además de esta autora y su maestro, entre otros muchos GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general. Op. Cit.*, pp. 455-456; PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 316 ss.; PEÑA-CABRERA FREYRE, A., *Derecho penal peruano. Op. Cit.*, pp. 418-419; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 272; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 183; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 298, marg. 56; ROMEO CASABONA, C., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo. Op. Cit.*, pp. 27-28; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 290-291; OCTAVIO DE TOLEDO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general, p. 101 ss.*; JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica. Op. Cit.*, p. 69; PAREDES, J., *El riesgo permitido en Derecho penal. Op. Cit.* p. 56, nota 57; Díez RIPOLLÉS, J. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal: parte especial. I*, pp. 149, 150; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Op. Cit.*, p. 563 ss.; LUZÓN PEÑA, D., *Derecho penal de la circulación*, p. 67; LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, pp. 382 ss., 513; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L. / FERRÉ OLIVÉ, J. / SERRANO, J. / GARCÍA RIVAS, N., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 210; GUIASOLA LERMA, C., *La imprudencia profesional*, p. 64; ROXIN, C., “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”. En: *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 181 ss., con un contenido mucho más amplio y diferente del propuesto por GIMBERNAT, incluyendo problemas que afectan a la tipicidad de la conducta (véase la acertada crítica de FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 209 ss.); RUDOLPHI, H., “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”. *Op. Cit.*, p. 554, también manejó el criterio del fin de protección de la norma, pero no creo que llegara a concretar este principio de forma correcta pues acaba admitiendo al mismo tiempo el del incremento del riesgo; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 725 maneja el criterio algo distinto de ámbito de protección del tipo. Sobre el criterio del ámbito o fin de protección de la norma y la forma correcta en la que en mi opinión debe concretarse véase con mayor detalle GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, pp. 382-402.
- (116) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado. Op. Cit.*, p. 234. En sentido similar FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 337, respecto del delito imprudente, para el que lo califica de “el criterio básico”. No es cierto que la aplicación de este criterio al delito doloso sea imposible para el finalismo como pretende FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Op. Cit.*, p. 191, nota 543. De hecho, la admite también para estos delitos CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.* Tomo II, p. 107. Los autores que cita FEIJÓO pertenecen a una rama del finalismo cuyas premisas no son aceptadas por todos los finalistas ni deben ser por tanto

ha de ser un reflejo del desvalor de acción⁽¹¹⁷⁾. Ha de servir para reforzar en el juicio de los ciudadanos el valor del bien jurídico y el desvalor de la concreta forma de lesión del mismo que el ordenamiento no tolera, y en cuya virtud se dictó la norma, frente a otras formas de lesión que en cambio se considerarían resultado de la preferencia del ordenamiento por la libertad de realización de la conducta (resultado del riesgo permitido que acompaña a la conducta prohibida).

- 58 Para decidir de entre los riesgos evitables adoptando una cautela que convierte a la conducta en permitida, cuáles pretende evitar la cautela o cautelas infringidas y cuáles no, es preciso remontarse a la ponderación de intereses que origina la norma, los peligros tenidos en cuenta y el reparto de cargas y ámbitos de libertad que supone. Ello exige, por tanto, en cada caso una labor de exégesis⁽¹¹⁸⁾. En mi opinión, se trata en todos los casos de ver la interacción con qué factores concretos pretende evitar la cautela infringida. Para ello puede ser útil también el plantearse que si el ordenamiento renuncia en circunstancias normales a exigir garantías de evitación de un factor, cuando el mismo resulta evitable solo casualmente porque se ordena una cautela *dirigida a controlar otro riesgo diferente*, ante un cambio de las circunstancias en las que se realiza la acción y que son ajenas a ese primer riesgo, no hay motivo para pensar que las valoraciones del ordenamiento respecto del primer riesgo que en otras circunstancias se consideraba permitido hayan cambiado. Lo vemos en el ejemplo del adulto atropellado en las cercanías de un colegio⁽¹¹⁹⁾. Pero tan erróneo como generalizar sobre las aptitudes de la cautela y de la norma es hacerlo sobre los riesgos excluidos. Que el legislador, ante determinadas situaciones de aumento de peligro y/o imposibilidad de trasladar la carga del control del aumento del riesgo a la potencial víctima, incrementa las cautelas para el sujeto actuante no significa que niegue toda protección en el resto de supuestos, como algún autor ha pretendido⁽¹²⁰⁾. Así, por ejemplo, al establecer

identificadas con esta escuela. Otra cuestión distinta es que, como con razón afirma GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Estudios penales*, p. 142, la imputación objetiva por realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo no puedan decidirse sin una mutua dependencia.

(117) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 234.

(118) En sentido similar (quiero entender) que la aquí propuesta MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., pp. 287, 290 ss., habla de “atender no solo a la obligación impuesta sino también al presupuesto o circunstancia que la genere”.

(119) Véanse los ejemplos citados por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 290 ss.

(120) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., pp. 294-295. Soluciona incorrectamente también por lo dicho, MARTÍNEZ ESCAMILLA el caso de la vaca, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Op. Cit., p. 292 ss. En la resolución de todos los supuestos no se trata tampoco de un problema de “previsibilidad”, lo que MARTÍNEZ ESCAMILLA llama “previsibili-

el límite general de velocidad en las ciudades, el legislador ha renunciado a la evitación de determinados factores con una concreta configuración —irrupción repentina y demasiado cercana del peatón—, pero no a cualquier factor “peatón imprudente”. Si el peatón cruza despistado a una distancia suficiente del vehículo, el conductor que, por su velocidad excesiva o por distraerse mirando un cartel, no consigue evitarlo, como hubiera podido hacer con la conducción correcta, responde del resultado. El ordenamiento ha renunciado a evitar los atropellos de cualquier peatón imprudente, pero no los de todos los peatones imprudentes. Hay atropellos de peatones imprudentes evitables y que se deben evitar con la forma de conducción correcta —la velocidad permitida, la atención exigida—. Y el hecho de que se establezca una protección reforzada en situaciones de aumento de probabilidad del factor (por ejemplo el límite de velocidad reducido ante la proximidad a un colegio) no permite desconocer el fin de protección de la norma general (es decir, del límite de velocidad general en las ciudades tal y como se ha explicado).

En los supuestos de reparto de tareas en el control sucesivo de un riesgo ⁵⁹ en el que la cautela dirigida a dotarse de conocimientos recae en persona distinta a la que posteriormente actúa, que se halla a su vez amparada por el principio de confianza en relación con la veracidad de la información recibida, se produce una limitación del fin de la cautela que compete a cada uno, que puede desembocar en la imposibilidad de imputación del resultado cuando todos incumplen su respectiva cautela. Por ejemplo, un médico es el encargado de elaborar el informe sobre la compatibilidad de las características del paciente con la anestesia y otro distinto, el anestesista, es el encargado de aplicar el anestésico correcto conforme a ese informe. El primero realiza mal el informe que erróneamente no advierte de la intolerancia. El segundo no llega siquiera a consultar el informe incorrecto y aplica el anestésico no tolerado. El paciente muere por una reacción a la anestesia. Pero la muerte no es imputable a ninguna de las dos conductas imprudentes⁽¹²¹⁾. La primera no ha sido ni tan siquiera causal. La cautela infringida por el segundo tenía el fin limitado de evitar muertes sobre cuya posibilidad advertían informes previos. Esta solución pone de manifiesto la conveniencia quizás del castigo de algunas imprudencias graves sin resultado —la de quien realiza el informe incorrecto— o de

dad normativa” es en realidad la decisión del ordenamiento sobre la permisón o prohibición de determinadas posibilidades abstractas.

(121) En contra JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 281, marg. 88. La solución aquí propuesta con mayor explicación y otros ejemplos puede verse en GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Op. Cit.*, p. 391 ss.

algunas imprudencias con resultado no imputable por división de tareas en el control del riesgo —la de quien no consulta el informe—, mediante la creación de delitos de peligro castigados con pena menor que el correspondiente delito consumado.

IX. Bibliografía

- 60 ALCÁCER, Rafael, “El juicio de adecuación de la conducta”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. XLIX, fasc. II, 1996; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 4 edición. Akal, Madrid, 1997; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Praxis, Barcelona, 1999; BERISTAIN, Antonio, *Cuestiones penales y criminológicas*. Reus, Madrid, 1979; BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung: Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, v. 1. Auflage, Leipzig, 1916; BURGSTALLER, Manfred, *Das Fabrlässigkeitdelikt im Strafrecht*. Manz, Wien, 1974; BURKHARDT, Björn, “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la ‘confusión entre lo subjetivo y lo objetivo’”. En: WOLTER, Jürgen / FREUND, George (editores), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; CADAVID QUINTERO, Alfonso, “El incremento del riesgo como factor de atribución de resultados en la imprudencia”. En: Nuevo Foro Penal N° 67, 2005; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (compiladora), *Imputación objetiva y Dogmática penal*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2005; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”. En: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (compiladora), *Imputación objetiva y dogmática penal*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2005; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1998; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. 6ª edición. Tomos I, II, III. Tecnos, Madrid, 2006; CEREZO MIR, José, “El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* fasc. 3º, 1959 y en: *Temas Fundamentales de Derecho penal* Tomo I, Buenos Aires, 2001; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*. 2ª edición. B de f, Montevideo, 2005; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomos I y II. Tesis doctoral, Barcelona, 1988; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*. Dykinson, Madrid, 2009; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991; DONNA, Edgardo Alberto, *La imputación objetiva*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997; DÍEZ

RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis / LAURENZO COPELLO, Patricia, *Comentarios al Código Penal: parte especial. I. Tirant lo Blanch*, Valencia, 1997; EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*. F. Deuticke, Leipzig, 1910; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*. Edijus, Madrid, 1999; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 65, 1998; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*)”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 62, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*. Bosch, Barcelona, 2001; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*. Ángel Editor, México D. F., 2000; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Una introduzione al fatto di reato*. CULC, Catania, 1982; FORTI, Gabrio, *Colpa ed evento nel Diritto Penale*. Giuffrè, Milano, 1990; FREUND, Georg, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”. En: *Revista de Derecho penal*, 2002-2, Delitos culposos II, Buenos Aires, 2002; FREUND, Georg, *Strafrecht, AT, Personale Straftatlehre*. Springer, 1998; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons, Madrid, 2004; FRISCH, Wolfgang, “Delito y sistema del delito”. En: WOLTER, Jürgen / FREUND, George (editores), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; FRISCH, Wolfgang, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. En: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Civitas, Madrid, 2000; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C-F. Müller, Heidelberg, 1988 (traducción al español de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons, Barcelona, 2004); FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitenvorstellungen*. Carl Heymanns, Köln, 1983; FRISCH, Wolfgang / ROBLES, Ricardo, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2004; GALLAS, Wilhelm, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”. En: *Bockelmann-FS*. München, 1979; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*. ARA, Lima, 2003; GIL GIL, Alicia, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Atelier, Barcelona, 2007; GIL GIL, Alicia, “Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal”. En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002; GIL GIL, Alicia, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”. En:

Estudios Penales y Criminológicos N° 24, 2002-2003; GIMBERNAT, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 47, Fasc./Mes 3, 1994 (también publicado en *Ensayos penales*. Tecnos, Madrid, 1999); GIMBERNAT, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Reus, Madrid, 1966 (también reedición de Editorial Ramón Areces, Madrid, 1990); GIMBERNAT, Enrique, *Estudios de Derecho penal*. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 1990; GIMBERNAT, Enrique, "Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos". En: *Revista de Derecho de la Circulación* N° 10, Madrid, octubre 1965; GIMBERNAT, Enrique, "La causalidad en Derecho penal". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1962; GIMBERNAT, Enrique, "¿Qué es la imputación objetiva?". En: *Estudios de Derecho penal*. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 1990; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Estudios penales*. Colex, Madrid, 2001; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1984; GÖSSEL, Karl-Heinz, "Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia". En: *Revista de Derecho penal*, 2002-1, Delitos culposos I. Buenos Aires, 2002; GRACIA MARTÍN, Luis, "Recensión a Luzón, curso de Derecho penal español, 1996". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 5, 2ª época, 2000; GUALLART Y DE VIALA, Alfonso, "La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 32, Fasc./Mes 3, 1979; GUISASOLA LERMA, Cristina, *La imprudencia profesional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia inconsciente*. Comares, Granada, 2002; HAVA GARCÍA, Esther, "Responsabilidad penal por mala praxis médica". En: *Revista de Derecho penal*, 2002-1, Delitos culposos I, Buenos Aires, 2002; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*. Comares, Granada, 1996; HIRSCH, Hans Joachim, "Der Streit um Handlung - und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegle der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)". En: *ZStW* 94, 1982 ("Sobre lo injusto del delito imprudente". Traducción de Eduardo DEMETRIO CRESPO. En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 16, 2ª época, 2005); HIRSCH, Hans Joachim, "Sobre lo injusto del delito imprudente". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 16, 2005; HOYER, Andreas, "Anh. § 16". En: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 6ª edición. Tomo I. 2004; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Tecnos, Madrid, 1984; IDA, Makoto, "Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt". En: WEIGEND, Thomas (editor), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70 Geburtstag am 11 april 1999*. Walter de Gruyter, Berlín, 1999; JAKOBS, Günther, "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung". En: WEIGEND, Thomas und KÜPPER, Georg (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*. De Gruyter, Berlín, 1999; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1995; JAKOBS, Günther, "El delito imprudente". En: *Bases para una teoría funcional del Derecho*

penal. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ. Grijley, Lima, 2000 (original “Das Fahrlässigkeitsdelikt”. En: *ZStW* 86, 1974, suplemento); JAKOBS, Günther, *Strafrecht, AT*, 2. Auf., Berlín, Walter de Gruyter, 1983; JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición. Gruyter, Berlín/New York, 1991; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlín, 1996; JORGE BARREIRO, Alberto, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*. Tecnos, Madrid, 1990; KAMINSKI, Ralf, *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, Struktur und Inhalt*. Duncker und Humblot, Berlín, 1992; KAUFMANN, Armin, “Das fahrlässige Delikt”. En: *ZfRV*. 1964 (traducción al español de MORENO, Moisés. *Nuevo Pensamiento Penal*, año 5, 1976); KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Gottingen, 1954 (traducción de BACIGALUPO, Enrique y GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Teoría de las normas*. Depalma, Buenos Aires, 1977); KAUFMANN, Armin, “Zum Stande der Lehre vom Personalen Unrecht”. En: *Festschrift für Hans Welzel*, 1974; KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; KUHLEN, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”. En: MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Hrsg.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Bosch, Barcelona, 1996; KUHLEN, Lothar, “Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung”. En: *Juristenzeitung*, 1994; KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Duncker & Humblot, Berlín, 1990; LARRAURI, Elena, “Notas preliminares para una discusión sobre la imutación objetiva”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 41, Fasc./Mes 3, 1988; LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999; LESCH, Heiko, *La función de la pena*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. Dykinson, Madrid, 1999; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Universitas, Madrid, 1996; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal de la circulación*. Bosch, Barcelona, 1985; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, PG. 4ª edición. Padova, Cedam, 2001; MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*. Giuffrè, Milano, 2004; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo 1. Traducción de la 7ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1994; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Tomo II. Astrea, Buenos Aires, 1995; MAZUELOS COELLO, Julio, “El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual”. En: HURTADO POZO, José / MEINI MÉNDEZ, Iván (editores), *Aspectos fundamentales de la Parte general del Código Penal peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003; MAZUELOS COELLO, Julio, “La responsabilidad penal del órgano de dirección de la

persona jurídica. Revisión de la fórmula del ‘actuar en lugar de otro’”. En: *Advocatus* N° 5, 2001; MIKUS, Rudolf Alexander, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*. Duncker & Humblot, Berlin, 2002; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004 (5ª edición. Reppertor, Barcelona, 1998); MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª edición. Bosch, Barcelona, 1982; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bosch, Barcelona, 2001; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Mohr, Tübinga, 1951; OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Rafael Castellanos, Madrid, 1986; PAREDES, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, 3ª edición. Grijley, Lima, 1997; PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal peruano*. Rodhas, Lima, 2004; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 2, 2001; PUPPE, Ingeborg, “Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg”. En: *ZStW*, 99, 1987, Heft 4; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentado mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Comares, Granada, 2001; PUPPE, Ingeborg, “Zurechnung und Wahrscheinlichkeit”. En: *ZStW* 95, 1983, Heft, 2; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*. Temis, Bogotá, 1996; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Barcelona, 2003; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*. Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXVII; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Comares, Granada, 2005; ROXIN, Claus, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”. En: *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus, Madrid, 1976 (publicado originariamente en: *ZStW* 74, 1962); ROXIN, Claus, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal”. En: *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid, 1976 (publicado originalmente en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970); ROXIN, Claus, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”. En: *Problemas básicos del Derecho penal*. Reus, Madrid, 1976 (publicado originariamente en: *Festschrift für Willhem Gallas*, 1973); ROXIN, Claus, *Strafrecht, AT, I*. 4ª edición. Beck, München, 2006 (*Derecho penal. Parte general, I*. Traducción de la 2ª edición. Civitas, Madrid, 1997); ROXIN, Claus / JAKOBS, Gunther / FRISCH, Wolfgang / SCHÜNEMANN, Bernd / KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid, Cuadernos Civitas, 2000; RUDOLPHI, Hans-Joachim, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”. En: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones*

fundamentales. Tecnos, Madrid, 1991; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 6ª edición. vor § 1 (traducción al español de Claudia LÓPEZ DÍAZ, *Causalidad e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998); RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”. En: *Juristische Schulung*. 1969; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Bosch, Barcelona, 2001; SANCINETTI, Marcelo, *Dogmática del hecho punible y ley penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997; SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten”. En: STRATENWERTH, Günter (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. De Gruyter, Berlin, 1974; SCHÜNEMANN, Bernd, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre. En: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985; SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. En: *JA*, 1975; SCHÜNEMANN, Bernd, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”. En: *Festschrift für Friedrich Schaffstein*. Göttingen, 1975; SCHÜNEMANN, Bernd, “Über die Objektive Zurechnung”. En: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999 (traducción al español: “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2002); SCHÜNEMANN, Bernd, “Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft –Eine Bestandaufnahme–”. En: *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*. Berlín, 2002; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 37, Fasc./Mes 2, 1984; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”. En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. UNED, Madrid, 2001; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*. Traducción de la 4ª edición de CANCIO y SANCINETTI. Thomson-Cívitas, Madrid, 2005; STRATENWERTH, Günter, “Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht”. En: *SchwZ*, 79, 1963 (traducción al español de Patricia ZIFFER, en STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1991); STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, AT*, I. 3ª edición. 2005; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht, AT*, 5. Auf., 2004; STRATENWERTH, Günter, “Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”. En: *Jescheck-FS*, 1985; STRATENWERTH, Günter, “Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht”. En: *Festschrift für Friedrich Schaffstein*. Otto Schwartz, Göttingen, 1975 (traducción al español de

Patricia ZIFFER. *Acción y resultado en Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1991); STRUENSEE, Eberhard, “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”. En: *El Derecho penal de hoy. Libro homenaje al profesor David Baigún*. Del Puerto, Buenos Aires, 1995; STRUENSEE, Eberhard, “Atribución objetiva e imprudencia”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 44, 1991; STRUENSEE, Eberhard, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”. En: *Juristen Zeitung*, 1987 (traducción al español de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, “El tipo subjetivo del delito imprudente”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. XL, fasc. II 1987); STRUENSEE, Eberhard, “Dolo de causar y causalidad putativa”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. XLIII, fasc. III, 1990; STRUENSEE, Eberhard, “Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit”. En: *GA*, 1987 (traducción al español de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “Atribución objetiva e imprudencia”. En: *Cuadernos de política criminal* N° 44, 1991); STRUENSEE, Eberhard, “Tentativa y dolo”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 38, 1989; SUÁREZ MONTES, Fabio, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*. Rialp, Madrid, 1963; SUÁREZ MONTES, Fabio, “Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?”. En: *Festschrift für Hans Welzel*. Walter de Gruyter, Berlín / Nueva York, 1974; ULSENHEIMER, Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*. Röhrscheid, Bonn, 1965; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. San Marcos, Lima, 2001; WEIDEMANN, Jurgen, “Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt”. En: *GA*, 1984; WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Walter de Gruyter, Berlin, 1947 (11ª edición. 1969. Traducción al español de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970); WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 2ª edición. Schwartz, Göttingen, 1952; WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de José CEREZO MIR a la 4ª edición. Ariel, Barcelona, 1964 (edición argentina de B de f, Buenos Aires, 2001); WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho penal*. B de f, Montevideo, 2002; WELZEL, Hans, *Estudios de filosofía del Derecho y de Derecho penal*, B de f, Montevideo, 2004; WELZEL, Hans, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*. Müller, Karlsruhe, 1961 (traducción al español: *Estudios de filosofía del Derecho y de Derecho penal*, B de f, Montevideo, 2004); WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”. En: *ZStW* 58, 1939; WOLTER, Jürgen, “Adäquanz - und Relevanztheorie”. En: *GA*, 1977; WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto”. En: SCHÜNEMANN, Bernd. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Tecnos, Madrid, 1991; WOLTER, Jürgen, “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”. En: GIMBERNAT, Enrique / SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Complutense de Madrid - Ministerio de

Justicia e Interior, Madrid, 1994; WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Duncker & Humblot, Berlín, 1981; WOLTER, Jürgen / FREUND, Georg (editores), *El sistema integral del Derecho penal*. Boch, Barcelona, 2004; ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Duncker und Humbolt, Berlín, 1973 (traducción de Marcelo SANCINETTI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1990); ZIELINSKI, Diethart, *Kommentar zum StGB*. Luchterhand, 1990 (traducción de Marcelo SANCINETTI, *Dolo e imprudencia*. Hammurabi, Buenos Aires, 2003); ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 37, Fasc./Mes 2, 1984.

§ 13 Comisión por omisión

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ
*Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)*

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Generalidades	1	564	b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido	35	577
II. La comisión por omisión en el Código Penal peruano y en la doctrina moderna ...	3	564	2.2. Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deber.....	38	579
1. Posición de garante (Art. 13, inciso 1).....	5	565	a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido	39	579
1.1. Teoría formal.....	8	565	b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido	42	580
1.2. Teoría material	13	567	2.3. Equivalencia normativa a nivel subjetivo en los delitos de organización y de infracción de deber.....	45	581
1.3. Toma de posición.	17	569	III. Configuración típica de la comisión por omisión a la luz de las categorías del <i>deber ser</i>	47	582
a) Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de organización	18	569	IV. Conclusiones	50	584
b) Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de infracción de deber	23	572	V. Bibliografía	55	585
2. La equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2).....	27	574			
2.1. La equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deberes generales negativos.....	31	575			
a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido	32	575			

§ 13.- Omisión impropia

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y,

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada”.

I. Generalidades

- 1 El artículo 13 del Código Penal peruano regula la institución jurídico-penal conocida como comisión por omisión, según la cual algunas conductas omisivas tienen las mismas consecuencias jurídico-penales que las conductas comisivas. Esta regulación del artículo 13 no encarna las categorías dogmático-normativas de la ciencia jurídico-penal actual, sino las categorías jurídico-penales ontológicas propias del Derecho penal clásico⁽¹⁾. No obstante, en tanto este precepto siga vigente en el Código Penal, su aplicación tiene carácter vinculante y su análisis tiene suma importancia.
- 2 En atención a las consideraciones expuestas, los comentarios que realizaré a continuación se estructuran en tres partes. En la primera, realizo un análisis *de lege lata* de los elementos que, según el texto del artículo 13, constituyen la estructura y contenido de la comisión por omisión (II). En la segunda, esbozo un breve comentario sobre la configuración de la comisión por omisión regulada en el artículo 13 a la luz de las categorías del *deber ser* que caracterizan a la actual ciencia jurídico-penal (III); y, finalmente, en la tercera, formulo algunas conclusiones que sintetizan el contenido del presente trabajo (IV).

II. La comisión por omisión en el Código Penal peruano y en la doctrina moderna

- 3 El contenido, estructura y fundamento de la comisión por omisión –por exigencia del principio de legalidad⁽²⁾– solo pueden configurarse en función a lo estipulado por el artículo 13 CP y conforme a las categorías dogmáticas que son compatibles con el sentido teleológico de nuestra legislación.
- 4 El texto del artículo 13 CP contiene dos institutos que fundamentan la comisión por omisión: a) la posición de garante (inc. 1); y b) la equiparación jurídico-penal de la omisión contemplada en el artículo 13 con los elementos normativos de los tipos legales de la Parte Especial (inc. 2). Ello significa que,

(1) Para contrastar lo afirmado, véanse los planteamientos de la filosofía liberal en los que se fundamentó el Derecho penal clásico. Entre los filósofos liberales que se pueden leer se encuentran PUFENDORF, LOCKE, KANT. En el mismo sentido, se pronuncia PERDOMO TORRES, J., *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, p. 16.

(2) Sobre el contenido, fundamento, fines y garantías del principio de legalidad cfr. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código Penal español*, p. 25 ss.; ROXIN, C., *AT I*, § 5, Nm. 2; SALAZAR SÁNCHEZ, N., “El principio de legalidad en un Estado Democrático de Derecho”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 14, p. 455 ss.; URQUIZO OLAECHEA, J., *El principio de legalidad*, p. 7 ss.

para la configuración de un delito en comisión por omisión, es *conditio sine qua non* que converjan las dos instituciones mencionadas. A continuación, primero dilucidaré la naturaleza e implicancias de la posición de garante y luego trataré la equiparación de la omisión con los tipos penales de la Parte Especial.

1. Posición de garante (Art. 13, inc. 1)

El Inciso 1 del artículo 13 establece:

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 6
1) si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo (...)”.

De acuerdo a lo señalado por el inciso 1 del artículo 13 CP, el primer 7
requisito de la comisión por omisión es la denominada posición de garante que debe ostentar el omitente. Ello significa que la persona a quien se realiza la imputación jurídico-penal debe ser portadora de una obligación que lo vincula a realizar una acción positiva evitadora de la creación y realización de riesgos jurídico-penalmente no permitidos⁽³⁾. Esto conduce a desentrañar la naturaleza normativa del deber de garante y de su fuente. En torno a dicha problemática, existen muchas teorías que explican la fuente del deber de garante. De todas ellas, solo explicaré las concepciones formales y materiales, porque tales teorías ayudan a encontrar el sentido teleológico de dicho instituto que se encuentra regulado en el artículo 13 del CP.

1.1. Teoría formal

Para los partidarios de la concepción formal⁽⁴⁾, la posición de garante emana 8
de una ley, de un contrato o de un actuar precedente (injerencia) atribuible al omitente. El deber de garante tendrá procedencia contractual cuando en el contrato que vincula a las partes existe una disposición que a obliga realizar una acción positiva para evitar el surgimiento de riesgos prohibidos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados. Ejemplo de ello sería

(3) Así, MEINI MÉNDEZ, I., “Delitos omisivos de resultado”. En: CASTILLO ALVA, J. (coordinador), *Código Penal comentado*, Tomo I, p. 446.

(4) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 397; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal fundamental*. Volumen II, p. 172; HUERTA TOCILDO, S., “Injerencia y Art. 489, 3, CP”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, p. 41. nota 11; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal I*, p. 757; LUZÓN CUESTA, J., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, p. 202; MAURACH, R. / ZIPF, H. / GÖSSEL, K., *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 254; REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión impropia*, p. 81 ss; RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 387; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general, hecho punible*. Tomo I, p. 296.

el contrato de mano de obra que contiene una cláusula que vincula al responsable del proyecto a vigilar la ejecución de la obra (v. gr., la construcción de un edificio o un puente). Por su parte, el deber de garante tendrá fuente legal cuando existe una norma jurídica emitida por la autoridad competente (v. gr., Parlamento) que obliga al destinatario a realizar comportamientos positivos para proteger el bien jurídico que se encuentra bajo su tutela. En el ejemplo expuesto, tendrá fuente legal el deber de garante que compete al funcionario de comprobar el cumplimiento de las disposiciones contractuales relativas a la correcta ejecución de la obra.

- 9 Esta configuración de la posición de garante constituye una respuesta al fracaso del positivismo en su intento de equiparar la acción y la omisión en el plano ontológico. El principal argumento de las teorías formales para fundamentar la posición de garante de los delitos de comisión por omisión en una fuente formal fue el respeto del principio de legalidad⁽⁵⁾. Es decir, se buscó que la posición de garante y, por tanto, la comisión por omisión no se configuraran de manera arbitraria en función del criterio del juez, sino conforme a las garantías que rigen las imputaciones penales en un Derecho penal democrático, las cuales se expresan por antonomasia en fuentes formales como la ley y las instituciones que están vinculadas a ella (v. gr., contrato).
- 10 Contra la teoría formal se han formulado muchas críticas, de las cuales destacan las de índole material y axiológica.
- 11 Desde la perspectiva material se postula que la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) impuesta por una ley o un contrato no supone automáticamente la contrariedad a derecho de la omisión, si esta no va acompañada de la afección material de un interés jurídico-penalmente protegido (antijuridicidad material). Ello se expresaría, por ejemplo, en el deber de garante que emana de las relaciones paternofiliales. En este ámbito, la existencia del deber de garante no dependería únicamente de la obligación legal abstracta (Arts. 235 y 287 CC) que vincula a los padres a alimentar a sus hijos⁽⁶⁾, sino, sobre todo, de la relación material de dependencia de los menores de edad respecto de sus padres u otros miembros de la familia con quienes

(5) FREUND, G., "Vor § 13". En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017, Nm. 5.

(6) Al respecto, MIR PUIG precisa que no puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción. Así, tal deber lo tienen los padres para con sus hijos menores de dieciocho años, pero no parece que ello baste cuando el hijo al que no se alimenta es capaz de valerse por sí mismo. También tienen obligación de actuar ante cualquier delito los policías y sería absurdo castigarlos por la propia comisión del delito si no lo impiden, Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 306.

poseen el mismo vínculo. En consecuencia, la simple infracción abstracta y formal del deber legal tampoco tendría la fuerza y legitimidad necesarias que se requiere para fundamentar la responsabilidad penal en comisión por omisión. Decisivo para la configuración del deber de garante y de su infracción serían, por consiguiente, la estrecha vinculación de dependencia existente entre el obligado y el menor de edad y el menoscabo de la relación de protección material concreta, respectivamente.

A nivel axiológico se sostiene que la teoría formal infringe el principio de legalidad porque es muy indeterminada. Tal indeterminación —y, por ende, el quebrantamiento del principio de legalidad— radicaría en la fundamentación del deber de garante en todo tipo de normas jurídicas (por ejemplo, leyes civiles, administrativas, tributarias). Se argumenta, acertadamente, que el incumplimiento de un deber que se encuentra en una ley extra penal (v. gr., el incumplimiento de un contrato) no constituye *per se* un injusto penal, sino un injusto civil, administrativo, tributario, etc. En consecuencia, sería ilegal e inconstitucional la calificación de la infracción de un deber de garante extrapenal como delito en ausencia de un tipo penal que criminalice dicha omisión. Así, por ejemplo, el quebrantamiento de un deber surgido del matrimonio (Art. 288 CC) tendría sus consecuencias reguladas en el Código Civil, de modo que, en ausencia de un tipo legal, no sería admisible la construcción judicial de un tipo penal para imponer una pena. La consecuencia legal de dicha infracción de deber sería un divorcio por injuria (Art. 333 CC) o la exclusión hereditaria (Art. 667 CC), con su consecuente efecto patrimonial⁽⁷⁾.

1.2. Teoría material

A diferencia de la teoría formal, la teoría material pone énfasis en el contenido del deber de garante, el cual —como expresa su propia denominación— no es de naturaleza formal, sino material, pues la relevancia jurídico-penal radica en la relación material que existe entre el obligado y el bien jurídico protegido. Esta teoría tiene una gran aceptación en sectores importantes de la dogmática penal alemana y de la doctrina española.

En Alemania⁽⁸⁾, se sostiene que la responsabilidad penal en forma de comisión por omisión solo se da si la posición de garante y, en consecuencia, la infracción del deber de impedir el resultado es comparable —en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado— con aquellos elementos

(7) Cfr. ZAFFARONI, R. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 553.

(8) Por ejemplo, SCHÜNEMANN, B., *ZStW* 96, 1984, p. 304.

materiales que caracterizan al comportamiento típico realizado por comisión. Conforme a esta tesis, el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales; por lo tanto, la relevancia penal de una conducta omisiva equivalente a una comisión presupone que el agente —a través del dominio sobre su cuerpo que se expresa mediante una abstención— tiene un control actual sobre el suceso⁽⁹⁾ equiparable en intensidad al control realizado por comisión⁽¹⁰⁾. Esta forma de configurar la posición de garante y, por lo tanto, la comisión por omisión se debe a que, según sus defensores, la imputación del resultado al sujeto omitente requiere que este sea capaz de dominar sus movimientos corporales, los cuales están dirigidos a la desprotección del bien jurídico (incumplimiento del deber de actuación).

- 15 Para la doctrina española⁽¹¹⁾, la realización típica en comisión por omisión requiere que el sujeto haya adoptado el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos. Tal compromiso material se adquiriría mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo, los cuales suscitan —tanto en la colectividad como en los potenciales afectados— la confianza de que tal sector de riesgo se encuentra bajo control⁽¹²⁾. A partir de ello, quien asume materialmente un deber de evitar el surgimiento de riesgos jurídico-penales prohibidos contra el bien jurídico tutelado estaría obligado a realizar prestaciones positivas que eviten dichos riesgos. En consecuencia, si alguien, luego de la asunción material, incumple su compromiso de contención de riesgos y, como consecuencia de ello, el bien jurídico resulta lesionado o puesto en peligro, el obligado tendrá dominio sobre dicho proceso lesivo⁽¹³⁾ y, por lo tanto, será responsable jurídico-penalmente en comisión por omisión.

(9) En el mismo sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, interpretando a SCHÜNEMANN, señala: “La plena equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de dominio, o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el superior jerárquico, que se encuentra en posición de garante sobre la causa del resultado”. Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, p. 190.

(10) Cfr. SCHÜNEMANN, B., “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”. En: GIMBERNAT ORDEIG, E. / SCHÜNEMANN, B. / WOLTER (editores), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 22.

(11) Enrique GIMBERNAT ORDEIG en COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código Penal*, p. 420 ss., p. 431 ss.; GRACIA MARTÍN, L., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, p. 436; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión*, p. 53 ss., p. 83 ss. y p. 107 ss., LUZÓN PEÑA, J., *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, p. 81.

(12) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. / CORCOY BISASOLO, M. / BALDÓ LAVILLA, F., *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, p. 200.

(13) Vide SILVA SÁNCHEZ, J., “Comisión y omisión. Criterios de distinción”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 14. SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, p. 159.

Como síntesis de lo planteado por la doctrina alemana y española que defienden la teoría material se concluye que, para dicha concepción, la posición de garante ya no se configura en función a elementos puramente formales, sino a partir de elementos materiales que tienen como eje central a la posición de dominio o control sobre la causa que genera el resultado lesivo; lo cual no es otra cosa que el quebrantamiento del deber de impedir o evitar la creación y realización de riesgos jurídico-penales⁽¹⁴⁾.

1.3. Toma de posición

Desde mi perspectiva, las posturas analizadas no son del todo correctas, sobre todo, si sus fórmulas dogmáticas se aplican por igual tanto en los *delitos de infracción de deberes generales negativos* (delitos de organización o de dominio del hecho) como en los *delitos de infracción de deberes especiales positivos* (delitos de infracción de deber). A mi juicio, la correcta configuración del deber de garante presupone una dilucidación previa de la naturaleza del injusto penal en torno al cual se fundamenta la responsabilidad penal por la infracción del deber de garante. Ello se debe a que la naturaleza normativa del deber de garantía depende de la clase de delito que se trate, pues la posición de garante de los delitos de infracción de deberes generales negativos es distinta de la posición de garante de los delitos de infracción de deberes especiales positivos. Formulado de otra manera, si el fundamento de la imputación penal en los delitos de infracción de deberes generales negativos es distinto al fundamento de los delitos de infracción de deberes especiales positivos, entonces la naturaleza normativa de la posición de garante también es diferente en cada clase de delitos.

a) Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de organización

En una comunidad normativa, cada persona tiene un espacio de libertad para obrar y realizar sus propios intereses en forma autónoma; como contrapartida, cada persona también tiene la obligación de organizar correctamente dicho ámbito de libertad, de tal manera que garantice a la comunidad que los intereses de esta no serán dañados o puestos en peligro⁽¹⁵⁾. De esta organización autónoma del ámbito de libertad personal en forma correcta se deriva

(14) SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*; SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, p. 268.

(15) Vide FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. (coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, p. 114.

la obligación de no crear riesgos penales para los ámbitos de organización ajenos. Por lo tanto, forman parte del ámbito de organización personal autónoma tanto el deber de dominar las fuentes de peligro que genera la administración de dicha esfera de libertad como aquel que está vinculado a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas.

19 Todos estos deberes son de naturaleza general y negativa, pues competen a todos los ciudadanos y consisten en no hacer daño a los demás. La infracción de dichos deberes dan lugar a los delitos de infracción de deberes generales negativos, porque el injusto penal se fundamenta en el deber general de no lesionar a los demás (*neminem laedere*). En esta clase de delitos —en virtud a que la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa—, el deber de garante se agota en la no lesión del bien jurídico. Como se verá más adelante, el deber de garante, en esta clase de delitos, se construye sobre la máxima “no crees riesgos prohibidos en ámbitos de competencia ajenos para que exijas a los demás que no menoscaben los tuyos”⁽¹⁶⁾, o dicho de otro modo “si quieres ser libre deja ser libres a los demás, pues el respeto de tus ámbitos de libertad es la consecuencia de respetar los fueros de organización de tus semejantes”⁽¹⁷⁾. Por eso, si una persona —por acción o por omisión— organiza su libertad defectuosamente y, con ella, atenta contra competencias de organización ajenas, será responsable por las consecuencias de dicha organización, ya que organizarse en libertad significa ser responsable de las consecuencias⁽¹⁸⁾.

20 Lo expuesto se traduce en una indefectible eliminación de la diferenciación entre acción y omisión. Estas categorías son reemplazadas por la categoría “comportamiento” o “acto comunicativo” como piedra basal de la construcción del Derecho penal y, por ende, de la teoría del delito y de la posición de garante. Con ello, el deber general de no dañar las esferas de libertad ajenas abarca comportamientos comisivos y omisivos, pues dicha institución no

(16) Al respecto, la máxima hobbsiana versa: “No hagas a otro lo que no te parece razonable que otros te hagan a ti”, *vide* HOBBS, T., *Leviatán*, p. 236.

(17) En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ señala: “La configuración de la esfera de organización propia se basa en la libertad, y tiene como barrera infranqueable la no afectación de esferas individuales ajenas”, *cfr.* SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”. En: SILVA SÁNCHEZ, J. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, p. 150; también, LESCH, H., *La intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 68.

(18) JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 30; LESCH, H., *La intervención delictiva e imputación objetiva. Op. Cit.*, p. 32. Este autor, acertadamente, señala: “Libertad sin responsabilidad no es libertad personal, sino pura arbitrariedad”; PERDOMO TORRES, J., *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. Op. Cit.*, p. 33; SESSANO GOENAGA, J., “Responsabilidad penal por organización y responsabilidad institucional”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 7.

solo puede infringirse mediante comportamientos comisivos, sino también a través de conductas omisivas. Ello significa que el cumplimiento del deber general negativo también exige la realización de conductas positivas que impidan la creación y realización de riesgos jurídico-penales no permitidos para los ámbitos de organización ajenos⁽¹⁹⁾. Empero, dichos comportamientos positivos, como ya se dijo, no requieren de algún deber especial, por el contrario, son expresión de la prohibición general “no dañar”⁽²⁰⁾.

En este nuevo escenario, la configuración de la posición de garante —tanto 21 en los delitos de infracción de deberes generales negativos como en los delitos de infracción de deberes especiales positivos— debe realizarse en estricto respeto de los valores y principios consagrados en la Constitución. En consecuencia, la posición de garante —y, por lo tanto, la fundamentación de la imputación penal en los supuestos de comisión por omisión— debe configurarse en función de la competencia normativa que ostentan los ciudadanos en determinados ámbitos de la realidad sociojurídica, por ejemplo, la posición de médico, mecánico, camarero, director de una empresa, gerente de una persona jurídica, funcionario, etc. Queda claro que las competencias mencionadas no son instituciones con mero significado sociológico, ético o religioso, sino jurídico-penal, es decir, que se encuentran consagradas de manera expresa o tácita en la norma penal⁽²¹⁾.

Lo dicho hasta aquí permite concluir que la naturaleza del deber de 22 garante (posición de garante) en los delitos de infracción de deberes generales negativos ni es de índole formal ni de índole material; vale decir, la posición de garante ni consiste en la simple existencia formal de un deber de actuación prescrito en una ley, en un contrato o en el actuar precedente, ni en la asunción fáctica del dominio sobre un ámbito de organización. La posición o deber de garante es, a mi juicio, de naturaleza jurídico-normativa; esto significa que dicho instituto en los delitos de infracción de deberes generales negativos no es otra cosa que la *obligación jurídico-penal de no crear riesgos prohibidos contra esferas de libertad de terceros*. Dicha obligación está contenida en tres institutos: a saber, en el artículo 13, inciso 1, en el *tipo penal general* y en la *competencia general negativa específica que posee una persona sobre un determinado ámbito de organización social*; por ello, la configuración de la posición de garante tiene

(19) Cfr. QUINTERO, M., “Omisión vs. acción. Responsabilidad por la conducta omisiva”. En: *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*, p. 309.

(20) En el mismo sentido, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, p. 115.

(21) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 140 ss.; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*, p. 300 ss.

que realizarse en función de las tres instituciones expuestas. Se trata, pues, de un proceso de adscripción típica, donde las reglas de la imputación objetiva y subjetiva cumplen un rol fundamental en la configuración normativa de la comisión por omisión.

b) Naturaleza normativa de la posición de garante en los delitos de infracción de deber

23 Como ya se ha dicho *supra*, en una comunidad jurídica, todo ciudadano está vinculado a deberes generales negativos que lo obligan a administrar correctamente su esfera de libertad personal. Pero en la misma comunidad también existen deberes especiales positivos que convierten a su portador (*intranneus*) en garante especial del bien jurídico o expectativa normativa protegida por el correspondiente tipo penal⁽²²⁾. En virtud de dicho deber especial, el portador de tal instituto está obligado no solo a no lesionar directamente el objeto de tutela, sino también a impedir que la institución protegida sea lesionada por riesgos de terceros. En consecuencia, el *portador del deber especial positivo* es responsable tanto por la lesión o puesta en peligro que él mismo genera como por la creación de riesgos que realizan otros sujetos. Por eso, en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, a diferencia de los delitos de infracción de deberes generales negativos, la imputación penal se fundamenta en la infracción de un deber especial positivo⁽²³⁾, independientemente de la forma ontológica con que se lleve a cabo dicha infracción⁽²⁴⁾.

24 La posición de garante en los delitos de infracción de deberes especiales positivos es la *obligación jurídico penal especial del intranneus de realizar comportamientos negativos y positivos* para salvaguardar la institución a la cual se encuentra vinculado. Este instituto, igual que en los delitos de infracción de deberes generales negativos, también se encuentra contenido en tres preceptos: en el artículo 13, inciso 1, en el *tipo penal especial* y en la *competencia especial*

(22) JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Op. Cit, pp. 131-132.

(23) Sobre la autoría en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, *vide*, LESCH, H., *La intervención delictiva e imputación objetiva*. Op. Cit, p. 69; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, § 34 / I., p. 383; ROXIN, C., *Dogmática penal y política criminal*, p. 363; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 29 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano*, p. 133.

(24) En esta clase de delitos es irrelevante para el Derecho penal que el agente (*intranneus*) infrinja el deber jurídico mediante el comportamiento de un tercero, por cuanto el riesgo jurídico-penal prohibido no se fundamenta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, ontológicamente, puede pertenecer a un tercero, sino en criterios normativos institucionales, *vid.* ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Op. Cit, § 34 / I., p. 384; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano*. Op. Cit, p. 29.

positiva específica que posee un intraneus respecto de la administración de una institución social; por ello, la configuración de la posición de garante tiene que realizarse en función de las tres instituciones. Por tratarse de deberes especiales positivos que –por su importancia y rigurocidad– siempre están regulados en forma positiva y por escrito, juega un papel preponderante el carácter formal de la fuente donde se encuentra consagrada la *competencia especial*.

A diferencia de los delitos de infracción de deberes generales negativos, ²⁵ donde la *competencia general negativa concreta* puede surgir de una fuente no formal (v. gr., la asunción material del dominio sobre un ámbito de la realidad social), en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, la *competencia especial positiva específica* del *intraneus* solo está vinculada a fuentes formales, por ejemplo, leyes civiles, leyes administrativas, leyes tributarias, leyes de Derecho societario, leyes bancarias, estatutos de empresas, contratos, etc. Así, por ejemplo, la competencia especial específica de jueces y fiscales de ejercer sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley⁽²⁵⁾ se encuentra consagrada, entre otros cuerpos jurídicos formales, en la Constitución (Arts. 138, y 139), en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial (Arts. 1, 12, etc.) y del Ministerio Público (Arts. 1), respectivamente. El deber especial de los padres de velar por el cuidado, alimentación, educación, etc. de sus hijos menores de edad⁽²⁶⁾ está regulado en la Constitución (Art. 6, segundo párrafo) y en el Código Civil (Arts. 235 y 287). Los deberes especiales de los administradores se encuentran establecidos en la Ley General de Sociedades (Arts. 152 ss., 190 ss., etc.), en el estatuto de cada empresa, en el reglamento y en el contrato respectivo.

De lo dicho, el juez o el fiscal infringirán su posición de garante –y, por ²⁶ tanto, cometerán un delito de infracción de deber en la modalidad de comisión por omisión⁽²⁷⁾– cuando quebranten sus respectivos deberes especiales positivos de tutelar la correcta administración de justicia. Así, por ejemplo, el fiscal será autor de un delito de encubrimiento cometido por funcionario público⁽²⁸⁾ cuando no denuncia al sujeto que persigue, o cuando destruye o deja que un

(25) Así, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Op. Cit., p. 126.

(26) Ídem; PERDOMO TORRES, J., *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*. Op. Cit., p. 34.

(27) Esto es así, porque por encima de la forma como se realiza el delito (por comisión o por omisión) se encuentra la infracción del deber positivo especial de tutela, que le impone la característica de *intraneus*.

(28) Cuando omite perseguir al sujeto que debería denunciarlo, estará realizando el delito de encubrimiento personal, mientras que cuando destruye las pruebas, estará configurando el delito de encubrimiento real.

tercero destruya las pruebas de un delito que está investigando⁽²⁹⁾. En el caso del juez, este cometerá un delito de prevaricato, mediante comisión por omisión, cuando no otorga la libertad del detenido que debió otorgar, o cuando emite una resolución contraria a la ley sin verificar sus fundamentos que materialmente han sido elaborados por su asistente⁽³⁰⁾. De la misma manera, serán autores de un delito de infracción de deber en forma de comisión por omisión, los padres que infringen el deber de protección y/o alimentación de sus hijos menores de edad (v. gr., dejándolos morir por alguna enfermedad que omitieron tratarla)⁽³¹⁾. Aquí, estaremos frente a una autoría de delito de parricidio⁽³²⁾. Por su parte, el administrador será autor de un delito de administración desleal⁽³³⁾ en comisión por omisión, cuando este oculta a los accionistas, socios, asociados o terceros la situación en que se encuentra la persona jurídica.

2. La equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2)

27 El inciso 2 del artículo 13 CP señala:

28 “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado (...) si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”.

29 En virtud de lo consagrado por el inciso 2 del artículo 13 CP, para que exista responsabilidad penal mediante comisión por omisión no es suficiente la sola infracción de la posición de garante, sino que además debe existir una equivalencia o identidad normativa entre la omisión impropia y la configuración comisiva del tipo penal correspondiente. Es decir, en la conducta omisiva del garante —a nivel normativo— deben concurrir todos los requisitos de la imputación objetiva⁽³⁴⁾ y subjetiva que corresponden a un comportamiento comisivo. Esto tiene lugar cuando, por un lado —a nivel objetivo—, la conducta omisiva del garante crea y realiza riesgos objetivos no permitidos por el Derecho penal y, por otro lado, dicho comportamiento es producto de un obrar doloso o culposo.

(29) SALAZAR SÁNCHEZ, N., “Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 16, p. 543.

(30) Ídem.

(31) En sentido similar, JAKOBS, G., *La competencia por organización en el delito omisivo*, p. 43.

(32) SALAZAR SÁNCHEZ, N., “Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”. *Op. Cit.*, p. 544.

(33) En el mismo sentido, SALAZAR SÁNCHEZ, N., “Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho y de los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 18, pp. 360-361.

(34) Al respecto, RUDOLPHI, H. / STEIN, U., “Vor § 13”. En: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nm. 55.

A continuación se explican sucintamente el contenido normativo tanto de la creación y realización de riesgos objetivos como del aspecto subjetivo. En vista de que la equivalencia normativa exigida por el inciso 2 del artículo 13 CP se presenta, igual que la posición de garante, de manera distinta en los delitos de infracción de deberes generales negativos respecto de los delitos de infracción de deberes especiales positivos, el tratamiento se realizará en forma separada.

2.1. La equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deberes generales negativos

A nivel objetivo, la equivalencia normativa en los delitos de infracción de deberes generales negativos está configurada por dos elementos normativos: a) la creación de un riesgo penal prohibido⁽³⁵⁾; y, b) la realización de dicho riesgo en un resultado lesivo no permitido⁽³⁶⁾. La presencia de estos dos elementos obedece a que la infracción del deber de garante realizado mediante una conducta omisiva debe poseer el mismo significado normativo que ostenta un comportamiento comisivo, es decir, debe crear un riesgo prohibido y, consecuentemente, desencadenar la lesión del bien jurídico que protege la norma penal.

a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido

En los delitos de infracción de deberes generales negativos, la equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2 CP) exige como primer presupuesto que la infracción del deber de garante se exprese en la creación de un riesgo jurídico-penal no permitido. Ello implica que el comportamiento omisivo de quien infringe su deber de garantía habrá de configurar un riesgo penal que se encuentra contemplado en el tipo legal que se le imputa, pues, de lo contrario, no existirá identidad normativa entre omisión impropia y configuración comisiva del tipo penal. Si la configuración de la imputación objetiva de los tipos legales de la Parte Especial exige que la conducta activa del sujeto cree un riesgo penal no permitido, entonces resulta indispensable que la conducta de quien infringe su deber de garante en forma omisiva también cree el mismo tipo de riesgo. Ello es una exigencia del principio de legalidad de la comisión por omisión (Art. 13, inc. 2) que no puede obviarse, porque dejar sin efecto la equivalencia normativa exigida por el inciso 2 implicaría no solo derogar el artículo 13 CP vía interpretativa, sino crear una nueva institución de comisión por omisión que no exige la equivalencia normativa para la configuración del injusto

(35) ROXIN, *AT I*, § 11, Nm. 53 ss.

(36) *Ibidem*, § 11, Nm. 69 ss.

penal. Ello está proscrito en un Estado Constitucional Democrático (Art. 2, inc. 24, literal “d” Const.; Art. II del Título Preliminar CP).

33 En función de lo expuesto, el portador de un deber de garante creará un riesgo jurídico-penal prohibido, a modo de ejemplo, en los siguientes supuestos: un médico obstetra que, ante la imposibilidad material de la madre para tener un parto natural, se niega a realizar una cesárea; el salvavidas que incumple su deber de socorrer a una persona que se está ahogando en la playa; el director de una empresa que no interviene para impedir la implementación de una política económica ilícita de dicha persona jurídica (v. gr. transferir, ocultar o tener, dinero proveniente del narcotráfico); etc. En todos estos supuestos, se habrá cumplido con el primer elemento de la equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2 CP) de la comisión por omisión, ya que el médico, el salvavidas y el director, con sus conductas omisivas, habrán creado riesgos desaprobados por el Derecho penal. En el caso del médico y del salvavidas, la infracción del deber de garante habrá generado riesgos no permitidos por los tipos penales de homicidio (Art. 106 CP) y/o lesiones (Arts. 121 y ss. CP); por su parte, la conducta omisiva del director de la empresa configurará un riesgo prohibido por el tipo penal de lavado de activos (Arts. 1 ss. del D. Leg. N° 1106, modificado por el D. Leg. N° 1249).

34 Pero, bajo la misma premisa, no se pueden imputar al titular del deber de garante aquellos riesgos jurídico-penales que no pertenecen a su esfera de competencia⁽³⁷⁾. Ello tiene lugar, por ejemplo, en los siguientes casos: un médico cardiólogo observa cómo su paciente, que termina de ser operado del corazón, consume cigarrillos y marihuana⁽³⁸⁾; un salvavidas no informa a los bañistas de los graves daños que puede causar la insolación si no utilizan bloqueador; un camarero observa inactivo cómo uno de los comensales, a los que está atendiendo, consume una fruta envenenada que le ha proporcionado un tercero⁽³⁹⁾. En todos estos casos, la creación de riesgos prohibidos para la vida o la salud del paciente, bañista o comensal no se imputan al médico, salvavidas y camarero, respectivamente; pues tales riesgos no son expresión de sus

(37) En el mismo sentido, señala ROXIN: “Ya de entrada falta la creación de un riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado”. Para ilustrar mejor las consecuencias penales de este instituto, ROXIN formula subprincipios: a) Disminución del riesgo; b) falta de creación de peligro; c) riesgo permitido. *Ibidem*, § 11, Nm. 43.

(38) En el mismo sentido, ROXIN sostiene que no se pueden imputar al médico los autodaños realizados por el mismo paciente, siempre que este actúe responsablemente, cfr., *Ibidem*, § 11, Nm. 90.

(39) Este es un supuesto distinto al que utiliza JAKOBS para defender la configuración de la imputación objetiva en función de los roles sociales.

respectivas competencias. En efecto, el médico no tiene el deber de impedir que el paciente consuma cigarrillos o marihuana después de haber sido operado⁽⁴⁰⁾. La competencia del médico se limita a proteger al paciente de los riesgos que emanan del propio tratamiento, en este caso, únicamente de los riesgos que emergen de la operación quirúrgica y del suministro de medicamentos, pero no de aquellos riesgos provenientes del propio paciente. De la misma manera, el salvavidas no tiene la obligación de informar a los bañistas acerca del peligro que se cierne sobre la salud cuando una persona se expone al sol sin utilizar protección contra la insolación. El deber del salvavidas se circunscribe a brindar información y protección a los bañistas solo frente a los riesgos de ahogamiento, mas no frente a los riesgos que provienen de la insolación. Finalmente, el deber de garante del camarero únicamente se restringe a los productos que él mismo suministra, mas no frente a peligros que dimanen de productos suministrados por otras personas.

b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido

Comprobada la competencia por la creación del riesgo penal no permitido, la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deberes generales negativos exige que a la creación omisiva del riesgo jurídico-penal prohibido se vincule normativamente el resultado lesivo que desvalora la norma de comportamiento contenida en el tipo penal. Como ya se dijo, esto es una exigencia del artículo 13, inciso 2, el cual establece que la identidad normativa de la realización del delito en forma omisiva con la realización en forma activa presupone que la realización del riesgo penal prohibido es expresión de la creación omisiva del riesgo no permitido por parte del garante⁽⁴¹⁾. Ello significa que la creación del riesgo prohibido por el titular del deber de garante debe generar un resultado lesivo que no se encuentra cubierto por un riesgo permitido, es decir, que se encuentre dentro del alcance del tipo penal⁽⁴²⁾. Esto tiene pleno sentido, porque si los tipos penales de la parte especial —v. gr., en los delitos de lesión— solo califican como delitos consumados a las creaciones

(40) Al respecto, ROXIN sostiene: "(...) el médico tiene que proteger al paciente de enfermedades, pero no de autodaños. El que un paciente se dañe a sí mismo abusando de los medicamentos que se le han prescrito [aunque sea un narcótico] no se puede excluir prácticamente nunca; y si el médico tuviera que responder penalmente por ello, siempre estaría ya con un pie en la cárcel". *Ibidem*, § 11, Nm. 90.

(41) En tal sentido, ROXIN postula que: "La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso, está excluida la imputación, en primer lugar, si aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo", *cfr. Ibidem*, § 11, Nm. 59.

(42) *Ibidem*, § 11, Nm. 49.

de riesgos que se materializan en un resultado lesivo, entonces, para fundamentar la imputación penal cuando el garante omite cumplir con su deber de impedir la producción del resultado lesivo, es imprescindible que el garante no solo genere un riesgo prohibido por el tipo legal, sino que, además, este desencadene la producción de un resultado desvalorado por dicha norma penal.

36 Desde esta perspectiva, solo cumplirán con la equivalencia normativa establecida por el inciso 2 del artículo 13 del CP, las conductas omisivas impropias de organización que configuren los dos niveles de imputación objetiva. Siguiendo con los ejemplos del médico, del salvavidas y del empresario, existirá equivalencia normativa en las conductas omisivas de dichos ciudadanos, solo en la medida que la creación de riesgos prohibidos pertenecientes a su ámbito de organización desencadenen resultados lesivos que el artículo 13 y los tipos penales de homicidio (Art. 106) o lesiones (Art. 121 ss. CP) y lavado de activos (Arts. 1 ss. del D. Leg. 1106, modificado por el D. Leg. 1249) quieren evitar. En el caso del médico obstetra, se configurarán los dos elementos de la equivalencia normativa, cuando el actuar omisivo de este lesiona la vida o la salud de la madre o del hijo. Por su parte, en el supuesto del salvavidas, la equivalencia normativa tendrá lugar cuando el peligro generado por su omisión se ve reflejado en la muerte del bañista. Finalmente, la conducta omisiva del director de la empresa cumplirá con la configuración de los dos elementos de identidad normativa cuando, a raíz de su actuar omisivo, la persona jurídica transfiere, oculta o tiene dinero proveniente del narcotráfico. En todos estos supuestos, el actuar omisivo del garante —desde un punto de vista netamente normativo— habrá creado y realizado riesgos que, por un lado, se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma que fundamenta la actuación positiva del garante (Art. 13 CP) y, por otro, se encuentran dentro del alcance de los tipos penales de homicidio (Art. 106 CP), lesiones (Art. 121 ss. CP) o lavado de activos (Arts. 1 ss. del D. Leg. N° 1106), respectivamente.

37 De lo señalado, la falta de realización del riesgo elimina la identidad normativa de la comisión por omisión y, con ello, se elimina también la imputación penal sea a título de consumación (por ejemplo, en los delitos dolosos de lesión) o incluso a título de tentativa (v. gr. en los delitos imprudentes)⁽⁴³⁾. No queda otra alternativa, puesto que aquí la producción del resultado lesivo no es expresión de la organización defectuosa del garante, sino de otros riesgos. Conforme a dicha premisa, la ausencia de equivalencia normativa en los

(43) Al respecto, ROXIN afirma: “Está excluida la imputación, en primer lugar, si aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo”, cfr. *Ibidem*, § 11, Nm. 59.

supuestos arriba mencionados se presenta de la siguiente manera: en la conducta del salvavidas (no socorrer al bañista que se está ahogando) no existirá equivalencia normativa por falta del segundo elemento, cuando la muerte del bañista se produce como consecuencia de un derrame cerebral ocasionado por una crisis nerviosa proveniente del mero contacto con el agua. En este caso, la muerte del bañista no será expresión normativa del riesgo no permitido creado por la conducta omisiva del salvavidas al no socorrerlo, sino de un riesgo cotidiano que se presenta en todas las personas que no han tenido experiencia de nado en ambientes de esta naturaleza. Dicho en otros términos, la creación del riesgo prohibido configurado por la conducta omisiva del salvavidas no es el que normativamente ha producido la muerte, sino el riesgo perteneciente a la esfera de lo permitido. Lo mismo ocurre en el caso del médico obstetra, cuando la muerte o la lesión de la salud de la madre no se produce como consecuencia de la creación del riesgo proveniente de la organización defectuosa del garante, sino como expresión de un paro cardíaco originado por el estado puerperal y la tensión psicológica por tratarse del primer parto. Aquí tampoco está presente el segundo elemento de la equivalencia normativa, pues en la muerte de la madre no se ha materializado el riesgo creado por el garante, sino el riesgo permitido al que se enfrentan las mujeres parturientas primerizas.

2.2. Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deber

La equivalencia normativa de la comisión por omisión en los delitos de infracción de deberes especiales positivos posee una naturaleza similar a la equivalencia normativa de la comisión por omisión de los delitos de infracción de deberes generales negativos, lo cual implica que el contenido de este instituto también está estructurado en dos niveles: la creación y realización de un riesgo jurídico-penal no permitido.

a) Creación de un riesgo jurídico-penal no permitido

El primer elemento de la equivalencia normativa en los delitos de infracción de deberes especiales positivos está constituido por la creación formal de un riesgo prohibido, el cual tiene lugar cuando el obligado especial omite llevar a cabo la conducta positiva evitadora de la creación del riesgo. Conforme al artículo 13, inciso 2, la configuración de la creación del riesgo prohibido no requiere que la omisión cree un riesgo material; la creación del riesgo no permitido se fundamenta únicamente en el desvalor de la acción, la cual, como ya se dijo, se lleva a cabo con la simple infracción del deber especial positivo.

40 Esto se ilustra con tres ejemplos: a) una madre no da de lactar a su hijo recién nacido; b) un juez emite una sentencia cuyos fundamentos se levantan sobre leyes derogadas; c) un funcionario público infringe su deber de vigilar los caudales o efectos que se encuentran bajo su administración; etc. En el primer caso, el comportamiento de la madre ya habrá creado un riesgo jurídico-penal prohibido por el tipo penal de parricidio o de lesiones, pese a que fácticamente la vida o la salud del niño no haya corrido ningún peligro debido a la alimentación proporcionada por terceros. En el segundo caso, el juez habrá creado un riesgo prohibido por el tipo penal de prevaricato, independientemente de que dicho fallo entre o no en contacto con el tráfico jurídico de la Administración de Justicia. En el tercer supuesto, el funcionario también habrá creado un riesgo no permitido por el tipo penal de peculado, pese a que los caudales o efectos no hayan sido lesionados o puestos en peligro en sentido material.

41 De lo dicho se concluye que, en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, la conducta omisiva del garante cumplirá con el primer elemento de la equivalencia normativa aunque el incumplimiento del deber especial positivo no menoscabe las expectativas normativas materiales que subyacen al cumplimiento de dicho deber.

b) Realización del riesgo jurídico-penal no permitido

42 De la misma manera que en los delitos de infracción de deberes generales negativos, el segundo elemento de la equivalencia normativa en los delitos de infracción de deberes especiales positivos también se encuentra vinculado al primero. Ello se debe a que el inciso 2 del artículo 13 CP establece que la configuración de la equivalencia normativa presupone que el comportamiento omisivo del *intraneus* (creación del riesgo no permitido) se realice en un riesgo jurídico-penal prohibido. Es decir, la configuración de la equivalencia normativa y, por ende, la imputación penal de un tipo penal de infracción de deber especial positivo necesitan que el garante no solo cree un riesgo prohibido, sino que dicho riesgo también se vincule con la realización del peligro, esto es, con la defraudación de las expectativas normativas que se protegen a través del deber especial positivo quebrantado.

43 Conforme a dicha premisa, cumplirán con el segundo elemento de la equivalencia normativa de los delitos de infracción de deber, entre otros, los siguientes supuestos: un padre omite impedir que su hijo menor de edad ingiera un líquido tóxico y a consecuencia de ello muere envenenado. Un policía, que se encuentra de guardia en un centro penitenciario, omite cerrar las puertas que conectan al penal con el exterior a través de un túnel, facilitando la fuga de

los reclusos, etc. En estos supuestos, las conductas omisivas del padre y del policía configuran la equivalencia normativa de la creación y realización de riesgos jurídico-penales prohibidos, pues el incumplimiento de su deber positivo especial cumple con los requisitos de imputación objetiva de los delitos de parricidio (Art. 107 CP) y favorecimiento a la fuga (Art. 414 CP), respectivamente. En estos supuestos, la muerte del hijo menor de edad y la fuga de los reclusos son expresión de la infracción de los deberes especiales positivos de tutela, cuidado y vigilancia que poseen el padre y el funcionario; vale decir, son producto de la creación y realización de riesgos penales prohibidos creados por la conducta omisiva.

Pero, bajo la misma óptica, no se configura la equivalencia normativa ⁴⁴ cuando falta la realización del riesgo. Así, por ejemplo, en los casos anteriores, el hijo no muere como consecuencia del envenenamiento, sino producto de un accidente automovilístico que sufre la ambulancia en la cual está siendo conducido al hospital. De la misma manera, la fuga de los reclusos no se produce por no haberse cerrado las puertas que dan acceso al túnel, sino porque los funcionarios y policías —distintos al policía que no cerró la puerta— encargados de vigilar que los internos se encuentren en sus celdas (no fuguen) no impidieron el escape. En estos supuestos, no se discute que el padre y el policía que no cerró la puerta hayan creado un riesgo prohibido, sin embargo, tampoco se puede afirmar que los riesgos creados se vean reflejados en un riesgo prohibido. Dicho de otra manera, la muerte del hijo y la fuga de los reclusos no son resultados lesivos que se explican por la creación de los riesgos del padre y del policía, respectivamente, pues, en el plano normativo, no existe relación. En estos supuestos, la muerte del niño y la fuga de los internos son expresión de creaciones de riesgos que pertenecen a otros centros de imputación. Por tanto, las conductas omisivas del padre y del policía no cumplirán la equivalencia normativa de la comisión por omisión y, en consecuencia, no se les podrá imputar (al padre y al policía) la muerte del niño y la fuga de los reclusos como delitos consumados de parricidio y favorecimiento a la fuga.

2.3. Equivalencia normativa a nivel subjetivo en los delitos de organización y de infracción de deber

La equivalencia normativa de los delitos de comisión por omisión, a nivel ⁴⁵ subjetivo, exige la presencia del tipo subjetivo (dolo o imprudencia). Al respecto, la doctrina mayoritaria sostiene, de manera acertada, que en los delitos de comisión por omisión el garante debe conocer dos cuestiones fundamentales:

a) que su conducta omisiva infringe su deber de garante; y b) que, como consecuencia de dicha infracción, crea riesgos penales prohibidos.

46 Por lo tanto, para que exista equivalencia normativa tanto en los delitos de infracción de deberes generales negativos como en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, es indispensable que el garante conozca o tenga conciencia del incumplimiento de sus deberes y de los riesgos penales que trae consigo dicho incumplimiento. Dicho de otra manera, debido a la equivalencia normativa que exige el artículo 13 para la configuración de los delitos de comisión por omisión, no es suficiente que el portador de deberes generales negativos (ciudadano común) o de deberes especiales positivos (*intraneus*) configure la imputación objetiva, sino que, además, debe actuar con dolo o imprudencia. Es decir, no es suficiente la infracción del deber de garantía por parte del obligado, sino que este debe tener conocimiento de los riesgos que genera su comportamiento omisivo y de los resultados lesivos que se proyectan de dicha omisión. Por consiguiente, si se infringe el deber de garantía (general negativo o especial positivo) sin tener conocimiento de que se está infringiendo dicho deber o sobre los riesgos que emergen de dicha infracción, no existirá equivalencia normativa y, en consecuencia, el comportamiento omisivo del garante no configurará un delito doloso de comisión por omisión.

III. Configuración típica de la comisión por omisión a la luz de las categorías del deber ser

47 Como he precisado en otro lugar, considero que las imputaciones penales se fundamentan en la infracción de deberes o normas de comportamiento jurídico-penales que competen a las personas en un contexto social determinado⁽⁴⁴⁾. Con ello, los elementos ontológicos (por ejemplo, dominio del hecho, acción, omisión, nexo de causalidad, resultado, etc.) pierden importancia y, en su lugar, emergen los elementos normativos (v. gr., competencia, deber general negativo, deber especial positivo, riesgo permitido, riesgo prohibido, etc.). Pues bien, en este nuevo escenario, la acción y la omisión adquieren la misma connotación normativa⁽⁴⁵⁾ de cara a la configuración de la imputación penal; con lo cual, las diferencias ontológicas entre acción y la omisión solo tienen relevancia a nivel naturalístico⁽⁴⁶⁾, pero no a nivel normativo. En mi opinión, el artículo

(44) JAKOBS, G., *La competencia por organización en el delito omisivo*. Op. Cit., p. 13.

(45) ASÍ, PEÑARANDA RAMOS, E. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / CANCIO MELIA, M., *Un nuevo sistema del Derecho penal (consideraciones sobre la teoría de la imputación de Jakobs)*, p. 105.

(46) JAKOBS, G., *La competencia por organización en el delito omisivo*. Op. Cit., p. 15.

13 CP tiene una connotación naturalista, en tanto dicha regulación legal solo contiene aspectos fenomenológicos en que se manifiesta el comportamiento.

Así las cosas, considero que es acertada la tesis de Jakobs⁽⁴⁷⁾, quien niega ⁴⁸ la existencia de delitos de acción y omisión. En tal sentido, sostengo que las instituciones de los Códigos Penales –tanto de la Parte General como de la Parte Especial– deben estar desligadas de elementos naturalistas como la acción y la omisión. Por el contrario, como ya ha quedado establecido *supra*, tienen que fundamentarse en criterios normativos como la existencia de deberes y la infracción de los mismos. De esto se infiere que la criminalización de los comportamientos omisivos –propios o impropios– no requiere la existencia de un precepto legal como el artículo 13 CP, porque la tipificación de tales expresiones fenomenológicas de comportamiento ya se encuentra contemplada en los tipos penales de la Parte Especial. En efecto, como correctamente señala SILVA SÁNCHEZ, los elementos normativos que contienen los tipos penales no son tipificaciones exclusivas de comportamientos que se realizan mediante un hacer, sino adscripciones típicas que pueden configurarse tanto por acción como por omisión. Formulado en otros términos, los elementos típicos de las figuras delictivas de la Parte Especial no son meras descripciones de procesos causales que se realizan mediante un hacer, sino elementos normativos que desvaloran la configuración de riesgos que dimanan de la infracción de deberes.

Así, por ejemplo, a efectos de fundamentar la imputación penal de un ⁴⁹ conductor que atropella a una persona, resulta irrelevante que este siga conduciendo (hacer) o no frene (omitir). Lo relevante, en este caso, estará representado por la infracción de deberes que atañen al estatus de conductor, puesto que la configuración de los riesgos típicos para la vida o la salud se determinan en función del quebrantamiento de deberes que rigen el tráfico rodado. Este ejemplo demuestra que no importa si el portador de un deber realiza un acto comisivo u omisivo, sino que infrinja sus deberes. Por tanto, quienes invocan que la relevancia penal (punibilidad) de la comisión por omisión emana del artículo 13, en mi opinión, incurren en un error metodológico, el cual consiste en fundamentar los tipos penales en elementos ontológicos⁽⁴⁸⁾.

(47) JAKOBS, G., *AT*, § 7, Nm. 71.

(48) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P., “La comisión por omisión en el Código Penal peruano”. En: *Modernas tendencias de Derecho penal y política criminal (libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez)*, p. 397.

IV. Conclusiones

50 Como síntesis de lo desarrollado en este trabajo, ponemos a discusión las siguientes conclusiones:

51 1. En virtud de lo consagrado por el artículo 13 del Código Penal peruano, la configuración de los delitos de comisión por omisión requieren de la existencia de dos instituciones básicas: la posición de garante (Art. 13, inc. 1) del omitente y la equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2). La existencia de la posición de garante significa que la persona, respecto de quien se realiza la imputación jurídico-penal, debe ser portadora de un deber que lo obliga a realizar una acción positiva para evitar la producción del resultado lesivo. Es decir, es indispensable que la persona a quien se dirige la imputación penal sea competente de un deber que lo vincula a impedir la creación y realización de riesgos penalmente relevantes. Por su parte, la equivalencia normativa, entre la omisión impropia y la configuración comisiva del tipo penal correspondiente, significa que en la conducta omisiva del garante —a nivel normativo— deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la imputación penal en los supuestos en que el tipo de la Parte Especial es configurado mediante una conducta positiva. Esto implica que el comportamiento omisivo debe cumplir con los requisitos de imputación objetiva y subjetiva, lo cual solo es posible cuando: por un lado, a nivel objetivo, la persona garante —a través de su conducta omisiva— crea y realiza riesgos no permitidos por el Derecho penal y, por otro, actúa en forma dolosa (en los delitos dolosos) o culposa (en los delitos culposos).

52 2. Precisada la configuración legal del injusto penal de comisión por omisión, es necesario dilucidar la estructura y contenido a nivel dogmático. En este ámbito, la configuración de la comisión por omisión requiere que, primero, se dilucide la clase de competencias que ostenta el garante. Esto se debe a que, tanto la posición de garante como la equivalencia normativa de la comisión por omisión es distinta en los delitos de infracción de deberes generales negativos respecto de los delitos de infracción de deberes especiales positivos. Si las imputaciones penales de las dos clases de delitos tienen fundamentos diferentes, entonces la naturaleza normativa de la posición de garante —en tanto su infracción es fuente de imputación penal— también es diferente en cada uno de estos delitos. En efecto, mientras que en los “delitos de infracción de deberes generales negativos” la relevancia penal del comportamiento emana de la infracción de un deber general negativo que está contenido en cada uno de los tipos penales comunes, en los “delitos de infracción de deberes especiales positivos” la relevancia penal de la conducta emerge de la infracción de un

deber especial positivo que se encuentra regulado en los tipos penales especiales. Por tanto, hay razones metodológicas y dogmáticas que exigen construir por separado la configuración de la posición de garante en los delitos de infracción de deberes generales negativos y en los delitos de infracción de deberes especiales positivos.

3. En un Estado Constitucional, la fundamentación y limitación normativa de los institutos que estructuran y fundamentan la connotación penal de la comisión por omisión (v. gr., la posición de garante y la equivalencia normativa) no deben determinarse en forma arbitraria, sino dentro del contexto de la sistemática y la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, en el ámbito empresarial, la naturaleza y los límites normativos de los delitos de comisión por omisión se deben configurar en función a los deberes que competen a una persona (v. gr., director, administrador o empleado) en la estructura y organización de la persona jurídica. En ese sentido, para fundamentar y delimitar la responsabilidad penal individual empresarial, es imprescindible recurrir al principio de división del trabajo, al principio de confianza y al principio de responsabilidad por el propio injusto. 53

4. En el estadio actual del Derecho penal, la acción y omisión tienen el mismo significado normativo, por lo que el fundamento de las imputaciones penales no se configura en virtud de lo que la persona hace u omite, sino en virtud de la infracción de deberes jurídicos o normas de comportamiento jurídico-penales. Esto tiene su correlato en los elementos normativos de cada tipo penal de la Parte Especial, los cuales tipifican riesgos prohibidos que emanan del quebrantamiento de deberes generales negativos y deberes especiales positivos. Conforme a lo señalado, la configuración de los elementos normativo-típicos de los tipos penales se puede llevar a cabo tanto por acción como por omisión. En tales circunstancias, la punibilidad de las denominadas omisiones impropias se encuentran contempladas en cada tipo penal de la Parte Especial, y ello, al margen de la existencia o no de un precepto legal (como el Art. 13) que la regule expresamente. 54

V. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Akal, Madrid, 1997; COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Edersa, Madrid, 1999; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Comentarios al Código Penal español*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley - Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal* 55

fundamental. 2ª edición. Volumen II. Temis, Bogotá, 1989; FREUND, Georg, “Vor § 13”. En: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3ª edición, 2017; FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”. En: MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*. ARA, Lima, 2003; GARCÍA CAVERO, Percy, “La comisión por omisión en el Código Penal peruano”. En: *Modernas tendencias de Derecho penal y política criminal (libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez)*. Idemsa, Lima, 2007; GRACIA MARTÍN, Luis, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001; HOBBS, Thomas, *Leviatán*. RBA, Madrid, 2002; HUERTA TOCILDO, Susana, “Injerencia y Art. 489, 3, CP”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1985; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general (Strafrecht / Allgemeiner Teil)*. Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito omisivo*. Traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS. Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994; JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ. Cuadernos Civitas, Madrid, 2003; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Civitas, Madrid, 2002; LESCH, Heiko, *La intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*. 11ª edición. Dykinson, Madrid, 2000; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo en dicha omisión de socorro”. En: *Poder Judicial* N° 1, 1986; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GÖSSEL, Karl, *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Traducción de Jorge BOFILL. Astrea, Buenos Aires, 1995; MEINI MÉNDEZ, Iván, “Delitos omisivos de resultado”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (coordinador), *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo sistema del Derecho penal (consideraciones sobre la teoría de la imputación de Jakobs)*. Colección de estudios N° 15. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999; PERDOMO TORRES, Jorge, *El delito de comisión por omisión*

en el nuevo Código Penal colombiano. Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; QUINTERO, María Eloísa, “Omisión vs. Acción. Responsabilidad por la conducta omisiva”. En: *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho penal del siglo XXI*. EJC, Mendoza, 2001; RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. 2ª edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1995; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de omisión impropia*. Juristas Editores, Lima, 2002; RODRÍGUEZ DEvesa, José María, *Derecho penal español. Parte general*. 10ª edición. Dykinson, Madrid, 1987; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de la 6ª ed. alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Traducción y notas de Diego Manuel LUZÓN PEÑA y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel ABANTO VÁSQUEZ. Idemsa, Lima, 1998; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, I. 4ª edición. Buch, München, 2006; RUDOLPHI, Hans-Joachim / STEIN, Ulrich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009; RUDOLPHI, Hans-Joachim / STEIN, Ulrich, SKS; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “El principio de legalidad en un Estado Democrático de Derecho”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 14. Lima, 2004; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho (delitos de organización) y de los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 18. Lima, 2007; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 16. Lima, 2006; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano*. Dykinson, Madrid, 2004; SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006; SCHÜNEMANN, Bernd, “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* N° 96, 1984; SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte*. Schwartz, Göttingen, 1971; SCHÜNEMANN, Bernd, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”. En: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique / SCHÜNEMANN, Bernd / WOLTER (editores), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Comisión y omisión. Criterios de distinción”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Bosch, Barcelona, 1986; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios*

doctrinales. Parte general. J. M. Bosch, Barcelona, 1996; SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, “Responsabilidad penal por organización y responsabilidad institucional”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, hecho punible*. Tomo I. Traducción de la edición alemana de Gladys NANCY ROMERO. Edersa, Madrid, 1982; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Grijley, Lima, 2001; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte, Lima, 2000; ZAFFARONI, Raúl Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 2000.

§ 14

Error de tipo y error de prohibición

TERESA MANSO PORTO

Mag. Iur. Comp. Referente en el Instituto Max Planck

(Freiburg-Alemania)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Consideraciones generales	1	589	3. Evitabilidad e inevitabilidad.....	20	597
II. Error de tipo	8	592	III. El error sobre las circunstancias agravantes	24	598
1. Doctrina general	8	592	IV. Bibliografía	27	599
2. Objeto de referencia del error de tipo	12	594			

§14.- Error de tipo y error de prohibición

“El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley (...)”.

I. Consideraciones generales

El reconocimiento expreso de los efectos jurídicos del error de tipo se corresponde con la exigencia de conocimiento de los elementos del tipo objetivo para la imputación dolosa del hecho punible. La primera parte del artículo 14 CP de 1991 incluye además expresamente el error sobre las circunstancias agravantes, que se consideran también circunstancias integrantes del tipo (agravado).

El legislador ha efectuado una selección de determinadas clases de error, pero la regulación legal no tiene efectos constitutivos en cuanto al otorgamiento de relevancia a los mismos, pues esta ya se deduce de la exigencia general del elemento cognitivo de la imputación subjetiva por imperativo del principio de culpabilidad. Por ello, las ausencias legales no privan de efectos jurídico-penales a otras variantes de error que no han sido objeto de regulación legal expresa como, por ejemplo, el error en relación a una circunstancia que de haber existido resultaría un supuesto típico privilegiado, el error sobre una circunstancia atenuante o el error acerca de la existencia de una situación justificante (o error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación), entre otros. Las diferentes variantes deben hallar solución aplicando criterios generales de tratamiento del error, que básicamente se reflejan en las reglas ya establecidas en el artículo 14 CP, pero que también necesitan de la elaboración doctrinal

para decidir acerca de su reconducción a alguna de las clases de error expresamente previstas y/o la aplicación de sus efectos. Así, mayoritariamente, se considera que al error sobre elementos de hecho de una situación justificante le es aplicable la regla del error de tipo.

- 3 En este sentido, los problemas que plantea el error de tipo se centran, por un lado, en la *delimitación* con otras *clases de error* penalmente relevantes. Especialmente se discute aquí la distinción, no siempre clara, entre el error sobre elementos normativos del tipo y el error de prohibición (Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, 1991, 97 ss.; DÍAZ y GARCÍA, 1997, 657 ss.). En Alemania, por ejemplo, donde la regulación del error de tipo es similar, un análisis de la jurisprudencia ha puesto en evidencia que esta no encuentra grandes dificultades para fundamentar sus decisiones encuadrando el supuesto concreto como un caso de error u otro, en función de las consecuencias jurídicas que se consideren más apropiadas en cada caso (TISCHLER, 1984, 345). Dichas consecuencias básicamente pueden oscilar entre una simple aminoración de la pena dolosa si se sostiene que concurre un error de prohibición y la exclusión de pena si se aduce error sobre un elemento normativo del tipo y no está prevista la comisión culposa.
- 4 Pero la problemática del error sobre elementos del tipo es mucho más amplia y general y, en este sentido, lo que en la doctrina se expone a menudo bajo la rúbrica “otras modalidades de error” debe plantearse como la cuestión relativa a la *distinción entre errores (de tipo) relevantes y otras representaciones erróneas irrelevantes* para el Derecho penal. Tanto la delimitación de las distintas clases de error relevante entre sí como el problema general de la relevancia del error requieren, no solo el establecimiento de unas pautas generales, sino también un análisis específico en cada uno de los tipos de la parte especial para determinar a partir de ahí si un defecto cognitivo afecta a aspectos que, por integrar el contenido esencial de cada tipo penal, han de ser objeto de imputación individualizada, o si afecta a otros aspectos o circunstancias que no precisan ser abarcados por el dolo, ya sea porque son ajenas al tipo o porque, si bien son objeto de imputación individualizada, afectan a la conciencia de la antijuricidad.
- 5 En general, *el término error se equipara a falta de conocimiento* (Cfr. HURTADO, 2005, Nm 1226). De hecho, en Alemania el parágrafo 16 StGB regula el “error sobre circunstancias del hecho” (*Irrtum über Tatumstände*), pero hace referencia en su primer apartado a quien “no conozca una circunstancia” (*einen Umstand nicht kennt*). No sucede así en las regulaciones peruana y española, que solo hablan de error. Pues bien, a la hora de precisar más exactamente las fronteras del error relevante en atención a sus efectos jurídicos, es posible sostener de

lege lata un concepto de error más preciso y no ampliado a toda falta de conocimiento (en contra, ZUGALDÍA, 2004, 517). De lo contrario, se podría entender que siempre que el autor carezca de la representación actual de alguno de los elementos del suceso penalmente relevante significaría que erró y que no actuó dolosamente. Ello supondría un serio obstáculo para un tratamiento individual-normativo que atienda a los motivos de la falta de representación actual para discernir si concurre o no un error relevante. En cuanto que el error constituye el reverso del dolo, esta precisión conceptual está en sintonía con una concepción más normativista de este (Cfr. RAGUÉS, 1999) y permite salvar las inconveniencias que tendría una postura excesivamente psicologista combinada con una regla legal aparentemente rígida en cuanto que excluye el dolo en todos los casos de error. El resultado de dicha combinación sería que siempre que sea psicológicamente plausible que el autor no se representó de manera actual una circunstancia típica, se excluiría el dolo. Pero esta postura en realidad es prácticamente insostenible en la práctica porque supondría elevar la indiferencia del autor a la categoría de privilegio penal.

Por ejemplo, en supuestos en los que se alega desconocimiento de la 6 edad de una menor con la que el autor mantenía relaciones sexuales consentidas, la jurisprudencia peruana reconoce errores de tipo incluso invencibles en casos de edades próximas a la barrera absoluta de protección penal, en los que, atendiendo también a la edad del autor o a otras circunstancias del caso (por ejemplo, relaciones consentidas en situaciones plausibles de engaño por parte de la víctima con respecto a su edad, etc.), parece que se pueden descartar totalmente situaciones de abuso, malicia, etc. por parte del autor (ejemplos jurisprudenciales en VILLACENCIO, 2007, 46/772). Sin embargo, en otros casos donde no concurren este tipo de circunstancias y lo que se manifieste sea una situación de manipulación o de aprovechamiento por parte del autor, es posible que este desconozca efectivamente la edad de la víctima porque tal circunstancia, siendo fácilmente comprobable, simplemente le era indiferente. En estos supuestos, los tribunales, acertadamente, tenderán a no apreciar la existencia de un error si se ignora una circunstancia porque no interesa. En estos casos puede argumentarse, además de negar el error, que de lo que se trata en realidad es de un mero *desconocimiento* actual por indiferencia. La distinción ofrece la ventaja de que no obliga a afirmar (a fingir) que el autor conocía un elemento típico relevante cuando en realidad es factible que no fuera así.

Este punto de vista encuentra apoyo también en la jurisprudencia espa- 7 ñola, que ha señalado, por ejemplo, que el desconocimiento del autor sobre si la droga transportada era hachís no constituye una “representación errónea”,

sino una actuación “con indiferencia local respecto de la especie de droga transportada”, de modo que lo que el tribunal le reprocha es precisamente que la sospecha de que podría tratarse de hachís “no fue el motivo decisivo de su acción” (STS 2 febrero 1989, RJ 1989/1338). En el mismo sentido, ha manifestado que “no toda falsa representación accidental” excluye en dolo (STS 673/1992, 10 marzo).

II. Error de tipo

1. Doctrina general

- 8 La actual regulación peruana del error parte de una *distinción básica entre error de tipo y error de prohibición* y establece consecuencias jurídicas distintas para cada uno de ellos. El error de tipo es aquel que recae sobre los elementos que configuran el tipo objetivo de la parte especial y deberían ser abarcados por el dolo. Su efecto jurídico automático es, en todos los casos, la exclusión del dolo. A partir de ahí se debe distinguir si el error era vencible o no. Si el error era vencible, queda persistente la responsabilidad imprudente cuando esta se prevé expresamente. Si el error era invencible o el hecho no tiene prevista la comisión culposa, el error exime de toda responsabilidad penal en el sentido de que la conducta ni siquiera era típica. En definitiva, el error de tipo queda establecido como reverso del dolo típico, es decir, consiste en la ausencia de conocimiento imputable de los elementos del tipo.
- 9 La separación entre error sobre el tipo y sobre la prohibición, con consecuencias jurídicas distintas, constituye el abandono de un concepto global de *dolus malus* como el que subyacía al Código peruano anterior (cfr. MANSO, 2002, 63 ss.) y la consagración legal de una determinada sistemática del delito que separa el dolo típico y la conciencia de la antijuricidad. Dicha sistemática, vinculada a planteamientos desarrollados en Alemania, se basa, en primer lugar, en una división tripartita que distingue las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Estas categorías se oponen a cualquier sistemática que ordene los elementos del delito partiendo de una distinción fundamental entre lado objetivo y lado subjetivo del delito, pues cada una de dichas categorías básicas está constituida por momentos objetivos y subjetivos. Este sistema tampoco es fácilmente reconciliable con una distinción principal entre errores fácticos y jurídicos que pretenda aplicarle a estos consecuencias jurídicas distintas, pues la tipicidad como categoría básica se entiende compuesta por igual de elementos descriptivos y normativos o, más exactamente, de elementos predominantemente descriptivos o predominantemente normativos.

En segundo lugar, la sistemática que se esconde tras una separación entre error de tipo y de prohibición sitúa al dolo en el nivel de la tipicidad, en el tipo subjetivo, y separado de la conciencia de la antijuricidad, de tal manera que deja de concebirse como forma de culpabilidad para ser entendido como forma de realización del injusto. Esta segunda evolución sistemática, que fue fruto de la concepción finalista, ha tenido mucha aceptación en un gran número de sistemas penales que han recibido influencia alemana directa o indirecta. Sin embargo, hay que precisar que dicha sistemática también es asumida sin que se acepten con ello necesariamente los postulados teóricos del finalismo. En España, donde la regulación legal del artículo 14 del CP de 1995 no se refiere expresamente a error de tipo y de prohibición, si bien la posición mayoritaria asume la sistemática de la herencia finalista, la doctrina, considerada en su conjunto, se encuentra más disgregada (cfr. MIR PUIG, 1991, 1030 ss.; MANSO, 2004, 451 ss., una exposición esquemática en ZUGALDÍA, 1993, 192 ss.). Al margen de ello, lo cierto es que los ulteriores desarrollos dogmáticos y conceptuales de las últimas décadas han dejado prácticamente incólume el esquema básico del delito hasta la actualidad.

Dejando a un lado las implicaciones sistemáticas, que solo en España han 10
quedado menos solventadas, y sin perjuicio de la enorme aceptación que ha tenido en la comunidad científica la separación entre dolo y conciencia de la antijuricidad, lo cierto es que la distinción entre error de tipo y error de prohibición sigue planteando en la práctica por lo menos tantos problemas como la antigua distinción entre error de hecho y de derecho (cfr. DÍAZ y GARCÍA, 2001, 220 ss.). Y es que no se trata de una mera cuestión terminológica, sino de resolver el problema de fondo de determinar cuándo se puede considerar que el autor sabe lo bastante como para poder imputarle un hecho a título de dolo y qué errores deben tener consecuencias jurídicas. En este sentido, van parejos la relevancia típica de los elementos normativos y la evidencia de que un mero dolo “natural” no sería una base suficiente para establecer ya la responsabilidad dolosa. Pues bien, si, por un lado, no basta un conocimiento meramente naturalístico del suceso, en el extremo opuesto hay también amplio acuerdo en que el autor no necesita tener un conocimiento del significado de su conducta en un sentido técnico-jurídico, sino que basta lo que se denomina una *valoración paralela en la esfera del profano* (véase DÍAZ y GARCÍA, 1997, 687 ss.). En este sentido se habla también de meros errores de subsunción, que no tendrían relevancia, aunque sí podrían dar origen a un error de prohibición. Pero más allá de estos dos extremos, los criterios son discutibles.

Por una parte, la necesaria distinción entre el error sobre elementos nor- 11
mativos del tipo y el error de prohibición no ha encontrado hasta el momento

ninguna base dogmático-conceptual lo bastante precisa como para delimitar claramente ambos supuestos en todos los ámbitos. Por otro lado, la expansión del Derecho penal secundario, caracterizado porque a menudo la estigmatización penal de un hecho, lejos de tener un trasfondo ético, es fruto de una mera decisión legislativa, ha motivado la exigencia de engrosar el contenido del dolo típico extendiéndolo —más allá del sustrato fáctico e incluso de la valoración social negativa de un hecho— al conocimiento de su significado jurídico (MIR PUIG, 1999, 661 ss., 668 s.). Finalmente, el error sobre la situación justificante es abordado desde una gran variedad de posturas distintas sobre su naturaleza y sus efectos, si bien la mayoritaria lo trata como error de tipo. Todas estas dificultades son fruto de la secesión entre dolo y conciencia de la antijuricidad y de las consecuencias jurídicas que esta implica.

2. Objeto de referencia del error de tipo

12 El error de tipo, al constituir el reverso del dolo, puede referirse a cualquiera de los elementos que tienen que ser abarcados por este, es decir, su objeto de referencia es el contenido del dolo. En este sentido, el conocimiento (dolo) o al menos la cognoscibilidad del autor (imprudencia, en su caso) se extiende a todas aquellas circunstancias y elementos relevantes de la tipicidad: las características del autor, la acción y el concreto peligro que esta genera, además de otras circunstancias o elementos típicos que se determinen en la Parte Especial. A esto hay que añadir el resultado y los aspectos relevantes de su vinculación con la acción en los delitos de resultado. Todo ello genera diferentes problemas que pueden encuadrarse dentro del problema general de distinción entre error (de tipo) relevantes y errores irrelevantes. Para su solución, cada vez se pone más de manifiesto su interdependencia con la delimitación del tipo objetivo y con cuestiones de imputación objetiva.

13 Así, un primer bloque de problemas que suelen englobarse bajo la categoría de *error in persona vel objecto* alude claramente a la distinción entre elementos y circunstancias típicas y aquellos que no lo son. Por ejemplo, en el delito de homicidio del artículo 106 CP, uno de los elementos básicos del tipo es que la conducta de matar recaiga sobre otro individuo, pero no es elemento básico la identidad de dicho individuo. En cambio, en el delito de atentado contra persona que goza de protección internacional del artículo 336 CP, el tipo se restringe a un círculo determinado de personas, de tal manera que quien mata a otro sin saber que se trata de una persona protegida internacionalmente, desconoce un elemento definidor del tipo de referencia. Con otro ejemplo, el tipo del hurto del artículo 185 CP abarca como elemento típico

básico las cosas que sean muebles y ajenas, pero no se extiende a otras circunstancias individualizadoras o distintivas de las mismas. En consecuencia, si el autor desconoce que el contenido de la cartera extraída no es dinero en efectivo, sino un billete de lotería premiado, o piensa que se la roba a Antonio en lugar de a Bernardo, su representación errónea es irrelevante porque no afecta a un aspecto esencial del tipo.

Otro bloque de problemas se desprende de la exigencia de que el dolo ¹⁴ del autor alcance en determinada medida al nexo causal y al desarrollo del suceso, cuando se trate de delitos de resultado. Aquí es necesario determinar, una vez que se ha establecido qué conductas son causales e imputables objetivamente, qué grado de profundidad o detalle es necesario que alcance la representación (el dolo) del autor para, a la inversa, poder establecer la relevancia del error. Se trata aquí, especialmente, del problema de las desviaciones del curso causal, incluidos los casos de consumación anticipada y la *aberratio ictus* o error en el golpe.

Como punto de partida, si en todos los delitos en general el dolo abarca ¹⁵ el conocimiento de la acción como creación de un peligro jurídicamente desaprobado, en los delitos de resultado esa exigencia se extiende al conocimiento del concreto riesgo de realización del resultado creado por la acción. Este es un planteamiento fundamental precisado gracias a los aportes de la teoría de la imputación objetiva que tiene consecuencias importantes y que, además, permite una mayor individualización en la imputación subjetiva del hecho, más ajustada a los fines del Derecho penal.

En cuanto a la exigencia de *conocimiento del nexo causal*, este ha de ser abar- ¹⁶ cado por el dolo, pero no es necesario que el autor tenga un conocimiento detallado del mismo (HURTADO, 2005, Nm 1247 ss.; BRAMONT-ARIAS, 1997, 103). Por ejemplo, si el autor pone a la venta un aceite no apto para el consumo que puede poner en peligro la salud y la vida de las personas, basta con que sepa que crea un peligro jurídicamente desaprobado para dichos bienes jurídicos aunque ignore de qué forma concreta puede producirse el deterioro del organismo tras la ingestión del producto, qué cantidad es necesaria, etc. El desconocimiento de estos extremos no es, por lo tanto, un error relevante. Tampoco lo es la ignorancia del que suministra un veneno creyendo que produce la muerte por intoxicación hepática, cuando en realidad le produce a la víctima una hemorragia estomacal.

Los supuestos de *aberratio ictus* o “error en el golpe” se producen cuando el ¹⁷ autor avista el objetivo correcto pero alcanza a otro distinto. El mismo punto

de partida, es decir, la exigencia de creación de un peligro jurídicamente desaprobado que se realice en el resultado, no permitiría declarar irrelevante el error con respecto a un resultado por el simple hecho de que tenga la misma significación jurídica que el que buscaba el autor, si tal resultado no constituye la realización concreta de dicho riesgo. Por eso, los casos de “error en el golpe” o *aberratio ictus* pueden y deben tratarse de manera más diferenciada. Como condición previa, el resultado equiparable jurídicamente ha de ser además objetivamente imputable a la acción del autor y no, por ejemplo, producto del azar. Dentro de los resultados objetivamente imputables, solo puede entenderse irrelevante el error si el autor también se representó la posibilidad de riesgo del segundo resultado, es decir, avistó también el otro objeto (*dolo alternativo*). Por ejemplo, Antonio, tirador mediocre, apunta con un arma hacia Bernardo, comprobando que este está a una distancia considerable y conversando con un grupo de personas que también podrían ser alcanzadas por el tiro. Si, en cambio, en circunstancias de acierto mucho más óptimas, Antonio no se representa el riesgo de muerte para una tercera persona, habría un concurso de tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo consumado (VILLAVICENCIO, 2007, 46/780, con referencias en notas 70 y 71; HURTADO, 2005, Nm 1251 ss., en España, por todos, MIR PUIG, 2004, Nm 136-138).

- 18 Por último, la exigencia de *extensión del dolo al transcurso del suceso* plantea problemas de desviaciones desconocidas por el autor cuando se produce una realización anticipada del hecho o bien cuando el resultado se produce más tarde de lo previsto (al respecto, BALDÓ LAVILLA, 1995, 399 ss.). En estos casos lo que sucede es que *el autor desconoce cuál de sus diversas acciones es la que efectivamente lleva al resultado buscado*. Si se atiende al criterio de si se ha realizado un riesgo reconocido por el autor, tendría relevancia el error en casos de consumación anticipada si el autor no había reconocido en ese otro factor condicionante del hecho el riesgo de producción del resultado. Una postura menos individualizadora restaría relevancia al error siguiendo el criterio de la causalidad adecuada y sosteniendo que se trata de una desviación no esencial del suceso (en este sentido BACIGALUPO, 1997, 238; en contra, JAKOBS, 8/76).
- 19 Si el autor presume que el resultado ya se ha producido y este en realidad se genera a consecuencia de un acto posterior (por ejemplo, el autor que cree haber matado a la víctima de un disparo la arroja a un lago para ocultar el cadáver y esta muere ahogada), la postura más individualizadora atiende a si el resultado se ha producido por la creación de un nuevo riesgo distinto del de la primera acción que, además de desplazarlo, no ha sido reconocido por el autor, o si se trata de una simple variación de circunstancias concomitantes.

En el primer caso no podría aplicarse un *dolus generalis*, sino que el error sería relevante (PEÑA CABRERA considera este supuesto como error sobre un elemento esencial del tipo, 1997, 373; en contra, MUÑOZ CONDE, 2004, 277). En el segundo caso, no es que se aplique un dolo general, sino que en realidad se realiza el riesgo creado por la primera acción, por lo que no habría error relevante (Cfr. HURTADO, 2005, Nm 1260 ss.).

3. Evitabilidad e inevitabilidad

La evitabilidad del error se entiende mayoritariamente como juicio que responde a si el autor ha infringido el *deber de cuidado* que le incumbía. La doctrina se divide entre quienes sostienen que se trata de un deber objetivo de cuidado (CEREZO, 1998, 160 ss.) o de un deber individual (BACIGALUPO, 1994, 240). La cuestión se reitera obviamente en el tratamiento de la imprudencia, la cual, al menos en sentido subjetivo, como ausencia de dolo, es un caso de error. Si se tiene en cuenta que a nivel objetivo el delito doloso y el imprudente coinciden en la lesión del deber de evitar un injusto y que un deber de cuidado objetivo se solaparía con dicho deber general (objetivo) de garantizar la no comisión de injustos, ello puede servir de punto de partida para entender que, una vez establecida la tipicidad a nivel objetivo, nada obsta para que el análisis de la evitabilidad del error se conciba como la verdadera sede de la individualización de la imputación. Como apunta JAKOBS, el “deber de cuidado” no es otro que el deber que se deriva de la norma, a lo que añade incluso que en los delitos de comisión es normológicamente falso reprocharle al autor no haber actuado con el cuidado debido, pues no tiene un deber, por ejemplo, de actuar cuidadosamente con las cerillas, sino de omitir acciones descuidadas (JAKOBS, 1993, 9/6). BACIGALUPO también ve un apoyo legal importante para la postura individualizadora en la actual regulación del error en el CP español, que establece que se atenderá a “las circunstancias del hecho y las personales del autor” (BACIGALUPO, 1994, 240 s.). Alternativamente, si se opta por mantener un deber de cuidado objetivo en el injusto, la individualización tendría que completarse, a más tardar, en sede de culpabilidad.

En la *individualización del juicio de evitabilidad* del error, y especialmente para establecer el límite con el error inevitable, hay que tener en cuenta las circunstancias del autor en la situación concreta y no presuponer en él conocimientos o capacidades que no tenía, por mucho que otra persona en su lugar sí los hubiera tenido. Por ello puede resultar confuso utilizar en el juicio de evitabilidad el criterio de “lo que otro hubiera hecho en el lugar del autor”, en

cuanto que dicha hipótesis podría no agotar las posibilidades de la individualización en cuanto límite de la imputación.

22 Un límite a las posibilidades de individualización en Derecho penal se encuentra, sin embargo, en los motivos del autor. No se puede atender, por ejemplo, a que el autor, debido a que su motivación *individual* en el momento del hecho estaba dominada por la prisa de llegar a un examen importante por una ruta que no conocía, no hubiese sido capaz de darse cuenta de que se saltaba una señal de ceda el paso. Al contrario, *el motivo dominante de cumplir las normas se tiene que presuponer en el autor*. De este modo, cuando aún presuponiendo dicha motivación en el autor este no hubiera podido reconocer correctamente la situación típica (por ejemplo, la señal había sido arrancada), entonces el error es inevitable.

23 Por otra parte, la individualización no significa que el autor esté obligado a realizar todo lo que está en su mano para averiguar circunstancias típicas relevantes, es decir, la individualización no se puede utilizar para extender la imputación. El autor, por el contrario, solo está *obligado a actuar dentro del riesgo permitido*. Por ello, la individualización en la capacidad de reconocer la situación típica no va en detrimento de una valoración normativa y viceversa. Por ejemplo, volviendo a los supuestos de error inevitable en las relaciones sexuales con menores de edad, si se estima que una relación de confianza entre particulares puede justificar que el engaño provocado por la víctima acerca de su edad se considere un error inevitable, ello quita relevancia al hecho de que el autor *hubiese podido* exigirle que le presentara un documento justificativo de su edad, pues la validez del principio de confianza implica que *no tenía el deber* de hacerlo.

III. El error sobre las circunstancias agravantes

24 Por último, el artículo 14 CP ha reconocido relevancia expresa al error sobre las circunstancias agravantes. En general es mayoritaria la doctrina que establece que las circunstancias agravantes solo se aplican en caso de realización dolosa (en Perú, VILLACENCIO, 46/774; cfr., sin embargo, BUSTOS, 1989, 263 s., que niega que una agravante pueda realizarse dolosa o culposamente). Es la postura dominante en Alemania, a pesar de que el parágrafo 16 StGB no regula expresamente las agravantes (StGB-KÜHL, 2007, § 16 Nm 4a). Y también es la postura dominante en España, donde el artículo 14 apartado 2 del CP de 1995 establece expresamente que el error acerca de una circunstancia agravante “impedirá su apreciación” (sobre el problema en el anterior Código español tras la reforma de 1983, MAQUEDA ABREU, 1983, 699 ss.). Sin

embargo, la redacción del artículo 14 del CP peruano obstaculiza seriamente este punto de vista, pues establece que el “error (...) respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye (...) la agravación” (al respecto, BRAMONT-ARIAS, 1997, 101).

Si la intención del legislador ha sido la de eliminar la aplicación de la agra- 25
vante solamente en los casos de error inevitable, se plantea la duda de qué ocurriría en los casos de realización culposa de la circunstancia agravante. Atendiendo a la literalidad del texto, habría que condenar por el supuesto básico doloso agravado ya por la combinación dolo-culpa. Por ejemplo, A acorrála bajo amenazas en un callejón a B y le sustrae la cartera, al tiempo que este, intentando retroceder para alejarse de su agresor tropieza y se tuerce el tobillo. A sería autor de un robo (Art. 188 CP) agravado con la circunstancia de lesiones (imprudentes) a la integridad física (Art. 189.8 CP). La disposición legal tiene mayor relevancia práctica cuando se trata de circunstancias que, de ser realizadas imprudentemente, no podrían subsumirse en otro delito formando un concurso ideal o real con el tipo principal, como ocurriría en el primer ejemplo con las lesiones. Un supuesto de este tipo podría ser el robo que coloca a la víctima en grave situación económica del artículo 189. 10 CP: Antonio atraca a mano armada al desconocido Bernardo sin saber que el efectivo sustraído iba destinado al pago de un nuevo crédito con el que pretendía impedir el embargo de su vivienda.

En todo caso, los resultados de esta regulación no tendrían que ser tan 26
abismalmente distintos de los del caso español o del alemán si se tiene en cuenta que, al menos en estos dos últimos ordenamientos, aunque no se aplique el tipo agravado por falta de dolo, ello no impide que el hecho realizado con combinación de dolo y culpa se considere un caso especialmente grave dentro del tipo básico y que ello tenga consecuencias correspondientes en la determinación de la pena (Cf. JAKOBS 8/43).

IV. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*. Akal, Madrid, 1997; BACIGA- 27
LUPO, Enrique, “Problemas del error”. En: *La Ley*. 1996; BALDÓ LAVILLA, Francisco, “Sobre las desviaciones causales: ‘consumación anticipada’ y ‘dolos generalis’”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* Vol. XLVIII-1, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Lecciones de la Parte general y el Código Penal*. San Marcos Lima, 1997; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Ariel, Barcelona, 1989; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general II, teoría jurídica del*

delito. Tecnos, Madrid 1998; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “¿Error de tipo o error de hecho?”. En: MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coordinadores), *El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2001; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Casabó*. Volumen I. Universitat de Valencia, Valencia, 1997; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; JAKOBS, Gunther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Walter de Gruyter. Berlín-New York, 1993; KÜHL, Kristian, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. C.H. Beck, München, 2007; MANSO PORTO, Teresa, “La regulación del error en el Código Penal peruano”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°s 11-12 (edición especial sobre el Código Penal peruano), 2002; MANSO PORTO, Teresa, “El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal”. En: ZUGALDÍA, José Miguel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinadores), *Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Marcial Pons, Madrid, 2004; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al Art. 6 bis a) del Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 21, 1983; MIR PUIG, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español”. En: *La Ley*. 1991; MIR PUIG, Santiago, “Art. 14”. En: COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador), *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Repertor, Barcelona, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal*. 3ª edición. Grijley, Lima, 1997 (reimpresión 1999); RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J.M. Bosch, Barcelona, 1999; SUAY HERNÁNDEZ, Blanca Celia, “Los elementos normativos y el error”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* Tomo 44, Fasc./Mes 1, 1991; TISCHLER, Werner Georg, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*. Duncker & Humblot, Berlín, 1984; VILLACENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. 1ª reimpresión. Grijley, Lima, 2006; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Consideraciones generales sobre el Art. 6 bis a) del Código Penal (La regulación del error de tipo y del error de prohibición)”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993.

§ 14 Error de prohibición

JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR
Universidad de Granada
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	601	4. Funcionamiento práctico de las diversas teorías del error.....	25	610
II. Error de prohibición: concepto y clases	3	602	IV. Existencia y vencibilidad del error de prohibición ...	32	612
III. Los efectos del error de prohibición vencible	18	605	V. ¿Reglas especiales para el error en los delitos económicos?.....	41	615
1. La teoría estricta de la culpabilidad	19	606	VI. El conocimiento probable de la ilicitud y la duda sobre la prohibición.....	46	616
2. La teoría atenuada de la culpabilidad	22	609	VII. Bibliografía	48	617
3. La teoría de los elementos negativos del tipo..	23	609			

§ 14.- Error de tipo y error de prohibición

“El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

I. Introducción

Para poder afirmar que una acción es constitutiva de delito es necesario ¹ comprobar, en primer lugar, que la acción es “típica”, esto es, que se adecúa a un tipo penal (doloso o culposo); además de ello, es necesario comprobar, en segundo término, que la acción típica es también “antijurídica”, esto es, que en el caso concreto no está excepcionalmente autorizada por una causa de justificación. Pero de la comprobación de la tipicidad y la antijuridicidad de la acción (pues la tipicidad y la antijuridicidad son cualidades que solo se pueden predicar de la “acción”) solamente es posible deducir que estamos ante una acción o un hecho “ilícito” (un hecho que viola el ordenamiento jurídico). El carácter delictivo del hecho ilícito (típico y antijurídico) exige comprobar, en tercer

lugar, por último, que ha sido realizado por un “autor culpable” (la culpabilidad es una cualidad que solo se puede predicar del “autor” del hecho ilícito).

- 2 Pues bien: ¿cuándo puede afirmarse, o bajo qué condiciones puede afirmarse, que el autor de un hecho típico y antijurídico es, además, culpable del mismo y, por consiguiente, autor de un delito? Culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo, esto es, porque le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma. Dicho de otro modo, culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo⁽¹⁾. Desde este punto de vista, el primer requisito de la culpabilidad (o condición para que pueda afirmarse la accesibilidad al mandato normativo) es que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho. Para ello es necesario que haya podido saber que lo que estaba realizando era un hecho ilícito (un comportamiento prohibido con carácter general y, en el caso concreto, no excepcionalmente autorizado por una causa de justificación). Si al autor le falta esta posibilidad, si el autor no ha podido “comunicarse” con el derecho, no puede decirse que haya podido motivarse por las normas⁽²⁾. Y esta posibilidad desaparece —quedando excluida la culpabilidad— cuando el autor actúa con error de prohibición invencible (Art. 14, 2 CP).

II. El error de prohibición: concepto y clases

- 3 El punto de partida para una correcta interpretación del artículo 14 CP debe ser el que se expresa en la Exposición de Motivos del Código Penal: superadas las expresiones lingüísticas antiguas y tradicionales que distinguían entre “error de hecho” y “error de Derecho”, el legislador utiliza la nueva fórmula sustitutiva de distinguir entre el llamado “error de tipo” (en el que falta el conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad), regulado en el número 1 del artículo 14, y el denominado “error de prohibición” (o errónea conjetura de estar obrando en términos correctos de licitud) que se regula en el artículo 14,2 CP. El error de prohibición, esto es, la creencia errónea de estar obrando lícitamente supone que el autor yerra sobre la significación jurídica de su acción, por lo que cree —erróneamente— estar actuando en términos de correcta licitud.

(1) Por todos: ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 807 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 108 ss.; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 404 ss.

(2) Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 866; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 307.

1. La doctrina y la jurisprudencia dominantes —y me refiero siempre a la situación en España, dónde el artículo 14 CP español no difiere sustancialmente del artículo 14 CP peruano— distinguen diversas clases de error de prohibición: el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto; tanto uno como otro pueden ser, a su vez, vencible e invencible.

A. El error de prohibición directo es aquel que recae sobre los mandatos o prohibiciones (abstractos) de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento.

Ejemplos: el sujeto no sabe que es delito apropiarse de las cosas perdidas; o por una interpretación incorrecta cree que a su acción no le es de aplicación el tipo de la estafa; o entiende que para el ejercicio de determinada profesión no se precisa título académico alguno; o cree despenalizado el aborto dentro de las doce primeras semanas de gestación; o entiende que el acceso carnal con un niño es lícito con tal de que el mismo preste su consentimiento; o considera no vigente una determinada disposición legal, bien por entenderla derogada, bien por entenderla contraria a la Constitución; etc.

B. El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales: es decir, que aunque el sujeto sabe que lo que hace está prohibido con carácter general, se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación —que en realidad no concurre— a actuar como lo hace. Dentro de esta modalidad de error de prohibición suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos: el error sobre la existencia de una causa de justificación, el error sobre los límites de una causa de justificación y el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

a. El error sobre la existencia de una causa de justificación se produce cuando el sujeto supone a su favor una causa de justificación que no existe en el ordenamiento jurídico.

Ejemplos: el médico opera contra la voluntad del paciente creyendo ejercer un derecho de la profesión médica que, en realidad, no existe; el agente de la autoridad mata a otro creyéndose amparado por la inexistente causa de justificación de la llamada “ley de fugas” (disparar sobre el que huye después de haber recibido el alto), etc.

b. El error sobre los límites de una causa de justificación concurre cuando el sujeto yerra sobre el alcance de una causa de justificación admitida por el ordenamiento jurídico.

- 11 Ejemplos: el sujeto cree que la ley autoriza los castigos corporales de cierta entidad a los niños propios o ajenos; el sujeto se cree autorizado a matar en legítima defensa para evitar que le quiten el reloj; el subordinado cumple una orden manifiestamente antijurídica creyendo que su deber de obedecer es ilimitado; el marido separado entra en lo que constituye la morada de su mujer, sin su autorización, para recoger sus objetos personales porque se cree que tiene derecho a hacerlo, etc.
- 12 c. El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se produce cuando el autor cree erróneamente que concurren las circunstancias de hecho (de una causa de justificación) que le hubieran autorizado a actuar como lo hizo.
- 13 Ejemplos: el autor mata a otro creyéndose víctima de una agresión ilegítima inexistente; el sujeto causa un mal para evitar otro que en ningún caso se iba a producir, aunque él creyera lo contrario, etc.
- 14 2. Las relaciones entre el tipo y la justificación no son siempre claras y ello tiene repercusiones en el ámbito de la teoría del error. Por lo que se refiere a las leyes penales en blanco, el error sobre los componentes objetivos caracterizadores del supuesto fáctico de la norma complementaria constituye error de tipo, mientras que el error sobre la existencia o alcance de la norma complementaria en sí constituye error de prohibición (el que desconoce que su vertido a la atmósfera es contaminante actúa con error de tipo respecto del delito ecológico; el que cree que su vertido contaminante se encuentra todavía dentro de los límites legalmente autorizados actúa con error de prohibición). Para los elementos de valoración global del hecho que se refieren a una antijuridicidad que solo se fundamenta mediante el tipo (el “ilegalmente”, el “sin estar legalmente autorizado” o el “fuera de los casos permitidos por la ley”), rigen normas paralelas según el error se refiera a los componentes caracterizadores del supuesto fáctico o a la valoración jurídica en sí del supuesto mismo⁽³⁾. El error de subsunción es un error de interpretación de conceptos normativos complicados que puede recaer sobre el tipo (en cuyo caso es irrelevante, pues los elementos normativos del tipo –v. gr., el concepto de documento– deben ser conocidos solamente con los conocimientos paralelos en la esfera del lego) y sobre la prohibición (llevando al autor a la interpretación equivocada del carácter no prohibido de su conducta). En este último caso, el error será relevante e, incluso, invencible (v. gr.: el autor se fía de la información de un abogado que

(3) Por todos: JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 266 ss., y p. 277 ss.

está equivocado)⁽⁴⁾. El error de subsunción sobre la correcta calificación de la conducta (el autor pensaba que debía ser sancionado por un precepto cuando en realidad debe ser sancionado por otro —con pleno conocimiento en todo caso de la ilicitud de su conducta) es irrelevante—.

3. Pese a no constituir supuestos ni de error de tipo ni de error de prohi- 15
bición, los casos de error sobre la punibilidad del hecho —en particular, error sobre las excusas absolutorias— deben ser tratados (analogía en favor del reo) como supuestos de error de prohibición, ya que quien piensa que su conducta no es merecedora de pena actúa, en lo referente a su consciente oposición al Derecho, de forma virtualmente idéntica a quien lo hace con error sobre la ilicitud del hecho⁽⁵⁾.

4. En cuanto a los efectos jurídicos del error de prohibición, está fuera de 16
toda discusión —con independencia de la forma dogmática en que se funda-
mente— que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad crimi-
nal (Art. 14, 2, inciso inicial). La razón es evidente: si el autor ha incurrido
en un error sobre la ilicitud del hecho del que no ha podido salir (invencible),
no ha tenido la posibilidad de saber que está realizando un hecho ilícito, ni de
motivarse por las normas, ya que el desconocimiento es un vicio de la volun-
tad y, por consiguiente, de la motivación.

Debe tenerse presente —para desterrar viejos malentendidos— que, pese a 17
la fórmula tradicional según la cual “la ignorancia de las leyes no excusa de su
cumplimiento”, debe admitirse la relevancia del error de prohibición, ya que
(desde la antigua STS español de 16 de marzo de 1871) se considera que debe
distinguirse entre la falta de representación del precepto jurídico concreto en
virtud del cual se castigaba el hecho (error “de ley” absolutamente irrelevante)
y “la falta de representación por parte del autor de que su conducta caía dentro
de los límites de lo penalmente prohibido”, lo que constituye un error sobre la
licitud del hecho que excluye la responsabilidad criminal”.

III. Los efectos del error de prohibición vencible

Los efectos jurídicos del error de prohibición “vencible” dependen de 18
cual sea la interpretación del artículo 14,2 CP por la que se opte, ya que el

(4) Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 872 ss.

(5) En este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E., “El error sobre las excusas absolutorias”. En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 6, p. 3 ss.; MORENO-TORRES HERRERA, M., *La punibilidad y el error sobre sus elementos*.

mencionado precepto acepta sin dificultad una pluralidad de interpretaciones diferentes, con efectos jurídicos —en algunos casos— también distintos. Y es que una característica esencial *de la regulación del error de prohibición en el Código Penal es la de dejar abiertas diversas y plurales vías de explicación dogmática y sistemática de la teoría del error* (siguiendo así, como se expresa en la Exposición de Motivos del Código Penal, los modelos de los Códigos Penales alemán tipo para Latinoamérica y español). Efectivamente, el artículo 14,2 CP permite interpretaciones vinculadas a los diversos desarrollos del sistema finalista de la teoría del delito (concepción personal del ilícito) que tienen en común considerar que el “dolo natural”, ajeno a la conciencia de la antijuridicidad, es elemento del tipo⁽⁶⁾; a este esquema responden la teoría estricta de la culpabilidad, la teoría atenuada de la culpabilidad y la teoría de los elementos negativos del tipo.

1. La teoría estricta de la culpabilidad

- 19 Para esta teoría —que entiendo preferible y que es la dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas— el error de prohibición vencible, ya sea directo o indirecto —y este en cualquiera de sus modalidades (!)— produce el efecto jurídico de atenuar la pena (Art. 14, 2 CP)⁽⁷⁾. La razón es evidente: cuando el

(6) La sistemática causalista en sus líneas generales clásicas (conocida también con el nombre de “teoría del dolo”) no está ya en condiciones de explicar la fundamentación dogmática de las soluciones ofrecidas legislativamente al error de prohibición (lo que contribuye a explicar el virtual abandono del causalismo por la práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia españolas). Al entender que el “dolo malo” —forma de culpabilidad— exige que el sujeto no solo sepa lo que hace, sino que además tenga pleno conocimiento del significado ilícito de su conducta, esta teoría se ve obligada a atribuir al error de tipo idénticos efectos que al error de prohibición (exclusión del dolo), y si algo está claro en el artículo 14 del Código Penal es que el legislador ha querido dar tratamientos absolutamente distintos al error de tipo y al error de prohibición. Sin embargo, cabe todavía la posibilidad de hacer una lectura del artículo 14,2 del Código Penal conforme a una de las modalidades (limitada o atenuada) de la teoría del dolo, entendiendo que el error de tipo vencible origina, en su caso, responsabilidad culposa —de hecho— sobre la base de los preceptos que tipifican expresamente las modalidades culposas de ciertos delitos (Art. 14, 1 del Código Penal), y que el error de prohibición origina, si es vencible, una responsabilidad por “culpa de Derecho” a tratar conforme a la “regla de determinación de la pena” del inciso final del artículo 14,2 del Código Penal (que no está limitada en su aplicación a los delitos que solo sean punibles en su modalidad culposa) —teoría de la “cláusula de culpa *iuris*”—. De esta opinión, cfr.: COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 505 ss.; TORIO LÓPEZ, A., “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”. En: *Reformas penales en el mundo de hoy*. También, aunque desde una óptica no causalista, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 668 ss. La jurisprudencia —aunque sin seguirla— admite que esta teoría es una “lectura posible” del precepto —cfr. TSS. de 29 de mayo de 1991—. Críticamente: ZUGALDÍA ESPINAR, J., “Art. 14”. En: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, p. 694 ss. Críticamente también, con posterioridad a la obra citada en esta nota, cfr. VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, pp. 440 ss.

(7) Cfr.: BACIGALUPO ZAPATER, E., “La inevitabilidad o vencibilidad del error de prohibición”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 53 ss. CEREZO MIR, J., “La regulación del error de prohibición en el

al autor actúa con un error del que ha podido salir (error vencible) es que ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho y de motivarse con arreglo a las normas, por lo que es culpable. Sin embargo, su culpabilidad está disminuida como consecuencia del error mismo (el autor no tuvo conciencia de la ilicitud de su acción) y la pena debe atenuarse. La solución de atenuar “obligatoriamente” la pena en los casos de error de prohibición vencible es, sin embargo, discutida. A favor de que la atenuación fuera solo “facultativa” se argumenta —por razones básicamente de índole procesal y probatorio— que dada la dificultad que existe para probar si efectivamente el autor incurrió o no en un error, los tribunales deberían operar teniendo en cuenta solamente su evitabilidad o inevitabilidad⁽⁸⁾. En favor de la atenuación “obligatoria” de la pena se argumenta que en los casos de error de prohibición vencible la culpabilidad del autor se encuentra, en todo caso, disminuida y ello debe ser valorado necesariamente en la individualización de la pena para atenuarla. Además, si la atenuación de la pena fuera simplemente facultativa, se correría el peligro de que los tribunales pudieran aplicar solapadamente la vieja y superada teoría del *error iuris nocet*, no tomando en consideración la atenuante⁽⁹⁾. Lo que esta fuera de discusión, sin embargo, es que la atenuación prevista en el artículo 14, 2 CP se produce en todo caso, esto es, con independencia de que la infracción sea o no punible en su modalidad culposa, ya que la limitación del artículo 14, 1 CP (“cuando se halle prevista (...) en la ley”) no está recogida ni es de aplicación a los supuestos a los que se refiere el artículo 14, 2 CP. La pena que se atenúa, lógicamente, es la del delito doloso o la del delito culposo (!!), según que el error de prohibición vaya referido, respectivamente, a un comportamiento típico doloso o a un comportamiento típico culposo.

Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 38, p. 277 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito*, p. 308 ss.; HUERTA TOCILDO, S., “El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 1980”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 12, p. 23 ss.; MAQUEDA ABREU, M., “El error sobre las circunstancias. Consideraciones sobre el Art. 6 bis a) del Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 21, p. 699 ss. Con amplitud, y sobre la base de una teoría orientada a las consecuencias, MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho penal*, p. 123 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 326 ss.; ROMEO CASABONA, C., “El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 34, p. 759 ss.; VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, p. 485 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J., “El tratamiento jurídico-penal del error en el Art. 20 del Proyecto de Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 15, p. 511 ss.

(8) Cfr.: BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas de la prueba y del error en el delito fiscal”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 2, p. 10 ss.

(9) Cfr.: CEREZO MIR, J., *Derecho penal*, p. 97.

20 En efecto, el error de prohibición no afecta en absoluto al dolo: si existe o no existe dolo es un tema que debe determinarse al analizar la tipicidad de la acción. El error de prohibición (que afecta solo a la culpabilidad) no tiene efecto excluyente del dolo como sí lo tiene el error de tipo (!), por lo que si el sujeto ha realizado dolosamente el tipo penal y actúa con error de prohibición vencible, es la pena del delito doloso la que debe atenuarse con base en el artículo 14,2 CP y la responsabilidad criminal resultante lo será, lógicamente y a todos los efectos, por un delito doloso.

21 En este ámbito debe hacerse una advertencia importante: evidentemente que quien actúa con error de tipo, normalmente, no suele tener conciencia (actual) de la ilicitud de su comportamiento (v. gr., no tiene conciencia de estar realizando la materia de prohibición de matar a otro, quien, pese a matar a su compañero de cacería, cree estar disparando sobre una pieza de caza). Pero ello no significa, en absoluto, que el error de tipo y el de prohibición se superpongan. Lo que sí puede ocurrir es que el error de tipo y el error de prohibición coexistan en el mismo supuesto, que es lo que ocurre cuando existe error de prohibición en el delito culposo (supuestos en los que el autor realiza el tipo de un delito culposo y, en sede de culpabilidad, puede demostrarse que, además, ha actuado con error de prohibición por desconocer la ilicitud de su comportamiento culposo y no justificado). Para que en el caso del ejemplo del cazador pueda considerarse que no hay error de prohibición es suficiente con comprobar que en el momento de disparar el autor pudo reconocer como contrario a derecho el hecho de disparar contra “algo” en movimiento sin haber tomado previamente la precaución de asegurarse de que no se trataba de una persona. Habría error de prohibición si el autor cree erróneamente que el deber de no disparar sobre “algo” que no sabe con certeza lo que es no es un deber jurídico, sino de simple cortesía entre cazadores; o piensa erróneamente que el obtener una pieza de caza justifica poner en peligro la vida de un compañero de cacería. Incurriría en un error de prohibición quien atropella y lesiona a otro al conducir imprudentemente un automóvil (realización culposa del tipo del delito de lesiones), creyéndose erróneamente autorizado para conducir de tal modo por el hecho de trasladar a un enfermo grave al hospital. Si ese error (de prohibición) fuera vencible (porque el sujeto hubiera podido reconocer como no justificada su conducta contraria al deber de cuidado jurídicamente exigible), procederá atenuar (Art. 14, 2 CP) la pena prevista para el delito culposo de lesiones. En conclusión, para que en los delitos culposos exista error de prohibición es necesario que el autor haya creído que no estaba prohibida o que estaba justificada la falta de cuidado que determinó la tipicidad de su acción.

2. La teoría atenuada de la culpabilidad

La teoría atenuada de la culpabilidad se distingue de la anterior exclusi- 22
vamente porque considera que una modalidad del error de prohibición (concretamente el error de prohibición indirecto que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación) debe ser tratado con arreglo a las normas que regulan el error de tipo (“como si fuera” un error de tipo). Para ello se argumenta que aquella modalidad de error constituye una hipótesis sui géneris en la que se reúnen tanto elementos del error de tipo como del error de prohibición, por lo que se propone tratarlo como si fuera un error de tipo con base en la aplicación analógica —en favor del reo— de las reglas de este (Art. 14,1 CP). Los restantes supuestos de error de prohibición (error de prohibición directo y error de prohibición indirecto por error sobre la existencia o límites de una causa de justificación) sí serían tratados conforme a la regla del artículo 14,2 CP. Esta construcción fue expresamente rechazada por la STS español de 26 de mayo de 1987.

3. La teoría de los elementos negativos del tipo

La teoría de los elementos negativos del tipo llega a las mismas conse- 23
cuencias prácticas que la teoría atenuada de la culpabilidad, aunque desde una óptica distinta. Para la teoría de los elementos negativos del tipo —que ha sido acogida excepcionalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁽¹⁰⁾—, los presupuestos fácticos de las causas de justificación son, en realidad, elementos del tipo penal negativamente formulados, por lo que el error sobre ellos (el autor supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación) es propiamente un error de tipo al que le son de aplicación la regla del artículo 14,1 CP. Para esta teoría, los únicos supuestos de error de prohibición se integran por el error de prohibición directo y error de prohibición indirecto por error sobre la existencia o límites de una causa de justificación, y considera, lógicamente, que deben ser tratados conforme a sus reglas específicas (Art. 14, 2 CP)⁽¹¹⁾.

Por ejemplo, la teoría de los elementos negativos del tipo considera que 24
el tipo del artículo 106 CP prohíbe “el hecho de matar a otro —elemento

(10) Vide SSTs de 2 de noviembre y 1 de diciembre de 1987; 29 de abril de 1989 y 1 de octubre de 1991.

(11) De esta opinión, entre otros, vide: GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho penal en la actualidad”. En: *Estudios de Derecho penal*, p. 171; LUZÓN PEÑA, D., “El error sobre causas de justificación: algunas precisiones”. En: *Estudios Penales*, p. 67 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal* (ed. 1990), p. 665 ss.

positivo del tipo— sin que concurran los presupuestos de la legítima defensa —elemento negativo del tipo”. El error sobre si se dan los presupuestos fácticos de la legítima defensa (v. gr., una agresión ilegítima) sería, por consiguiente, un error de tipo.

4. Funcionamiento práctico de las diversas teorías del error

25 El funcionamiento práctico (y los distintos efectos jurídicos) de las diversas teorías a las que se ha hecho referencia puede comprenderse mejor con la ayuda de la calificación del siguiente supuesto de hecho —referido a un error de prohibición, vencible e indirecto, en su modalidad de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (legítima defensa).

26 Domingo salió una noche de su domicilio a pasear a su perro. Preocupado por su seguridad ante cualquier agresión, lleva consigo un revolver, para el que tenía la correspondiente licencia, y caminaba por el centro de la calle para poder observar la aproximación de cualquier persona que intentara atacarle. En un determinado momento, Domingo vio venir corriendo hacia él a un desconocido, que resultó ser Juan, que se dirigía a un bar próximo donde había quedado con un amigo. Creyendo falsamente Domingo que el desconocido se dirigía a él para hacerle objeto de una agresión violenta, le exigió a voces que se detuviera, advertencia que no fue entendida por Juan, quien dándose cuenta solamente de que era llamado o increpado por un transeúnte, se paró y se dirigió a Domingo para ver qué ocurría. Esta actitud de Juan reforzó la creencia de Domingo, por lo que este —pese a que pudo haber exhibido solamente su arma para evitar el supuesto ataque, o disparar al aire para advertir al desconocido de que iba armado o, incluso, disparar a zonas no vitales del supuesto agresor— sacó el revólver que llevaba y realizó rápidamente dos disparos dirigidos al pecho de Juan que le causaron la muerte.

27 A) Calificación del supuesto conforme a la teoría estricta de la culpabilidad: los hechos constituirían un delito de homicidio doloso (Art. 106 CP), concurriendo un error de prohibición vencible del artículo 14,2 CP. En virtud de ello, la pena del delito de homicidio doloso debería atenuarse (Art. 14,2, inciso final CP).

28 B) Calificación del supuesto conforme a la teoría atenuada de la culpabilidad: los hechos serían constitutivos, en principio, de un homicidio doloso. No obstante, al concurrir un error de prohibición indirecto, vencible, sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, por analogía en favor del reo, deberían aplicarse al caso las normas del error de tipo (Art. 14,1 CP).

En virtud de ello, el hecho sería sancionado como delito de homicidio culposo (Art. 111 CP).

C) Calificación del supuesto conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo: al existir error de tipo excluyente del dolo (error sobre el elemento negativo del tipo del homicidio “no concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación”), los hechos serían constitutivos —artículo 14, 1 CP— de un delito de homicidio culposo (Art. 111 CP). Se llega, por consiguiente, aunque por distintos caminos dogmáticos, a la misma solución propuesta por la teoría atenuada de la culpabilidad.

Debe tenerse muy en cuenta que la aplicación del artículo 14 CP ha de suponer una actividad presidida por la corrección dogmática y la seguridad jurídica, pues solo de esta forma pueden compatibilizarse los intereses absolutamente contrapuestos de los intervinientes en el “conflicto” que supone todo error de prohibición: los de la persona que se equivoca (reconocidos expresamente en el artículo 14 CP con efectos atenuatorios o eximentes de la pena) y los del que “sufre” o soporta la equivocación ajena. La protección de estos últimos hace necesario otorgar un derecho de legítima defensa (ya que no existe un deber jurídico de soportar los errores ajenos) al que es víctima de la equivocación (vencible o invencible) de otro: y ello se consigue considerando que el error de prohibición afecta solo a la culpabilidad del autor, cuya acción sigue siendo típica y antijurídica (!). Dicho con otras palabras: la creencia errónea (vencible o invencible) de estar obrando lícitamente (v. gr., bajo el amparo de una causa de justificación) no equivale a obrar lícitamente o, lo que es lo mismo, no equivale a la real concurrencia de la causa de justificación (la licitud de una conducta no depende de lo que piense el autor, sino de su efectiva adecuación al ordenamiento jurídico). Por eso, la conducta del que actúa con error de prohibición puede ser menos culpable (si el error es vencible) o absolutamente inculpable (si el error es invencible), pero, en todo caso, es contraria a derecho e integrante frente a un tercero de la “agresión ilegítima” que requiere la legítima defensa.

Dos supuestos merecen, de todos modos, una especial consideración: a) la tentativa —llamada “inidónea”— de una agresión antijurídica constituye una auténtica agresión ilegítima de la que surge para el agredido un derecho de defensa. Por ejemplo: el que es agredido ilegítimamente con una pistola que *ex post* se demuestra que estaba descargada, tiene *ex ante* un derecho de defensa que convertiría en lícita su actuación defensiva, es decir, el agredido está autorizado a defenderse lícitamente en la misma medida que podría hacerlo frente a una pistola cargada (no concurriría, por tanto, a favor del que se defiende, un

error de prohibición que dejaría intacta la ilicitud de su hecho, sino una causa de justificación que lo haría lícito)⁽¹²⁾. b) También constituyen agresiones ilegítimas aquellos acometimientos que para el espectador objetivo *ex ante* aparezcan como una agresión ilegítima (aunque en realidad no lo sean) siempre y cuando esa apariencia haya sido creada dolosamente por el agente. En estos casos, el “supuesto” agresor asume el riesgo creado por él mismo y frente a él cabe la legítima defensa. Ejemplo: el que cubierto con un pasamontañas —y con la finalidad simplemente de gastar una broma— aborda a otro y le amenaza de muerte con una pistola de juguete (aunque con apariencia de real), lleva a cabo una agresión ilegítima frente a la que es posible la legítima defensa (y la acción “defensiva” del supuesto agredido no estaría disculpada por error de prohibición, sino justificada por legítima defensa)⁽¹³⁾.

IV. Existencia y vencibilidad del error de prohibición

32 La exclusión o atenuación de la pena en los casos de error de prohibición —y expreso a partir de ahora la opinión de la doctrina científica y jurisprudencial dominantes en España— depende de si el autor incurrió o no realmente en error y, en el primer caso, de si pudo evitar o no el mismo, es decir, de si estuvo o no a su alcance adquirir un conocimiento correcto de la situación jurídica en la que obró. La determinación de ambas cuestiones reviste una gran dificultad práctica, por lo que “no es posible hacer generalizaciones”: debe procederse caso por caso fijándose con claridad los elementos de los que infiere el Tribunal (que ha de motivar la sentencia) una u otra conclusión.

33 A. Para despejar la primera cuestión es necesario comprobar si el autor tuvo razones para pensar en la ilicitud de su comportamiento, esto es, si las circunstancias de hecho ofrecieron al autor motivos suficientes para llegar a la conclusión de la compatibilidad de su acción con el ordenamiento jurídico (entre las razones especiales para una reflexión se citan, por ejemplo, que el autor haya tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo; que el error no hubiera sido producto de una casualidad ni tampoco imputable a otros; o que el autor haya tenido por lo menos una representación de la posibilidad de que su proyecto de acción no era ilícito). La jurisprudencia ha puntualizado en este contexto que para incurrir en responsabilidad criminal no hace

(12) En este sentido, por todos: JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 429; MORENO-TORRES HERRERA, M., *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 276 ss.

(13) Cfr. en este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 261; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 482 ss.; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 445.

falta conocer la norma jurídica que ha sido violada, ni el nombre del delito, bastando con que el sujeto tenga conciencia de que su conducta es contraria a derecho por violar las reglas de la convivencia. No integra error de prohibición creer que las normas y pautas de comportamiento comúnmente aceptadas por la sociedad pueden ser sustituidas por las convicciones imperantes en el grupo del que el autor forma parte.

La jurisprudencia entiende también que no cabe conjeturar el error de prohibición directo en infracciones de carácter natural (*mala in se*), cuya ilicitud es evidente y notoria y consta a todos su carácter de prohibidas desde antiguo (todo el mundo sabe que matar, robar o violar está prohibido por el Derecho). Tampoco puede aceptarse el error cuando el sujeto actúa empleando “vías de hecho” desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo constan que están prohibidas, o “cuando el autor emplea un medio comisivo clandestino, reservado y solapado” para llevar a cabo la acción. Por el contrario, en delitos abstractos, formales o artificiales, que obedecen a razones de oportunidad e integran las *mala quia prohibita*, el error de prohibición directo “puede operar con mayor amplitud y generosidad”. El error de prohibición indirecto, por el contrario, es sumamente frecuente en las infracciones de carácter natural; el sujeto, por ejemplo, mata a otro creyéndose amparado erróneamente por una causa de justificación como la legítima defensa.

Aunque se ha considerado que la cuestión es discutible, la jurisprudencia dominante considera que el error ha de ser probado por quien lo alega. Esta regla no es compartible, pues supone una concepción equivocada del significado procesal del error en tanto elemento de la culpabilidad, ya que “la prueba de cargo, inclusive la relativa a la conciencia potencial de la antijuridicidad por parte del autor, incumbe a la acusación”⁽¹⁴⁾.

B. Comprobado que el autor actuó en la creencia de hacerlo lícitamente, el juicio sobre el carácter vencible o invencible del error requiere la investigación de si el autor tuvo a su disposición medios adecuados para alcanzar el conocimiento del injusto y si le era exigible recurrir a ellos. Los medios a los que se hace referencia son, básicamente, la reflexión (esfuerzo de la conciencia para lograr la clarificación de la situación jurídica) y la información (en fuentes acreditadas al efecto).

(14) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas de la prueba y del error en el delito fiscal”. *Op. Cit.*, p. 11. En este sentido STS de 6 de julio de 1997.

- 37 a. En cualquier caso deben valorarse todas las circunstancias subjetivas y ambientales en las que se desarrolló y motivó el autor, así como sus características profesionales, psicológicas y culturales. En definitiva, se trata de valorar y tener en cuenta todos los datos y circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores que concurran en el hecho y/o en la persona del autor y que puedan arrojar luz sobre el problema al que nos referimos. El juez o tribunal debe, desde luego, examinar si las circunstancias psicológicas, profesionales y culturales del autor permiten suponer lógica y normalmente la ignorancia de la ilicitud de su conducta: por ello, el error no sería acogible cuando en un orden de pensamiento normal conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social, no existen motivos para considerar que el agente se hallare desprovisto de la normal conciencia de la antijuridicidad o, al menos, de la fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho.
- 38 b. Atención muy especial merece el dato de los conocimientos que tuviera o hubiera podido o debido tener el autor, tanto por las posibilidades que se le ofrecieron de informarse de forma precisa, de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obrar, como por la profesión que él mismo tuviera, máxime si se trataba de un profesional del Derecho (un abogado), de un vigilante jurado (que tiene que superar ciertas pruebas antes de acceder a su cargo), de un policía o de un alcalde que pudo consultar con el secretario del ayuntamiento. Es importante el dato de que el autor hubiese firmado un recibo quedando enterado de las obligaciones que contraía y de las responsabilidades en las que podía incurrir o que el autor (que no compareció a una mesa electoral) hubiese sido informado en la citación que su no comparecencia constituía delito electoral.
- 39 c. También se valora acertadamente el hecho de que el autor “tenga ya cierta veteranía en la materia criminal por la que se le enjuicia”, como lo puede probar el dato de que por la misma haya sido ya juzgado y condenado. Es erróneo, sin embargo, por vincularse a una inconstitucional culpabilidad por la conducción de la vida (y al Derecho penal de autor), el criterio de valorar un posible error en materia de contrabando teniendo en cuenta que el acusado “había sido condenado anteriormente por cuatro delitos de robo, por evasión de presos y por resistencia y atentado, lo que evidenciaba su familiaridad con lo ilícito y antijurídico y lo acostumbrado que se hallaba a distinguir entre lo permitido y lo prohibido”(??).
- 40 d. Probado el error de prohibición vencible, el juez o Tribunal debe fundamentar la individualización de la pena (esto es, la rebaja de la misma en uno o dos grados). Es posible optar por la rebaja de la pena en un solo grado —la

solución menos beneficiosa para el reo— en los casos en los que el error fuera fácilmente vencible.

V. ¿Reglas especiales para el error en los delitos económicos?

El tratamiento jurídico que deba darse a los casos de error en los delitos económicos constituye un problema candente y actual del llamado Derecho penal económico⁽¹⁵⁾. Recientemente se ha puesto en tela de juicio que en el ámbito socioeconómico el poder punitivo del Estado deba intervenir con la misma energía con la que interviene en el marco del Derecho penal nuclear ya que, se afirma, las especiales características del Derecho penal económico (entre ellas, la hipertrofia normativa que conduce al estado de alerta jurídica en el que se ve obligado a permanecer el destinatario de las normas) aconsejan una menor injerencia en los derechos del ciudadano y que se acojan planteamientos que propicien una suavización de las intromisiones del poder punitivo del Estado en los derechos de los ciudadanos.

Por ejemplo, para el delito fiscal, se afirma que por muy urgente que se considere la necesidad de identificar a los ciudadanos con la política fiscal del Estado, la intervención del Derecho penal en esta materia debería reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia y, por lo tanto, de incumplimiento intencional y con ánimo defraudatorio de los deberes tributarios, dejando los restantes casos más o menos negligentes de incumplimiento para el ámbito de las sanciones administrativas⁽¹⁶⁾.

Esta exigencia político-criminal se ha traducido, por lo que a la teoría del error se refiere, básicamente, en dos corrientes de opinión:

1. La que sostiene la “regla interpretativa”, según la cual aunque se mantenga diferencia tradicional entre “error de tipo” y “error de prohibición”, en los delitos económicos debe entenderse que el error de prohibición será invencible (y excluirá responsabilidad criminal) cuando el conocimiento de la prohibición no pueda derivarse de reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad⁽¹⁷⁾. Sin embargo, esta construcción choca con el artículo 14. 2 CP que distingue la vencibilidad de la invencibilidad del error, términos que

(15) Con extensión: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, p. 177 y s.

(16) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 109.

(17) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, M., *Derecho penal económico*, p. 185 ss.

habrán de ser interpretados de modo uniforme con independencia de cual sea la naturaleza del delito de que se trate⁽¹⁸⁾.

- 45 2. La que propone “reducir el severo ámbito de aplicación del error de prohibición (Art. 14,2 CP) en favor del más relajado del error de tipo (Art. 14,1 CP)”. Por ejemplo, frente al tradicional tratamiento del error en caso de leyes penales en blanco –al que se ha hecho referencia– lo que se pretendería ahora con esta construcción sería reducir el error de prohibición a los casos de suposición errónea de actuar bajo el amparo de una causa de justificación⁽¹⁹⁾. No obstante, esta propuesta choca con importantes obstáculos dogmáticos (los supuestos en los que el autor actúa en la creencia de obrar lícitamente no pueden ser tratados conforme al artículo 14,1 CP, ya que expresamente el artículo 14,2 prevé para ellos un régimen jurídico específico y más grave) y político-criminales (el abandono de la teoría estricta de la culpabilidad en los delitos económicos premiaría a unos ciudadanos –los delincuentes de cuello blanco– frente a otros). Otro tema completamente distinto es que en casos especialmente complicados, el asesoramiento del autor por parte de un operador jurídico haga que un eventual error deba ser calificado como invencible o que se daba dar relevancia jurídica a la duda sobre prohibición.

VI. El conocimiento probable de la ilicitud y la duda sobre la prohibición

- 46 A. Debe excluirse la concurrencia de un auténtico supuesto de error de prohibición cuando existan motivos para pensar que el agente tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad que, por estimarse similar al dolo eventual, no merece trato de benignidad alguno. Dicho con otras palabras: no procede atenuar la pena por la concurrencia de un posible error de prohibición vencible, cuando el sujeto tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad en su conducta.
- 47 B. Problemas especialmente agudos ofrece el tema de la duda del autor sobre la licitud de su comportamiento (conciencia condicionada de la antijuridicidad), en cuanto que ella, ni equivale al pleno conocimiento de la antijuridicidad que justificaría la aplicación de la pena en toda su extensión (puesto que el conocimiento que existe es dubitativo), ni equivale al error que posibilitaría la aplicación de sus normas (ya que el autor no tiene un conocimiento

(18) Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general. Op. Cit.*, p. 182.

(19) Críticamente sobre esta construcción, con referencias bibliográficas: Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 182.

equivocado). Ante esta situación, la solución dogmáticamente más correcta es la que permite admitir, bajo determinadas circunstancias, la posibilidad de atenuar la pena (teoría del juicio hipotético): habría que suponer que el autor ha actuado con error de prohibición (desconociendo la ilicitud de su acción) para acto seguido preguntarse si ese (supuesto) error hubiera sido vencible o invencible. Caso de haber sido vencible (duda resoluble), no procedería atenuar la pena porque, en realidad, no existió verdaderamente error. Si el error, de haber concurrido realmente, hubiera sido invencible (duda irresoluble), tampoco procedería la aplicación del artículo 14, 2 CP por no existir verdadero error pero sí la atenuación de la pena con base en la eximente incompleta del artículo 21, 1 en relación con el artículo 68 CP, pues la conciencia de la anti-juridicidad falta solo en parte⁽²⁰⁾. La dificultad que parece obstaculizar esta solución consiste en que el artículo 68 CP solo se refiere a la falta de algunos de los requisitos de las eximentes del artículo 20 CP, entre las que no figura el error. Pero dado que la ubicación del error fuera del artículo 20 CP no obedece a ninguna razón esencial y sí solamente a un estilo discutible al ser la materia de regulación la misma, también debe ser igual su tratamiento jurídico

VII. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "El error sobre las excusas absolutorias". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 6, 1978; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. Akal, Madrid, 1994; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Problemas de la prueba y del error en el delito fiscal". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* Nº 2 (ejemplar dedicado a: empresa y delito en el nuevo Código Penal), 1997; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Problemas del error". En: *La Ley* Nº 3, 1996; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*. 2ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010; CEREZO MIR, José, *Derecho penal*. UNED, Madrid, 2000; CEREZO MIR, José, "La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 38, Fasc./Mes 2, 1985; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, *Presupuestos del error sobre la prohibición*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid,

(20) En este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E., "Problemas del error". *Op. Cit.*, p. 53 ss.; PÉREZ ALONSO, E., "La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 48. La jurisprudencia del TS se encuentra dividida (Cfr.: STS del 14 de diciembre de 1985 y el 21 de enero de 1991).

1987; CÓRDOBA RODA, Juan, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Bosch, Barcelona, 1962; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”. En: *Estudios de Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1990; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*. Civitas, Madrid, 1984; HUERTA TOCILDO, Susana, “El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 1980”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 12, 1980; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Comares, Granada, 1993; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “El error sobre causas de justificación: algunas precisiones”. En: *Estudios penales*. PPU, Barcelona, 1991; MANSO PORTO, Teresa, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones sobre el Art. 6 bis a) del Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 21, 1983; MIR PUIG, Santiago, “Art. 14”. En: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal* (ed. 1990); MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2004; MIR PUIG, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o la culpabilidad en Derecho español”. En: *La Ley* N° 1, 1991; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *La punibilidad y el error sobre sus elementos*. Comares, Granada, 2004; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”. En: *La Ley* N° 1, 1991; MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Atelier Libros, Barcelona, 1999; OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general*. Rafael Castellanos, Madrid, 1986; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 48, Fasc./Mes 1, 1995; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal”. En: *La Ley* N° 1, 1980; ROMEO CASABONA, Carlos María, “El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 34, Fasc./Mes 2-3, 1981; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Civitas, Madrid, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 40, Fasc./Mes 3, 1987; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”. En: *Reformas penales en el mundo de hoy*.

Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Art. 14”. En: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1999; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Consideraciones generales sobre el Art. 6 bis a) del Código Penal (La regulación del error de tipo y del error de prohibición)”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “El tratamiento jurídico-penal del error en el Art. 20 del Proyecto de Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 15, 1981.

§ 15

Error de comprensión culturalmente condicionado

MIGUEL PÉREZ ARROYO*

Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Consideraciones generales: el contexto social actual de lo “universal” a lo “diverso”	1	622	VI. Opciones dogmático-penales de integración (error e inimputabilidad penal) vs. opciones antropológico-jurídicas de preservación (pluralismo jurídico)	80	651
II. El Derecho penal frente a la diversidad cultural	12	628	1. La opción del error en el Derecho penal	82	652
III. Relevancia y significado social de la diversidad étnica y cultural para el Derecho penal: los tipos socio-culturales conflictuales (conflictos intrasistémicos y extrasistémicos).....	20	632	2. La opción de las causas de justificación	96	658
IV. Las opciones del Derecho penal frente a la diversidad étnica y cultural en Latinoamérica	44	640	3. La opción de la inimputabilidad en el Derecho penal.....	130	672
V. Modelos penales nacionales en Latinoamérica con relación a la diversidad étnico-cultural (el caso de Bolivia,			4. La opción del pluralismo jurídico	141	677
			VII. Toma de posición	142	678
			VIII. Bibliografía.....	153	681

§ 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento”.

(*) Este trabajo muestra dos resúmenes y dos aproximaciones. El primero, relativo a la defensa de mi tesis de licenciatura, en 1996 (setiembre), en que bajo la dirección del profesor César San Martín Castro, leí y sustenté en la Universidad Católica del Perú. Oportunidad que, siendo solo una tesis de licenciatura, se me pretendió evaluar a modo de una tesis de doctorado por el solo hecho de que, al momento de hacerla —la defensa de la tesis— ya contaba en mi haber con dos becas a Europa, la del Intercampus AECI/ICI y la de doctorado del Ministerio de Asuntos Exteriores español. El título original fue “Error, Culpabilidad y Diversidad Cultural en el Derecho penal”. Luego, muestra el *paper* de la tesis doctoral que fue inscrita y depositada en la Universidad Complutense de Madrid, luego de concluir mis estudios de doctorado en dicha casa de estudios madrileña, en el año 2001. Solo los amigos, como César San Martín Castro, pueden entender los motivos “paternales”

I. Consideraciones generales: el contexto social actual de lo “universal” a lo “diverso”

- 1 El fenómeno sociocultural de “la diversidad” marca una pauta de identidad de las actuales sociedades contemporáneas, posmodernas o posindustriales; caracterizadas así por un conjunto de notas de identidad entre las cuales se pueden encontrar con fundamental importancia el hecho de la “multiculturalidad” y la de ser consideradas –a su vez– como “sociedades de riesgo”⁽¹⁾; conforme se verá y caracterizará más adelante.
- 2 Siendo esto así, como ya se ha dicho en reiteradas oportunidades, pareciera que esta característica socio morfológica es exclusiva de este tipo de sociedades ⁽²⁾, lo cual es correcto y falso de una vez.

que impidieron que la leñera y defendiera en su momento, aun cuando dentro de poco habrá de finalmente hacerse, siempre bajo la dirección del profesor ilustre don Enrique Gimbernat Ordeig (de seguro el mejor penalista y vivo testigo de la historia del Derecho penal contemporáneo de los últimos cincuenta años), y los atentos consejos de mi amigo, el profesor don Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, con quien compartí en Madrid no solo tiempos de amistad académica sino de tipo personal y profesional. Un avance a modo de propuesta temprana de este trabajo fue publicado en España, a modo de ponencia, en la revista *Cuadernos de Criminología y Política Criminal (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, número 72. Madrid: Edersa, pp. 743-770)*, y que fue expuesto a modo de ponencia en el “I Congreso de Derecho de la Cultura”. Organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y la UNESCO. Madrid, 29 de noviembre - 02 de diciembre de 1999”.

- (1) Denominación que pertenece más bien a Ulrich BECK: “sociedad del riesgo” o “sociedad de riesgos” (*Risikogesellschaft*). Esto significa, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables, que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas. Véase BECK, U., *La sociedad del riesgo*, p. 25, donde señala que existen diferencias entre modernización e industrialización; “Modernización se refiere a los impulsos tecnológicos de racionalización y a la transformación del trabajo y de la organización, pero incluye muchas cosas más: el cambio de los caracteres sociales y de las biografías normales, de los estilos de vida y de las formas de amar, de las estructuras de influencia y de poder, de las formas políticas de opresión y de participación, de las concepciones de la realidad y de las normas cognoscitivas. Para la comprensión sociológica de la modernización, el arado, la locomotora a vapor y el microchip son indicadores visibles de un proceso que llega mucho más abajo y que abarca y transforma toda la estructura social, en el cual se transforman en última instancia las fuentes de certeza de que se nutre la vida”.
- (2) Caracterizados así por SILVA SÁNCHEZ como “sociedades postindustriales” (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 31-62), donde, si bien es cierto, estas sociedades en los últimos dos decenios han sido testigos de una “expansión” del Derecho penal; este fenómeno discrepa mucho con lo sucedido en los inicios de los sesentas con el movimiento “ley y orden”; pues lo primero responde a necesidades histórico-sociales, es decir, por la evolución que la sociedad (como sistema) ha tenido; en cambio, el segundo movimiento responde solo a necesidades empíricas, es decir, de naturaleza popular. Y, sociedades posmodernas Cfr. HASSEMER, W., “Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana”, publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 18 ss.). Estas sociedades (posindustriales o postmodernas) no mutan solo a nivel de estructura, sino a nivel de su contenido y funciones también: los bienes jurídicos (su definición y función) no escapan a este fenómeno, para ello véase ALEXEY, R., *El concepto y la validez*

1. La explicación a la afirmación anterior se establece de la siguiente manera. 3
 Por *un lado*, es absolutamente cierto que las sociedades actuales carecen de uniformidad. Esto es, que al decir de TOSCA HERNÁNDEZ “parece haberse perdido sentido de las cosas, en donde el desorden pareciera predominar”⁽³⁾. Por otro lado, ello no quiere decir, que las sociedades antiguas fueran todas uniformes. Ello no es así. La demostración palpable de esta afirmación la encontramos en el Nuevo Testamento, en el que se hace mención respecto de que en una sociedad cualesquiera por ella advertidas, podían existir diversos grupos étnicos (categoría antropológica de la cual no vamos a decir más que contienen en sí un cúmulo de significados y significantes comunes lingüísticos, raciales y culturales en un sentido aún más complejo), a consecuencia tanto de la migración gradual de poblaciones enteras o de sectores de las mismas (refugiados por motivos religiosos, comerciantes, artesanos o trabajadores manuales) como de las conquistas militares que redistribuían la población en función de la dominación⁽⁴⁾.

Empero, el sentido que ahora se atribuye a estas sociedades plurales, 4
 entendidas desde una perspectiva étnico-cultural, es distinto. Creo el punto de inflexión histórico es la Revolución francesa, con la “Ilustración” y el “racionalismo” como esquemas de orientación filosófica de orden fundamental, que trajo tras de sí la necesidad de encontrar moldes universales para el hombre en tanto ser “racional”. Así, se pretendió:

a) La búsqueda de lo “universalmente válido” en función de la individualidad hecho concepto general y abstracto: “el hombre”. Como tal, las leyes universales únicas a ser imitadas debían ser las naturales motivando con ello la aparición del *positivismo* como postura filosófica dominante, en donde la “predictibilidad” y “lo exacto” debían ser alcanzadas por la razón y en donde la evolución hacia ese universo de estado positivo, al decir de COMTE, debía ser lo finalmente ideal⁽⁵⁾.

del Derecho, p. 186 ss. “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fácticamente o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y entregárselo a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes jurídicos colectivos son bienes no-distributivos”.

(3) HERNÁNDEZ, T., “Anomia: normas, expectativas y problemas de legitimación social. Comentario introductorio”. En: *Anomie: Norms, Expectations and Social Legitimation*, p. 13.

(4) Cfr. SILLS, D., *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, pp. 253-254.

(5) Véase WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 191. “El positivismo es la reducción de la razón, que capta e interpreta en su sentido las impresiones sensibles al entendimiento, en tanto que facultad orientada a la existencia y de carácter técnico-instrumental”. RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, pp. 13-14 y 32 ss.: “No se investiga ya más en la realidad del Derecho el valor jurídico, antes bien anticientífica toda consideración valorativa del Derecho y hay que limitarse conscientemente a la

6 b) En la búsqueda del hombre “racional” y titular de derechos inmanentes a su propia condición de “hombre”. De un hombre como sujeto “universal” de derechos⁽⁶⁾.

7 2. En razón de lo cual la *diversidad* y *pluralidad*, generalizada por esta época, no significaron más que simples eventos y escollos a lo que en ese momento se comenzó a teorizar como la “sociedad universal” o “humanidad”.

8 Este punto de inflexión histórico constituyó el detonante perfecto para redefinir lo que hasta ese momento se presentaba como gaseoso, frágil, ilógico, en pocas palabras “arbitrario” y comenzar a buscar esa “universalidad” y ese orden “racional” y abstracto con que fundamentaron los nuevos esquemas de orientación filosófica y práctica. Este cambio de paradigmas y de moldes filosóficos y prácticos evolucionó *de lo arbitrario e irracional a lo universal y racional*. Esto, en el Derecho, fue trascendental con la aparición de la era de la “codificación”, originada con la Revolución francesa (llevada adelante por Napoleón), y que de modo conjunto con las ideas de INMANUEL KANT cerraron, en palabras de FASSÒ, una era dominada por el “Iusnaturalismo racionalista”⁽⁷⁾. La

investigación empírica del mismo”. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 208 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 51-54; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, p. 57 ss.

(6) Véase el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (decretada por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto de 1789): “Los representantes del pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. (...)”. Así también en el artículo primero, en donde se proclama la “libertad” e “igualdad” como derechos *naturales* encontrados gracias a la “racionalidad”. (“Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En: HERSCH, J., *Derecho penal alemán*, p. 207.

(7) FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, p. 15. Véase también, WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Op. Cit.*, p. 170: “El siglo XVIII se convirtió en el siglo del Derecho natural. La simiente lanzada por los hombres del siglo XVII trajo a sus nietos una rica cosecha: El derecho natural se convirtió en la potencia conformadora de la vida social”. Sin embargo, WELZEL guarda distancia con nuestra posición, al señalar que fue el mismo naturalismo quien sembró sus propias minas, para más adelante caer y no como producto de la aparición de una nueva era que surgía como señal de nuevas necesidades sociales, políticas y jurídicas. pp. 170-171: “El Derecho natural parecía así haber sido refutado por la realidad, sin que fuera precisa más polémica. Es sorprendente, en efecto, comprobar como una potencia espiritual milenaria, que había conjurado en su torno las fuerzas más nobles de la humanidad, iba venirse abajo tan oscuramente, que los contemporáneos creyeron poder liquidarla con un par de palabras intrascendentes (...) ¿Fue verdaderamente superado el Derecho natural por el criticismo kantiano y por el historicismo? ¿Consiguieron solucionar el verdadero problema del Derecho natural, dando una respuesta a la cuestión ético-jurídica acerca de los contenidos del obrar recto? ¿No fueron, en realidad, víctimas de su justa crítica partes relativamente insignificantes de la teoría del Derecho natural, mientras los problemas centrales seguían en pie bajo otro nombre?” (resaltado es nuestro). Una exposición amplia acerca del

afirmación de un Derecho racional-universal y absolutamente válido, baluarte del *Racionalismo Iusnaturalista*, produjo como necesidad la “uniformización” de todos los ordenamientos jurídicos, históricamente vigentes, en función de ese modelo perfecto y universalmente válido. Se pone remedio, con esto, a la confusión e incertidumbre de las normas jurídicas existentes en Europa por la degeneración del Derecho común y por la supervivencia de usos que ya no eran compatibles con la situación económica y social de la época⁽⁸⁾.

3. Para cumplir con este objetivo los Estados modernos y sus soberanos 9 utilizaron la “Ley”, en el sentido de materialización de su voluntad y como expresión máxima de la “razón”. Eliminando los restos “normativos” existentes *entre sí y los pueblos*, los cuales, por su carácter residual, eran ajenos a ese complejo normativo “racional”, por tanto, eran aquellos restos normativos, residuales en la historia que se iniciaba, eran “irracionales”. Todos ellos, producto, más bien, de la “arbitrariedad” y el “desorden”. Todo lo cual resultó útil para el Estado y el Soberano en función del afianzamiento de su poder: “Los soberanos absolutistas ‘iluminados’ se sirvieron de la doctrina ‘Racionalista’ Iusnaturalista para mostrar que era una exigencia de la razón y un instrumento, a veces, de la felicidad del pueblo, la transformación del Derecho irracional de aquel tiempo en ley —en cuanto que solamente la ley puede ser obra de la razón, o mejor de una *voluntad racional*—”⁽⁹⁾.

4. El ejemplo de la codificación francesa es claro, más si consideramos la 10 inmediatez histórica y territorial en que se desarrolló a partir de la Revolución de 1789, producto de las ideas ilustradas aparecidas en primer término en Inglaterra (Ilustración inglesa), con la obra de LOCKE⁽¹⁰⁾ (en 1690), acerca del

Iusnaturalismo, véase, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporáneo*, p. 63 ss. “Las doctrinas iusnaturalistas se caracterizan por sostener la tesis que voy a denominar ‘tesis iusnaturalistas’: para toda entidad jurídica positiva existe un Derecho natural del cual deriva o en el cual se inspira; es decir, las entidades jurídicas positivas derivan de un Derecho natural”.

(8) Cfr. FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho. Op. Cit.*, p. 16.

(9) *Ibidem*, *Loc. Cit.* También véase POULANTZAS, N., *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, p. 204 ss., quien con mucha claridad señala la diferencia entre Estado absoluto y feudal: “El Estado absolutista se caracteriza por el hecho de que el titular del poder estatal, por lo general un monarca, concentra en sus manos un poder incontrolable por las otras instituciones y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa, ya sea esta ley de orden positivo o de orden natural-divino: el titular del poder es *legibus solutus*. Al contrario que el tipo de Estado feudal, en que el poder estatal está limitado a la vez por la ley divina —pues se considera el Estado como la manifestación del orden cósmico-divino—. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, p. 55. “El Estado absoluto implica una concentración total del poder y un uso ilimitado de él. Necesario para el desarrollo posterior del Capitalismo”.

(10) En extenso su pensamiento, LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*; LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*; LOCKE, J.,

entendimiento humano e inaugurando una etapa importantísima en la historia de la filosofía del Derecho que fuera el “deísmo”⁽¹¹⁾. Luego, de la propia Ilustración francesa, impulsadas desde la Ilustración inglesa, por MONTESQUIEU y VOLTAIRE, durante el mandato de LUIS XV, una vez amortiguada la fuerza dominante de la monarquía, el clero y la nobleza⁽¹²⁾. Producto de aquella, el racionalismo (rasgo esencial de la Ilustración)⁽¹³⁾, significó el impulso decisivo para la era de la codificación en Europa, tal como se puede ver en el caso de Prusia y la misma España, entre otras.

- 11 5. La morfología social en estos momentos históricos fue el de una sociedad plural, diversa; por cuestiones de invasión, colonialismo, migración⁽¹⁴⁾; por tanto, en permanente relación conflictiva. Es a partir de este momento de inflexión histórica en que debido a los intentos de universalización, producto –a mi parecer– de la generalización añadida por el kantismo (y de lo que en nombre de dicha postura filosófica racionalista), se denominó “sociedad humana universal”, la misma que debería llegar a un Estado de “paz perpetua”⁽¹⁵⁾. Bajo

Ensayo del entendimiento humano.

- (11) El “deísmo” se funda en el conocimiento de las leyes de la conexión mecánica de la naturaleza. Una vez establecida esta conexión, no permite ninguna intervención divina. A esto agrega, como deja constancia DILTHEY, la crítica de los relatos bíblicos, que ya había iniciado SPINOZA, añadiéndole aun el análisis de la conciencia moral y fundación de la autonomía dentro de la conexión natural (Cfr. DILTHEY, W., *Historia de la filosofía*, p. 127 ss.). LOCKE, J., *Ensayo del entendimiento humano*. *Op. Cit.* Según él, las analogías y relaciones entre los contenidos del conocimiento son elementos que permiten la elaboración de instrumentos críticos capaces de eliminar los conocimientos erróneos. Debido a su característico empirismo analítico, se opuso a las concepciones puramente mecanicistas y sistemáticas cartesianas y, pese a ser cuestionado por Gottfried WILHELM LEIBNIZ, su influencia sobre los filósofos de la Ilustración fue considerable.
- (12) Los postulados básicos de VOLTAIRE y MONTESQUIEU se centraron en una férrea oposición al cartesianismo en razón de su adhesión a la ciencia natural de Newton y la filosofía empírica de LOCKE a la vez que a la monarquía absoluta de Francia la libertad política; aprehendida y desarrollada de su experiencia inglesa, de las fuentes mismas de la Ilustración (Cfr. DILTHEY, W., *Historia de la filosofía*. *Op. Cit.*, p. 134). Con respecto a VOLTAIRE, véase, PRIETO SANCHÍS, L., “Voltaire y la lucha contra la intolerancia” En: *La filosofía penal de la ilustración*, pp 85-96.
- (13) “‘La razón’ entendida como instrumento adecuado para aclarar todos los problemas del hombre, desde lo estrictamente filosófico y científicos a los religiosos, políticos y sociales (...)” (GEYMONAT, L., *Historia de la filosofía y de la ciencia*, p. 257).
- (14) “Invasión” es una entrada no consentida a un territorio; “colonialismo” es la influencia o la dominación de un país por otro mas poderoso de una forma violenta; “migración” es todo desplazamiento de población que se produce desde un lugar de origen a otro destino.
- (15) Cfr. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*, pp. 15-67. También véase, WELZEL, H., *Derecho penal alemán*. *Op. Cit.*, pp.175-181, para quien: “(...) no puede buscarse en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del mundo en que este situado (...), sino solo, *a priori*, en conceptos de la razón pura (...) El principio del obrar moral tiene que estar completamente libre de todo influjo de aquellos fundamentos casuales que solo puede brindarnos la experiencia”. Cfr., KANT en extenso, véase, RIVERA DE ROSALES, J., “Kant o la razón ilustrada”. En: GONZÁLES GARCÍA, M. (compilador), *Filosofía y cultura*, pp. 227-279.

estas premisas metodológicas y pretensiones de ordenamiento universal, a lo que se denominó “modernidad”, se desconoció esa diversidad y pluralidad, con lo que el modelo no tardó mucho tiempo en hacer aguas. Esa crisis de la modernidad, gráficamente representada por ejemplo con el rompimiento de los grandes bloques políticos, como la URSS, o la ex-Checoslovaquia. Todo esto unido a los procesos de autoafirmación de las identidades étnicas y culturales (detonante en el caso de la ex-Checoslovaquia para su escisión) nos trae a colación esto que ahora llamamos sociedades “modernas críticas”⁽¹⁶⁾, en el sentido de sociedades “actuales” aunque debiéramos decir “posmodernas”, en sentido estricto. En donde ese parecer de TOSCA HERNÁNDEZ, en el sentido de que “nada parece tener sentido ‘de uniformidad’” sí que lo tiene. Y es que ese afán de “universalidad” instituido por el racionalismo de la Ilustración y redimensionado por los procesos de “bloqueización”, si cabe el término, después de la Segunda Guerra Mundial, tiene ahora su contrapartida que constituye la autoafirmación de la identidad cultural a modo de resistencia⁽¹⁷⁾. El saberse a sí mismo como distinto al resto de quienes conviven compartiendo espacios sociales comunes ya sea a modo de *convivencia paritaria* (el caso de la ex-Checoslovaquia o el mismo Kosovo) o a modo de *convivencia receptiva* (el caso de los países receptores de inmigración, como España, Francia o Alemania). Convivencias, *paritaria* y *receptiva* que en los últimos años está derivando, sobre todo en el segundo caso, en situaciones críticas mayores producto del rechazo y la intolerancia; derivándose así en un modo de *convivencia receptiva negativa*. A grandes rasgos es como ahora se nos presenta la sociedad actual, postmoderna, postindustrial.

(16) Son sociedades, todas, plurales en donde “parece haberse perdido sentido de las cosas, en donde el desorden pareciera predominar” (HERNÁNDEZ, T., “Comentario introductorio”. En: Anomia: normas, expectativas y problemas de legitimación social, p. 13.). Desarrolla el tema de las sociedades críticas como consecuencia de la política, véase, GONZÁLES MOENA, S., “La complejidad de la política y la política de la complejidad, notas para una reflexión desde América Latina”. En: DE CASTRO, DE ASIS CARVALHO y DA CONCENCIAIO DE ALMEIDA (editores), *Ensayos de Complejidad*.

(17) Aunque también hay que decir que la resistencia a la integración se manifiesta por ambas partes, del grupo etnocultural inmigrante (en el caso de las sociedades receptoras de inmigración) y del grupo etnocultural receptor; o del grupo etnocultural “diverso”, por no decir “distinto” (como es el caso de los gitanos o los albanos-kosovares en Yugoslavia) y el grupo etnocultural dominante. Cfr. LAMO DE ESPINOSA, E., “Fronteras culturales”. En: *Culturas, Estados ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, p. 14 ss.

II. El Derecho penal frente a la diversidad cultural

- ¹² De lo anterior queda medianamente claro cómo una sociedad cualquiera llega a ser pluricultural, en un sentido étnico-cultural o etnoculturalmente diversa⁽¹⁸⁾; como lo son hoy en día, además de un modo muy marcado, la mayoría de las sociedades europeas; en orden y a causa de los procesos migratorios. En tanto constituyen sociedades receptoras de migración y dado que en la mayoría de los casos esos procesos de migración se deben a motivos económicos y otras veces, muy pocas, culturales.
- ¹³ 1. En términos exactos, la realidad de la “diversidad étnico-cultural”, como mayoritariamente se comienza a denominar, de la “multietnicidad” y “multiculturalidad”, como lo llaman algunos, o del “pluralismo étnico cultural”, como lo llaman otros; expresa la convivencia en un espacio social de varios colectivos sociales distintos entre sí, diferencia y diversidad que se manifiesta por elementos étnicos y culturales que distingue a cada uno de esos colectivos y que los hace peculiares, diversos unos de otros y de todos entre sí⁽¹⁹⁾.
- ¹⁴ 2. Sociológica y antropológicamente hablando, la categoría de la “diversidad étnico-cultural” expresa la inserción de un colectivo social determinado, tributaria de una cultura distinta de “la otra u otras” en donde se inserta; coexistiendo mutuamente. Ya sea porque una de ellas lo hace en términos de “inmigración”⁽²⁰⁾ o de “colonización”, por conquista o invasión. En ambos casos de “inmigración”, la correlación social se centra en el siguiente supuesto:

(18) Véase las razones jurídicas de un pseudo-igualitarismo en sociedad, VERNET I LLOBET, J., “Principios constitucionales y derechos en un Estado plurilingüe”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11, p. 15: “El igualitarismo formal ha sido, pues, el instrumento jurídico que han utilizado los diversos Estados para uniformizar la población. El sometimiento a la ley y el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de un mismo Estado ha permitido políticas de igualación y de asimilación. De este modo se han tratado de manera igual realidades sociales y culturales distintas con lo que se han desconocido formas de entender y de vertebrar la sociedad muy dispares, que no coincidían con las del grupo dominante, con lo que el principio de igualdad ha supuesto realmente una política de discriminación cultural (...) Todas estas tendencias centralizadoras y uniformizadoras constituyen, si no respetan las identidades culturales, un nuevo peligro para la diversidad y un nuevo reto para la convivencia pacífica entre los diversos pueblos”.

(19) Véase VERNET I LLOBET, J., “Principios constitucionales y derechos en un Estado plurilingüe”. *Op. Cit.*, p. 17: “(...) el pluralismo cultural nos conduce al reconocimiento de estados pluriculturales y multilingüísticos, que pueden o no tener reconocida una cierta autonomía política, en cuyo caso derivará un pluralismo simbólico consistente en una diversidad de lenguas, himnos, banderas y emblemas oficiales”. También, con respecto a la evolución en el Perú, véase, HURTADO POZO, J. / DU PUIT, J., “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú”. En: HURTADO POZO, J. (director), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho penal* 2006.

(20) Véase, ANON ROIG, M., “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11, p. 45: “La mayor parte de los diagnósticos sobre las sociedades occidentales

a. Existe un colectivo social de cultura nativa, una sociedad receptora, ¹⁵ respecto de la cual otra cultura —el colectivo extranjero—, foráneo, se inserta en términos justamente de inmigración; y con todos los procesos sociales que ello implica. Esta inserción, como se estudiará en su momento, ocasiona un sinnúmero de problemas de adecuación a las reglas de conformidad social y al conjunto de normas que regulan las relaciones sociales de la sociedad receptora. La relación entre ambas culturas, entre ambos colectivos, el nativo y el inmigrante, es una relación en principio desigual; que califica justamente su estatus de “minorías”⁽²¹⁾.

b. Existen procesos de “colonización”, en donde la cultura nativa es, ¹⁶ al contrario que el supuesto anterior, la que se subordina a la foránea puesto que ha sido “colonizada”, ya sea por procesos de “conquista” o “invasión”. Es decir, la cultura foránea se proclama superior en los términos formales y oficiales de validez y eficacia de sus normas y determina a la cultura nativa bajo una relación de dominación y, muchas veces, de discriminación. Existe también aquí, un sustrato conceptual de “minorías”, esta vez respecto de los colectivos de culturas nativas⁽²²⁾.

del presente nos ofrecen una descripción de las mismas atravesadas por exigencias que provienen de movimientos migratorios, grupos con diferentes códigos culturales con mayor o menor presencia, nacionalismos, reivindicaciones indentitarias tanto colectivas como personales y exigencias derivadas (...).’

- (21) Según los últimos datos europeos, Austria representa el país con un porcentaje del 12,1 % sobre su población total. Alemania le sigue con un 9 %, luego Francia e Italia con un aproximado del 6,3 % y 8 %, respectivamente, y España con un aproximado del 1,5 % sobre su población total. Estos datos, sin duda representan solo el porcentaje de las poblaciones inmigrantes en condición de legalidad siendo el total, con la cifra negra incluida, mucho mayor, casi impredecible. Con respecto al concepto de “minorías”, véase, PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”. En: *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, pp. 36-40: “(...) y es que no existe en el lenguaje común un solo elemento definidor de minoría; no existe una minoría en singular, sino muchas minorías en plural, que se definen, además, según los más heterogéneos criterios, algunos inmodificables como la raza, otros de fortuna como la pobreza, y otros más o menos voluntarios, como el consumo de drogas (...)”. En cualquier caso, esto pone de relieve que el concepto de minoría no es un concepto autónomo, sino relacional y conflictivo. La mera diferencia racial o religiosa no da lugar a una minoría mientras el grupo humano correspondiente no entra en relación y, más concretamente, en conflicto con otro grupo mayoritario; no en el sentido cuantitativo, sino en el sentido de dominante desde una perspectiva económica, cultural o política. También LUCAS, J., “Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N°15, p.100 ss.: “Lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común, del que son ciudadanos también los miembros de la minoría), pero que, sin embargo, no quieren / no pueden / no asimilados en todo a ellos”.
- (22) El caso de las sociedades latinoamericanas es patente, no solo por su importancia dentro del contexto mundial actual, sino por las relaciones históricas que hasta el día de hoy nos une con España, con quien hasta hace menos de doscientos años estuvimos ligados a modo de colonia. Demográficamente explicada, la morfología social de América Latina, incluido Norteamérica (México, EE. UU.

17 Pero también se puede verificar, en esta morfología sociocultural post-moderna, otro tipo de conformaciones vinculadas a la coexistencia de complejos culturales que coexisten ya no en término de dominación por colonización o por procesos migratorios vía inserción sociocultural, sino también de una coexistencia paritaria de colectivos con concepciones ético-valorativas divergentes. En este sentido, se verifica la coexistencia de valores culturales estandarizados socialmente que colisionan con percepciones individuales que, colectivizadas, se conforman en lo que modernamente se ha venido a denominar como los colectivos objetores de conciencia. Objeción de conciencia que se materializa en muchos ámbitos de la vida colectivo-individual tales como el de tipo religioso, ideológico, de propiedad, etc.⁽²³⁾

18 Desde la perspectiva penal y criminológica, en todas estas tipologías sociales, se asienta una base conflictiva. Conflicto que determina problemas de *adaptación, desviación sociodelictiva, desarraigo y marginalidad social*, conforme he podido ver y estudiar. De esta realidad, queda claro que ninguna sociedad contemporánea pueda escaparse en su lógica de conformación socio morfológico. En este contexto, resulta de trascendental importancia estudiar la esencia misma del problema *conflictual* de la diversidad. A su vez, el de sus dos vertientes a desembocar a modo de solución: una mayor diferenciación o una integración social de lo culturalmente diverso. Es esencial a estos efectos, el instrumento canalizador que supone una propuesta jurídica —en especial las de orden penal— con relación a los problemas antes indicados de *desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social*, y que se pueden llegar a originar como ya se ha dicho.

y Canadá) se expresa de la siguiente manera: al año 1995, por ejemplo, del 100 % de la población americana, esto es de 720 647 000 habitantes; 36 224 933 son nativos o provienen de estratos culturales nativos. Esto es, que la población nativa representa al ciento por ciento, el 5,03 % de la población total americana. Obviamente esta realidad, expresada en términos porcentuales, es relativamente baja, para una población continental como la contenida en América. Sin embargo, esto no es así en el caso de los países directamente vinculados con el colonialismo español, que van desde México hasta Argentina. Así, el caso de Guatemala, Bolivia y Perú resaltan por su elocuencia. Guatemala, de un total de 10 300 000, son indígenas 4 945 511 —48,01 %—; Bolivia de un total de 8 200 000 habitantes, 4 142 187 son indígenas —50,51 %— (entre andinos y amazónicos); Colombia, de un total de 35 600 000 habitantes, 620 000 son indígenas —1,74 %—; Perú, de un total de 22 900 000 habitantes, 8 793 298 son indígenas —38,39 %—. Cfr. MATOS MAR, J., “Población y grupos étnicos en América”. En: *América Indígena* N° 4, pp. 156-242. Una opinión similar la expresa BERGALLI, aunque sin mucho tino estadístico y rigurosidad demográfica, al señalar que del 100 % de población india en América Latina, el 90 % de ella se encuentran en Perú, Bolivia, Guatemala, México y Colombia. Cfr. BERGALLI, R., *Criminología en América Latina*, p. 30 ss.

(23) En este caso, piénsese en los objetores de conciencia al servicio militar, el grupo de los objetores a diversos tratamientos médicos (tanto por parte del profesional sanitario como del sujeto de tratamiento), los okupas, etc.

Esto no quiere decir, como podría parecer en algún momento, una determinación del problema criminal a partir del problema de la inmigración; en el sentido de establecer una regla positiva causal entre inmigración y delito. Problema que les son comunes a las grandes urbes receptoras de migración, como lo han sugerido algunos estudios en Norteamérica⁽²⁴⁾, sino, al contrario. Es decir, que el problema del estatus, productor de criminalidad, a partir de la correlación entre el factor migratorio y otros factores como el desarraigo socio-cultural, la marginalidad social y los diversos problemas de inserción socioeconómico del que adolecen los sectores inmigrantes en las sociedades receptoras de inmigración. A su vez, de los problemas de marginalidad y adaptación sociocultural de las minorías tanto en las sociedades receptoras como también en aquellas que sin serlas (receptoras), reproducen estos problemas de inserción producto de la dominación cultural producto de los fenómenos de colonialismo en que se ven inmersas las sociedades latinoamericanas. Finalmente, los problemas de delictividad de los sectores de minoridad cultural se deben a problemas de socialización contra lo que se establecen políticas discriminatorias, violatorias del principio de igualdad y a la integración social como derecho fundamental al libre y adecuado desarrollo de la personalidad como expresión del respeto a la persona humana y su dignidad⁽²⁵⁾. Una integración necesaria y que incluya políticas, a su vez, respetuosas de la pluralidad cultural sin etnocentrismos ni posturas degradantes de la condición digna de la persona humana. Integración con respeto de la diferencia y no un culto a la diferencia absoluta, como lo sugieren algunos sociólogos del Derecho en Latinoamérica para quienes el respeto de las minorías étnico-culturales significa reconocer “otro derecho” sin conexión con el derecho oficial. Las soluciones desde esta perspectiva deben llegar de la mano de interpretaciones, insisto, integradoras, pero con respeto a las minorías étnico-culturales⁽²⁶⁾. Desde una

(24) Vide MONTERO, J. / CARRANZA, E., “Migración y delito”. En: *DP-TPCP*, p. 468 ss.

(25) En este sentido, CORREAS, Ó., “La cultura jurídica y el pluralismo jurídico”. En: Marcial RUBIO CORREA (compilador), *Derecho y pluriculturalidad. La injusticia de medir con la misma vara*, pp. 1-12. También, CALLIGOS, J., “Diversidad cultural y jurídica: discusiones necesarias”. En: Marcial RUBIO CORREA (compilador), *Derecho y pluriculturalidad. La injusticia de medir con la misma vara*, pp. 51-59: “En el Derecho oficial del Estado peruano tampoco se ve reflejada la diversidad cultural del país. Este más bien ha sido elaborado en base a modelos europeos, los cuales además presuponen la existencia de una nación integrada”.

(26) En este sentido, CALLIGOS, J., “Diversidad cultural y jurídica: discusiones necesarias”. *Op. Cit.*, p. 57: “Quiero aclarar que no creo que el camino sea la occidentalización. Tampoco identifico integración con la negación de las diferencias. Pero tampoco estoy de acuerdo en preservar un orden que mantiene a muchos en la marginación y en la miseria, por un afán —y voy a caricaturizar— de conservar el carácter folclórico o pintoresco del país. Tampoco estoy a favor de la existente vinculación desventajosa con la ‘sociedad oficial’. Creo que está claro que no podemos aspirar a recuperar culturas ya no existentes, es una actitud pasadista”.

política criminal de funciones integradoras y no al revés. Más rechazables entonces resultan las políticas criminales de integración con un fondo discriminator y etnocentrista, irrespetuoso de las diferencias y sin ninguna consideración por las minorías, conforme creo se han venido dando en muchos países de Latinoamérica.

III. Relevancia y significado social de la diversidad étnica y cultural para el Derecho penal: los tipos socioculturales conflictuales (conflictos intrasistémicos y extrasistémicos)

- 20 1. Ya hemos visto las diversas tipologías sociales que se conforman respecto del fenómeno de la diversidad étnico-cultural. Esto es, socio morfológicamente hablando los tipos de sociedades étnico-culturalmente diversas pueden ser, en principio, de dos tipos:
- 21 a. Las que contienen una pluralidad de etnias, por tanto de culturas, debido a los *procesos de migración* (son sociedades receptoras de migración, casi siempre económicas).
- 22 b. Las que por procesos de *colonización y conquista* se conforman como diversas debido a la presencia sostenida de las etnias y culturas nativas o aborígenes.
- 23 En este último caso, el de los procesos de colonización y conquista, también hubo un primer momento en donde se sucedieron procesos migratorios. Basta recordar los procesos históricos relativos al “descubrimiento de América” y los problemas sociales y económicos que le dieron origen (la crisis alimentaria que vivía Europa en las postrimerías de 1492), o como sucedieron los hechos a propósito de la colonización inglesa en América del Norte, producto de la búsqueda de espacios de libertad religiosa y económica por parte de los primeros colonos. Sin embargo, los procesos fueron diferentes, aquí la sociedad receptora, más débil que la foránea terminó siendo subyugada, colonizada por quienes inmigraron a sus tierras, aniquilándola progresivamente, absorbiéndola o condenándola “reservas indias” (como es el caso de los indígenas norteamericanos). Dando a luz, en el caso latinoamericano, a un tipo de sociedad mestiza con fuertes problemas aún de marginalidad y desarraigo sociocultural que ocasionan particulares fórmulas de aplicación desigual de la ley penal contrarias al principio⁽²⁷⁾, como hemos dicho, de la igualdad y la

(27) En este sentido, a propósito de casos en Latinoamérica, véase, SOTOMAYOR ACOSTA, J., “La responsabilidad penal de indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible”. En: *Jueces Para la Democracia* N° 26, pp. 90-95: “Se trata de Melicio, el indígena puinave, donde de manera muy

dignidad de la persona humana y contraria como es natural a un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, como es la tendencia manifiestamente uniforme en Europa y en dichos modelos latinoamericanos.

2. Ahora bien, conforme a esta doble tipología de la diversidad étnico-cultural, es del caso establecer que, conforme ha anotado SELLIN, se presentan dos tipos de conflictos culturales (relación conflictiva entre las culturas diversas que conviven en un mismo espacio social, como ya fue señalado desde hace más de sesenta años⁽²⁸⁾, *que muchas veces trascienden a los meros usos sociales y que incluso llevan consigo una fuerte dosis de disconformidad social que en algunos casos motiva la intervención del Derecho y más del Derecho penal*. En cambio, en el caso europeo y cada vez más creciente en muchas sociedades en donde la interiorización de los derechos individuales de la persona supone, incluso, un rechazo “consciente” a los parámetros de conformidad social admitidos por el colectivo social en donde el individuo se inserta, se produce un tipo de fenómeno de eficacia normativa de nuevo cuño. Estos derechos individuales son, como se ha expresado en muchos otros estudios, los relativos a la libertad ideológica, de religión y de conciencia⁽²⁹⁾. Con ello se viene produciendo un fenómeno delictivo en donde el sujeto “delincuente” actúa realizando en concreto un tipo penal, de modo consciente y motivado más bien por sus opciones “ideológicas”. Es lo que la doctrina ha denominado en estos casos, los “delinquentes por convicción” o “delinquentes de conciencia”⁽³⁰⁾. Esto representa más bien

ilustrativa se muestra la existencia de diferentes órdenes culturales dentro de un mismo espacio geográfico hasta el punto de constituir una pluralidad cultural, materializados estos órdenes en el artículo, por Melicio (visión del mundo y de las relaciones interpersonales de la cultura puinave) y Juan Vicente (visión del mundo y de las relaciones interpersonales de Occidente”).

(28) Cfr. SELLIN, T., *Culture conflict and Crime*, p. 116 ss.

(29) Con respecto al tema, véase, MOSQUERA MONELOS, S., *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*, p. 117: “Se trata de derechos que garantizan para el ciudadano una esfera de acción sin intervención, una serie de derechos y libertades en negativo, que además incluyen derechos que implican la participación activa del ciudadano en el proceso democrático, pero que respetan el orden económico establecido en el marco de la revolución industrial, por lo que serán constituciones sin verdadero contenido social”. También, PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 48: “(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

(30) En extenso sobre el tema, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, afirma: “Recientemente, coincidiendo con el proceso de consolidación del Estado democrático, han empezado a desarrollarse un gran número de fenómenos delictivos motivados por las convicciones de los sujetos en los que la ocupación de bienes inmuebles deshabitados, las negativas a determinados tratamientos médicos o quirúrgicos por razones de conciencia, a pagar impuestos o a colaborar en mesas electorales son solo un buen ejemplo”. A su vez, el autor prefiere llamarlo “actuación por convicción”, debido a que se pueda adecuar mejor a un moderno Derecho penal de acto y no de autor,

una postura relativista del Derecho en función del respeto al individuo sobre los intereses del Estado⁽³¹⁾.

25 En este último caso, el esquema de diversidad étnico cultural antes construido resulta insuficiente en términos de otorgarle la cobertura descriptiva necesaria. Esto resulta por razón del tipo de conflicto cultural que se produce. En este caso, el tipo de conflicto es desde dentro del sistema cultural en donde se produce la inserción del individuo disidente el cual objeta la eficacia individual de la norma penal, en su razón, utilizando argumentos propios del sistema validándolos en contraposición y conflicto directo con los cánones de conformidad social intersubjetivo. Por tanto, lo descrito anteriormente obedece también a una relación conflictiva, pero desde fuera del sistema.

26 Bajo esta perspectiva entonces, se pueden diferenciar dos tipos de conflictos: el *intrasistémico* (o conflicto *input* = desde dentro y hacia dentro del sistema cultural) y, por otro, el *extrasistémico* (o conflicto *output* = desde fuera y hacia fuera del sistema cultural).

27 En el caso de los conflictos intrasistémicos (a diferencia del modelo dual de conflicto extrasistémico —sociedades con pasado colonial y/o sociedades receptoras de inmigración—, la dinámica conflictiva se origina y materializa en un juego dinámico que se constituye del siguiente modo:

28 a. El conflicto intrasistémico cultural se origina por efecto de una disidencia consciente de colectivos sociales objetores de la norma penal.

29 b. Estos colectivos socioculturales, objetores de la norma penal, son parte integrada de la sociedad y de la cultura oficial de dicha sociedad. Cultura que en términos de control y dominación será la mayoría de veces la occidental (de inspiración grecorromana).

desechando los términos anteriores tales como: delincuente por convicción (*Überzeugungsverbrecher*) o autor por convicción (*Überzeugungstäter*). También una evolución histórica sobre el delincuente por convicción, véase, PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, pp. 45-79.

- (31) Un desarrollo medianamente profundo sobre este tema *vide* en PÉREZ ARROYO, M., “Objeción de conciencia y Derecho penal en la actual dogmática penal española”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, pp. 815-876; PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal. Op. Cit.*, Conciencia; MUÑOZ CONDE, F., “La objeción de conciencia en el Derecho penal”. En: SILVA SÁNCHEZ, J. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*; PETERS, K., “Überzeugungstäter und Gewissenstäter”. En: *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, pp. 257-280; ROXIN, C., “Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund”. En: *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, pp. 389-411; entre muchos más.

c. Bajo esta perspectiva se rompe con el criterio étnico de lo diverso en el sentido cultural planteado. Es decir, aquí ya no hay diversidad étnica cultural, sino solo “diversidad cultural”⁽³²⁾. Aquí no hay minorías étnicas culturales sino movimientos culturalmente disidentes. Ello por la connotación que supone lo “étnico”, entre lo cultural, racial y lingüístico que supone socio antropológicamente hablando lo “étnico”. Esto significa, como se manifiesta antropológicamente hablando, que lo cultural se incluye dentro de lo étnico, pero no al revés.

3. Ahora bien, consecuencialmente hablando, como hemos visto, la idea de conflicto es innata a la idea de la diversidad. Conflictos que como hemos visto pueden ser, conforme se analiza, desde la perspectiva de la cultura oficial y dominante, para dentro de sí misma o para afuera: *intrasistémica* y *extrasistémica*. O más precisamente, conforme ya se ha dicho; el *intrasistémico* (o conflicto *in put* cultural = desde dentro y hacia dentro del sistema cultural) y, por otro, el *extrasistémico* (o conflicto *output* cultural = desde fuera y hacia fuera del sistema cultural). Dos ejemplos nos sirven para graficar este postulado:

- (32) Donde se hace una interesante distinción entre “pluralidad cultural” y “multiculturalidad”, véase, BERNALES BALLESTEROS, E. / RUIZ BALLÓN, A., “La pluralidad cultural en la Constitución Peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al Derecho penal”. En: HURTADO POZO, José (director), *Derecho penal y pluralidad cultural*, pp. 34-36: “(...) los términos pluralismo cultural o pluriculturalidad tienden a significar la tolerancia, la equidad y la asimilación entre grupos humanos culturalmente diversos, mientras que el multiculturalismo estaría referido a la mera coexistencia próxima pero compartimentada de diversos grupos humanos encerrados en sí mismos”. A propósito del concepto de cultura, véase, HURTADO POZO, J. / DU PUT, J., “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú”. *Op. Cit.*, pp. 231-234: “La cultura no es algo preexistente, que es simplemente dado a los individuos e interiorizado por estos, sino que es su creación continua y que la transmiten y transforman permanentemente”. Ahora bien, con referencia a los conceptos de “diversidad cultural” y “pluralidad cultural”, estos son considerados por algunos como disímiles, pues consideran que la pluralidad cultural, es la “coexistencia” de varias culturas, que cotidianamente forman parte de los procesos sociales, jurídicos, económicos, etc., a diferencia del concepto de “diversidad cultural, pues, este es la gama infinita de características que encierran a una determinada cultura. En este sentido, además se distancia de las definiciones propuestas por HURTADO POZO y a su vez agrega un nuevo término a la discusión como “interculturalidad”; véase, TUBINO, F., “Interculturalidad: mirando al futuro”. En: *Revista IDEELE*, pp. 50-53: “Multiculturalismo puede ser sinónimo tanto de interculturalidad como de pluriculturalidad. Y cuando hablamos de pluriculturalidad nos referimos a la constatación empírica del país como una realidad social compleja compuesta por una diversidad de culturas híbridas con sus encuentros y desencuentros. Interculturalidad es más bien la propuesta política, el postulado ético-práctico que consiste en plantear, como alternativa a la pluriculturalidad, la puesta en vigencia de un diálogo intercultural, en ‘condiciones de equidad de equidad’ y ‘en el marco de una democracia multicultural deliberativa’”.

- 32 a. En la antigua regulación del Código Penal español, referido al artículo 527.3 y 604 del referido Código (LO 10/1995 de 23 de noviembre)⁽³³⁾. En esta antigua regulación penal referida a los delitos de insumisión⁽³⁴⁾, el objetor de conciencia incumplía su obligación de prestar el servicio militar obligatorio y su prestación social sustitutoria. Ello en razón del ejercicio manifiesto y alegado por quien resultaba reo de este delito, del derecho a su conciencia, religiosidad y libertad ideológica (conforme el art. 16.1 CE o en el art. 2.3 CP), ilimitada e irrestricta en razón de un despliegue connatural del derecho a la dignidad del ser humano, de la persona humana, como pilar fundamental del Estado Democrático y Social de Derecho.
- 33 Este fenómeno de disidencia consciente de la norma penal es absolutamente vigente en los supuestos de los médicos que debiendo realizar el aborto, en los casos permitidos por la ley –bajo un sistema indicativo del caso– no lo hacen poniendo en peligro la vida o lesionando su integridad física o –incluso– su propia vida. Ello en razón de considerar su hipotética conducta exigida por las circunstancias y por la ley, abortiva ciertamente, como *contraria a sus principios morales y éticos*. Con ello, desde la perspectiva española, se habrá de considerar la realización de los tipos penales de lesión (Art. 147 y ss. del CPE o del 121ª y ss. del CPP), de homicidio (Art. 138 y ss. del CPE o del 106 del CPP); entre otros tipos penales. Claramente en estos casos, el conflicto es de dentro del sistema y hacia dentro del mismo (conflicto *input* cultural o intrasistémico).
- 34 b. En el segundo grupo de ejemplos, podemos identificar el siguiente, relativo al conflicto *output* cultural o “extrasistémico”. El de un inmigrante africano, en medio de cualquier sociedad de recepción migratoria europea, que por no permitir que su hija sea desterrada para siempre de su comunidad de origen y ante la idea de regresar a su pueblo, aun luego de mucho tiempo de transcurrida su migración a Europa (fenómeno que es conocido como “mito del retorno”), siendo que por efecto de dicho “mito (...)”, se llega a circuncidar al varón o, incluso, mutilar el clítoris de las niñas (ablación del clítoris)⁽³⁵⁾. La

(33) Artículos del Código Penal de España que fueron derogados y dejados sin contenido normativo por efecto de la LO 3/ 2002 de 22 de mayo.

(34) La insumisión fue un movimiento antimilitarista de desobediencia civil el ejército que existió en España desde finales de los años ochenta hasta la desaparición del Sistema Militar Obligatorio a mediados de los noventa.

(35) Mito del “retorno”, en su perspectiva socioantropológica, puesto en evidencia para el Derecho penal por Gladys IRIGOYEN en IRIGOYEN FAJARDO, G., “Control penal y diversidad cultural”. En: *Conflicto social y sistema penal*, pp. 86-87. Explica esta autora que “(...) los casos vistos en los tribunales, trata de familias gambianas o del Senegal que han inmigrado por diversos motivos, generalmente económicos, con la esperanza de ahorrar para mejorar su nivel de vida al retornar (cita entre otros el Informe Fiscal del 25/02/93 y el auto dictar por el Juez Instructor en las Diligencias

realización de tipos penales, observados a partir de la verificación de las conductas así descritas, son inequívocamente los referidos al de lesiones y contra la vida, entre otros (conforme están establecidos en el artículo 138 y ss. y artículo 147 y ss. del CPE).

En lo que respecta al contexto latinoamericano, particularmente el caso 35 peruano, que por motivos de ascendencia cultural y por así condicionarse por su medio rural y sus propias costumbres contrae lo que se ha conocido de siempre como “matrimonios de prueba”, o *timpanakuspa* o *servinackuy*, con jóvenes menores de 18 años —y con mayor rigor con menores de 16 y 14 años, según convenga el caso— (al margen de considerar como irracionalmente ha concebido la norma penal modificada por la Ley 28704 del 5 de abril de 2006 que la tutela penal de la “sexualidad” incluso abarca a los menores de 18 años), las relaciones sexuales obvias con dichas menores, realizando ciertamente el delito de violación presunta relativa a la lesión de la indemnidad sexual supuesta en las agresiones sexuales contra menores, conforme al artículo 173 —*in extenso*— del Código Penal peruano. Entre muchos ejemplos más que nos ofrece la antropología jurídica a modo comparado.

4. Bajo estas perspectivas, entonces y redondeando las ideas plantea- 36 das en los apartados anteriores. Se puede identificar que existen dos niveles diferenciados de conflictos culturales: uno que es meramente subjetivo cultural y otro que es étnico cultural. En este sentido, los términos que utilizo en torno a diferenciar los tipos de conflicto cultural que surgen a propósito de la interrelación cultural entre “mayoría” y “minorías”, culturalmente hablando, derivan en que, tanto lo “subjetivo cultural”, como lo “étnico-cultural (objetivo cultural)”, si bien es cierto responden a una sola consecuencia, es decir a problemas de comprensión, asimilación o interiorización de la

Previas 0066/93-E de Mataró en Barcelona). Establece la autora que, usualmente migra primero el padre, luego el resto de la familia, utilizando las normas sobre reagrupación familiar, pero también logra traer a familiares directos sin el respectivo permiso de trabajo y residencia. Los ingresos del conjunto familiar son pocos, alicaídos aún más por la presencia de miembros de la familia que no pueden alcanzar una plaza laboral formal (debido a la ausencia de los permisos de trabajo y residencia antes dichos), con lo que se incrementa la precariedad económica y la no integración social respecto del colectivo a donde pretenden insertarse. Todo ello hace que se incremente la añoranza por sus orígenes y el deseo de volver (mito del retorno). Con esto se originan sociedades secretas de hombres y mujeres que viven en medio de una cultura a la que sienten ajena e incluso agresiva contra sí mismos, por lo que procuran que sus hijos no rompan el vínculo cultural y social que significa la pertenencia del padre a la tribu, a la nación de la cual son nativos. Con ello, se establece la necesidad de respetar los ritos de iniciación dentro del colectivo étnico como son el de la circuncisión masculina y la ablación del clítoris de las niñas. Sin estos ritos no se acepta a los nuevos miembros, lo que se debe evitar por los padres dada la fuerza motivadora del llamado ‘mito del retorno’”.

norma; responde también a criterios de fundamentación distinta. En el primer caso, de lo “subjetivo cultural”, se atiende a la naturaleza individual del conflicto y los conflictos que a partir de él se desarrollan. Es decir, su condicionamiento se genera por la vinculación a “imperativos” que le obligan a actuar de una manera distinta a lo organizado y estructurado por el Estado, eminentemente formal y oficial y adecuado por cierto a las reglas de socialización dominante. En cambio, en el segundo caso, de lo “étnico-cultural”, su fundamento responde a las condiciones históricas y sociales de un espacio determinado de modo distinto —objetivamente— a las construidas por el Estado formal y oficial, como vinculantes para todos sus componentes individuales. Aquellas otras reglas y normas de conducta, construidas de modo extraproceso de socialización, ajeno al que marca la pauta formal con que se nutre el Estado oficial y su sociedad que le da cobijo, forma parte íntima del propio sujeto. Siendo así, dichas reglas individuales le orientan y determinan en su conducta de modo absolutamente ajeno a lo que el Estado y la sociedad que le da cobijo entienden como “funcionalmente arregladas a sus marcos de adecuación y conformidad”; todo lo cual generará en el individuo una serie de conflictos de orden a su conducta social y relacional con el resto de la sociedad en donde él se inserta o pretende insertarse. Conflictos que en sus mayores y críticas manifestaciones tendrán que ver con el ámbito de regulación del sistema penal.

37 Bajo estos parámetros de diferenciación y argumentación material respecto de los tipos de conflicto y las consecuencias derivadas de estas, podemos proponer a su vez, dos tipos de conflictos, como ya lo anticipamos de antes:

38 a. El conflicto cultural *intrasistémico*, o *input cultural conflictivo*; explicado dicho conflicto desde dentro del sistema y hacia dentro del mismo. Contiene los casos, como se ha visto, de disidencia y objeción de conciencia que un individuo plantea a su propio Estado en razón de su libertad ideológica, de religión o de conciencia. Estos casos se han dado mayoritariamente en el ámbito de los delitos así llamados de conciencia, materializados, hasta ahora, en los casos de objeción a los tratamientos médicos y de insumisión militar, en el caso español. La norma constitucional habilitante a estos efectos, en el caso español, está dada por el artículo 16 CE, de la mano de un conjunto de Sentencias tanto del Tribunal Supremo (en su Sala Segunda) como del propio Tribunal Constitucional; que lo reconocieron —derecho a la objeción de conciencia— y que le asignaron, por lo menos, efectos de atenuación genérica de pena sobre la base de la afección directa al principio de culpabilidad.

Todo ello, como se puede apreciar, motiva un problema de motivación 39 normativa que se genera dentro del propio sistema cultural –jurídico– y hacia dentro del mismo, en donde el objetor de conciencia, disidente del cumplimiento del deber normativo, cuestiona la obligatoriedad jurídica de la norma y se niega a cumplirla, alegando para ello motivos personales de conciencia e ideología y motivando dichas alegaciones sobre la base del ejercicio pleno e irrestricto del derecho a la libre valoración y de conciencia, a la vez que libertad ideológica y hasta religiosa.

b. El conflicto cultural *extrasistémico*, o *output cultural conflictivo*. En este 40 nivel conflictivo, los motivos de condicionamiento cultural provienen de fuera del marco cultural de referencia normativa. Este condicionamiento cultural se origina y motiva en el seno de una cultura distinta, foránea respecto del marco de referencia cultural normativa. Ambas se encuentran, precisamente, en esta lógica convivencial de orden conflictivo producto de los procesos migratorios a la vez que por efecto de los procesos de colonización histórica y conquista observados tanto en África como América Latina, preferentemente. En la realidad europea y de los países receptores de este tipo de *conflictos culturales extrasistémicos* se produce por efecto de la confluencia de valores ético sociales y culturales distintos; tanto de la cultura receptora –de los países europeos receptores– como de la cultura inmigrante (latinoamericana, africana)⁽³⁶⁾. Estas conductas de los colectivos inmigrantes están condicionadas indefectiblemente por sus culturas de origen y se hacen más evidentes cuando el país receptor de inmigración carece de políticas sociales de inserción sociocultural y que, al contrario de ello, propicia conductas xenófobas y racistas, lo que motiva, al contrario de lo esperado –en términos de integración– la formación de circuitos culturales ajenos a la cultura oficial. De este modo, estos colectivos inmigrantes terminan por producir conductas que se subsumen a tipos penales concretos y que se sancionan con penas privativas de la libertad por la cultura oficial, receptora de inmigración.

Esto ocurre también en las sociedades de pasado colonial, originando 41 que las leyes y las normas de conducta de la cultura dominante terminan por imponerse a modo de cultura oficial, desplazando a las otras culturas nativas

(36) Acerca de la situación conflictiva entre las “culturas distintas” (inmigrantes) con respecto a las “receptoras”, véase, FACCHI, A., “Mutilaciones genitales femeninas y Derecho positivo, en derechos de las minorías en una sociedad multicultural”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11, pp. 143-167. También, ÁLVAREZ DORRONSORO, I., “Tradición y discriminación: los alardes de Irún y Hondarribia”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11, pp. 169-179; MIKUNDA FRANCO, E., “La cultura islámica y los derechos humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11, pp. 181-223.

en razón de su estatus de culturas subyugadas y criminalizando muchas veces, los usos y costumbres –conductas condicionadas por su cultura– de dichas culturas nativas y elevándolas como se ha dicho a la categoría de delitos (ejemplo del servinakuy –matrimonio de prueba con menores de 14 años).

42 Desde esta perspectiva el modelo bitipológico de conflictos extrasistémicos así propuesto en este trabajo, de las sociedades étnica-culturalmente diversas, se mantiene (sociedades de conflicto extrasistémico –de orden a los factores migracionales y de orden a los factores históricos de pasado colonial y conquista–), considerando claro está la novedad que significa la incorporación de los colectivos sociales disidentes, objetores de conciencia y cuestionadores de la validez y eficacia de la norma jurídica estatal, pero tal y como hemos dicho, solo desde una perspectiva *intrasistémica*.

43 Por el momento, en este trabajo, solo nos vamos a ocupar de las primeras, en donde el conflicto cultural se presenta de modo *extrasistémico*, con especial relevancia de las sociedades latinoamericanas.

IV. Las opciones del Derecho penal frente a la diversidad étnica y cultural en Latinoamérica

44 En Latinoamérica todas las sociedades tienen pasado colonial y han sido objeto de invasión y conquista ocurrida como hecho histórico desde el descubrimiento de América para Occidente en 1492. El conflicto sociocultural en estas sociedades por tanto es de orden *extrasistémico*.

45 Los datos demográficos y estadísticos de esta afirmación son patentes. Los casos más interesantes en este sentido son los que se presentan con Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú. La importancia e interés que despiertan estas cuatro realidades sociales latinoamericanas no se derivan del porcentaje poblacional y demográfico de los colectivos nativos; aun cuando en el caso de Bolivia, dicho porcentaje llega a más del 50 % de la población total del país. El interés que despierta entonces estas realidades se deriva de las soluciones legislativas existentes en dichos países, en especial el caso colombiano. En este sentido se analizarán los diferentes modelos penales existentes en dichos países –dando énfasis al Perú– modelos de política criminal que se han estructurado desde el Derecho penal en relación con este fenómeno de la diversidad étnica y cultural.

46 1. Modelos de política criminal con relación a la diversidad étnica y cultural en América Latina: “El preservacionismo” vs. “El integracionismo”.

Han sido y son, hasta hoy, dos criterios los que han imperado en Latinoamérica y algunos países del orbe —con similares problemas de diversidad étnica y cultural—. Estos dos criterios son los relativos a los siguientes:

a. *Quién ha de juzgar* al nativo que incurra en una conducta calificada como punible por la ley penal oficial, occidental, de la cultura dominante.

b. *Cómo ha de juzgarse* al nativo que, por una cuestión de descontextualización de su cultura, respecto de su propia conducta, termina realizando un tipo penal concreto, sancionado con pena privativa de libertad como delito, por la ley penal de la cultura oficial, dominante, occidental. Conducta delictiva que realiza aquel nativo en razón de una, como se ha dicho, descontextualización de su conducta condicionada por su propia cultura⁽³⁷⁾.

Bajo estos dos bloques de cuestionamientos, también se han estructurado dos bloques de respuestas. Estas son:

2. Desde la perspectiva señalada de *quién ha de juzgar al nativo que realiza una conducta calificada como punible* por la ley penal oficial, se reconoce un conjunto de esquemas teóricos fundamentales:

a. *El preservacionismo*.— Esta perspectiva *preservacionista* (de las culturas nativas), postulada por GLADYS YRURETA, entre otros, es calificada por la autora como solución “directa y total”⁽³⁸⁾. Según esta posición:

i. Los grupos humanos no integrados a la civilización occidental no deben ser regidos por las leyes ajenas a su cultura, elaboradas por el hombre “civilizado” con base en esquemas culturales que no han sido asimilados (y que resultan difícil de serlo) por los nativos. Por el contrario, lo único que se debe hacer es *reconocer esa normatividad aborígen como verdadero “derecho”, y debido a su probada eficacia, darle el reconocimiento como tal por el Estado*⁽³⁹⁾.

(37) Cfr. BENÍTEZ NARANJO, H., *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculabilidad?*, pp. 164-177.

(38) YRURETA, G., *El indígena ante la ley penal*, pp. 116-117, Como consecuencia de ello, una de las primeras soluciones que plante esta autora consiste en que la sociedad dominante reconozca como vigentes y válidas las normas de conducta social y de las sanciones que imperen en los grupos aborígenes, y permite que ellas sean aplicables por los mismos órganos que tienen establecidos para tal efecto.

(39) En el Perú, una posición similar ha sido esbozada, en términos de estructuración de un subsistema penal por FOY VALENCIA, aunque de modo limitado para los “indígenas” amazónicos. Cfr. FOY VALENCIA, P., *Bases para un subsistema penal aplicable a nativos. Fundamentos para el juzgamiento penal a indígenas amazónicos*, p. 56 ss.

54 ii. Dichos grupos humanos *no deben ser sometidos a la Jurisdicción del Estado que los domina*. En esta perspectiva, se explica que *se deben crear jurisdicciones especiales a cargo de las comunidades nativas*. Esta opción fundamenta a la vez, una postura pluralista del Derecho explicada con base en la existencia de un Sistema normativo distinto al occidental (otro derecho) que justificaría tal jurisdicción especial⁽⁴⁰⁾.

55 Esta postura se sustenta claramente sobre la base de dos instrumentos internacionales como son el informe de la Conferencia Internacional sobre discriminación contra las poblaciones indígenas en América (Suiza, 1977) y el Convenio OIT/107 (actualizada al Convenio OIT/169). En ambos casos con un precedente común: *El proyecto de Levingstone para el Estado de Lousiana, en Estados Unidos de Norteamérica*⁽⁴¹⁾.

56 b. El *Integracionismo occidentalizador*. Una segunda postura en este primer gran bloque lo constituye la corriente *integracionista con base occidentalizadora*. Según esta postura, se tiende a una asimilación de la cultura nativa respecto de la occidental. Esto es, la occidental absorbe, occidentaliza a la cultura nativa. Así, se mantiene la vigencia de las particulares reglas de conducta social dejando que los nativos impongan sus propias formas de control social, siempre y cuando estas no vulneren el orden público, principios morales o “acción civilizadora estatal” de la cultura dominante⁽⁴²⁾. Esta postura tiene sus antecedentes en los *regímenes jurídicos de las colonias imperialistas del siglo pasado e inicios del presente, principalmente la italiana y española*.

57 i. En lo que respecta a la italiana⁽⁴³⁾ se tenía el Decreto-Ley 1019 (Art. 31).

58 ii. España, por su parte, explica a través de Cuello Calón un régimen de respeto a las costumbres y tradiciones de los “indios no emancipados” en tierras de dominio español en donde el juzgamiento de tales conductas criminales

(40) En el Perú esta postura ha sido defendida por Raquel IRIGOYEN FAJARDO, Patricia URTEAGA CROVETO, Antonio PENA JUMPA, principalmente. Cfr. IRIGOYEN FAJARDO, R., “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos”. En: *Desfaciendo entuertos*, pp. 19-26.; IRIGOYEN FAJARDO, R., “Alcances, límites, consecuencias y retos. Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”. En: *Desfaciendo entuertos*; URTEAGA CROVETTO, P., “Pluralismo legal y semiautonomía”. En: *Desfaciendo entuertos*, pp. 15-19; PEÑA JUMPA, A., “La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la Constitución peruana. Pluralismo jurídico en el Perú”. En: *Desfaciendo entuertos*, pp. 11-26.

(41) BENÍTEZ NARANJO, H., *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?* Op. Cit., pp. 164-165.

(42) Ibídem, p. 166.

(43) Cfr. MANZINI, V., *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, pp. 335-339.

estaría a cargo de sus estamentos de control social, así como la permisión de utilizar sus propios criterios. Nótese que se establece, por un lado, un “mientras no se emancipe” y “una permisión”. Posturas de corte temporal con miras a una integración con bases occidentalizadoras. Tal valor de respeto a las costumbres, entonces según el decreto 10/1938 (Arts. 7 y 8) tenía dos niveles: que *el indígena no esté emancipado* y que *se respete* “la moral pública, el orden y la acción civilizadora de España”.

En perspectiva similar, se pronuncia el Convenio OIT/169 (Art. 8 inc. 59 2). La cuestión que difiere aquí, respecto de lo que hemos venido sosteniendo líneas arriba se deriva de la cuestión de los valores ético sociales y culturales con que se enarbola en este caso. Con el asimilacionismo se enarbolan los valores de orden originario de la cultura nativa. Mientras que la opción conforme al Convenio OIT/169, antes expuesto, se centra en el concepto de derechos humanos, concepto que se ha venido desarrollando y moldeando conforme a una corriente cada vez más creciente del reconocimiento de los derechos de la persona humana, por el solo hecho de serlo, como una condición innata y soberana de esta, sin reconocimiento de nacionalidades, razas, géneros ni mucho menos credos o ideologías. Así, el artículo 149 de la Constitución Política del Estado peruano se manifiesta en este mismo sentido. Al igual que ella, la Constitución boliviana (Art. 171 de su constitución) y la colombiana (Art. 246 de su Constitución). De corte tolerante y asimilacionista.

3. Por otro lado, y conforme a la lógica planteada en párrafos anteriores, 60 se plantea que desde la perspectiva de *cómo ha de juzgarse al nativo que realiza una conducta calificada por la Ley penal oficial como punible, condicionado por su cultura nativa*, se pueden estructurar hasta dos niveles de respuesta fundamental:

a. *Modelo de solución preservacionista*, respecto del cómo ha de juzgarse al 61 nativo. Al igual que la primera cuestión planteada, de esencial base procesal, estas corrientes han estado ataviadas por un conjunto de argumentos “románticos” y de “buenos deseos”. Inspirada también sobre la base de los mismos instrumentos internacionales antes citados (convenios OIT), han pretendido sustraer del Derecho penal sustantivo a los sujetos de cultura nativa. El razonamiento de exclusión total se centró sobre la polémica “Teoría del pluralismo jurídico” según la cual *cuando estamos frente a un grupo social determinado, con usos y costumbres diversas, se está frente a una cultura “distinta” que fundamenta y produce también un orden normativo distinto, paralelo e inconfundible con los valores ético sociales, culturales y normativos de la cultura oficial, dominante, occidental*. En esta línea, propiamente dicha, se han pronunciado los teóricos de la antropología jurídica con propuestas pluralistas.

- 62 b. Modelo de solución *integracionista con base occidentalizadora*. Según este esquema, existen dos posibilidades de solución. El primero que pretende como finalidad que las sociedades nativas se integren al marco de socialización occidental o; segundo, que las sociedades lleguen a ella a modo de buscar una sociedad plena. Estos dos submodelos se desarrollan de la siguiente manera:
- 63 i. *Modelo estricto*. Aquí, se trata de valorar la conducta del “nativo” partiendo plenamente de nuestros propios presupuestos normativos. En este nivel se ubican las *soluciones técnico-jurídicas* de orden penal. De este modo, lo que la historia del Derecho penal peruano y latinoamericano nos demuestra es un largo recorrido de discriminación e incomprensión del problema de la diversidad cultural en el Derecho penal. Así, tenemos las opciones principales de la *inimputabilidad* (modelo boliviano, colombiano y con algunos matices, el peruano de antes de la reforma de 1991), y *el error* (como juicio de exclusión de culpabilidad –solución, que posibilitó una práctica jurisprudencial de corte integrador con el Código Penal peruano de 1924 y que remitía este problema a esquemas de *error e inimputabilidad*–). Esta línea de solución legislativa –parcialmente– fue acogida también por el legislador peruano del Código Penal peruano de 1991, ajustándose más bien a un modelo *tolerante* antes que *integrador* en el sentido *estricto* del modelo.
- 64 Ahora bien, en forma paralela se ha argumentado y fundamentado otros sistemas de caracteres autónomos y mixtos, pero que en esencia se han movilizado dentro de los dos conceptos antes enunciados. Estos sistemas argüidos, en sus fundamentos, no causan convicción de nuestra parte. La razón para esta opinión versa en que consideramos que parten de bases incorrectas a la vez que carecer de sistemática jurídico-penal así como la utilización errónea y antojadiza de los términos y conceptos dogmáticos penales.
- 65 En un *primer apartado*, se ubican un conjunto de propuestas llamadas “minoritarias”, de estricto orden teórico, según las cuales el problema que nos avoca se circunscribe al ámbito dogmático penal de “las causas de justificación” en el Derecho penal. En esta línea de interpretación dogmática se ubica el criterio de la “ponderación de intereses” como juicio de justificación. Aquí se precisa, a los efectos de ponderar justificativamente, de la presencia de uno o unos bienes jurídicos que se confrontan con otros en razón de un conflicto específico, ponderándolos, y estableciendo, luego del juicio de justificación, una solución de integración normativa (lo justificado no resulta antijurídico) y, dependiendo de la opción dogmática penal con que se analice el tipo penal realizado por el agente, estaremos ante una conducta típica pero justificada

(teorías finalistas) o, en su defecto, ante una conducta atípica –por efecto de la justificación normativa– (teoría de los elementos negativos del tipo).

Bajo esta perspectiva, los bienes jurídicos a ponderar serían por un lado 66 tanto la identidad cultural como el derecho a la diversidad cultural; en términos de derechos fundamentales. En el lado adverso, se sitúa el derecho del sujeto lesionado en su derecho y el correspondiente del Estado en razón de la obligación que tiene de preservar el orden social por encima de cualquier derecho fundamental; estableciéndose, en este sentido, los criterios de ponderación así como la solución de integración normativa a que se llegue luego del juicio de justificación; que, en este caso, se fundamentará sobre la base del ejercicio de legítimo de “un derecho fundamental”⁽⁴⁴⁾. Esta solución trae un sinnúmero de problemas y tampoco creemos que es la correcta.

ii. *Modelo tolerante*. Este modelo lo podemos denominar también de *exclu- 67 sión formal relativo (de corte asimilacionista)*. Según este, el Derecho penal solo entrará a juzgar a los nativos que delincan vulnerando los derechos fundamentales. Este “entrar a juzgar” a los nativos supone no solo un órgano de resolución de justicia distinto al ordinario (perspectiva antes enunciada en el apartado procesal correspondiente); sino también el de la utilización de las categorías penales de asignación y exclusión de responsabilidad penal, en definitiva, del Derecho penal propio de la cultura occidental oficial. Para este sector de la doctrina, el Derecho penal sustantivo sirve como filtro de tolerancia de *ultima ratio*, ya que si el modelo procesal integrador (de jurisdicción especial relativa –asimilacionista–), falla en su propósito conciliador, entonces el Derecho penal se encargará de valorar de acuerdo a sus categorías occidentales el comportamiento desviado. Valoración que deberá atender a un reconocimiento implícito de derechos y garantías que la Ley y la constitución reconocen por efecto del marco y modelo constitucional de Estado del que parte y donde finalmente se asienta el sistema penal.

Este modelo es propio de aquellos países en donde no existe una jurisdic- 68 ción especial absoluta sino solo parcial o relativa. Modelo que el Perú posee, por efecto de la coexistencia del artículo 149 de la Constitución Política del Estado de 1993 y el mencionado artículo 15 del Código Penal peruano vigente desde 1991 (D. Leg. N° 635).

(44) Cfr. GARCÍA VITOR, E., *Diversidad cultural y Derecho penal. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos*, pp. 3-41.

V. Modelos penales nacionales en Latinoamérica con relación a la diversidad étnico-cultural (el caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú)

- 69 En Latinoamérica, aquellos Estados cuyo derecho ha incardinado en sus sistemas normativos, el problema de la diversidad étnica y cultural por reconocimiento expreso a la existencia de las minorías étnico y culturales nativas⁽⁴⁵⁾; la respuesta del Estado de su política criminal no han sido iguales. En el caso peruano, por ejemplo, y para citar introductoriamente el tema que nos aboca en este apartado, desde la promulgación del Código Penal de 1991, se instauró para el Derecho penal de este país y como propuesta a la dogmática penal occidental, una institución de familia troncal al error en el Derecho penal, pero de contenido y configuración distinta: el error de comprensión culturalmente condicionado, regulado así en el artículo 15 del Código Penal.
- 70 Otra ha sido la realidad normativa de los demás países de la órbita latinoamericana:
- 71 1. En lo que respecta al modelo penal del Estado de Bolivia, en su artículo 17.5 (relativo a la inimputabilidad), establece que la condición de “inimputable” le corresponde al “indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización”. Luego en cambio, el “indio aymara”, propio de las alturas de su territorio, es acreedor de una atenuación penal, con base en un razonamiento de restricción de la imputabilidad o disminución de la misma por motivos culturales ⁽⁴⁶⁾.

(45) Anton FREITAG calcula que hacia 1492 Norteamérica era habitada por un millón de indios, aproximadamente; México, por unos seis millones; y Sudamérica, por quince millones (FREITAG, A., “Indianer”. En: *Lexikon für Theologie und Kirche* T. V, col. 382, citado por: HÖFFNER, J., *La ética española del Siglo de Oro. Cristianismo y dignidad humana*, p. 132, especialmente nota a pie 16. Variante, aunque con ciertas modificaciones, se sigue manteniendo. Actualmente, según el censo poblacional de grupos étnicos nativos en América antes citado (*vide ut supra*), Guatemala, de un total de 10 300 000, son indígenas 4 945 511 –48,01 %–; Bolivia de un total de 8 200 000 habitantes, 4 142 187 son indígenas –50,51 %– (entre andinos y amazónicos); Colombia, de un total de 35 600 000 habitantes, 620 000 son indígenas –1,74 %–; Perú, de un total de 22 900 000 habitantes, 8 793 298 son indígenas –38,39 %–. Como vemos, los casos más saltantes corresponden a Bolivia, Guatemala y Perú, que ocupan los tres primeros puestos en cantidad de población indígena en el total de su masa poblacional. El caso de Colombia, aunque ocupa el puesto número 16, dentro de la tabla poblacional elaborada por el Instituto Indigenista Americano, no deja de ser menos importante por la relevancia jurídica que le ha dado a la solución de este problema.

(46) Artículo 17.5 (atenuantes generales): “Podrá también atenuarse la pena: (...) 4) cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la Ley”. Léase este artículo en concordancia con la norma del artículo 18 del CP boliviano.

2. En lo que respecta al modelo penal del Estado de Guatemala, salta a la vista que a pesar de contar con una población indígena que bordea el 48 % de su población; no reconoce en su lógica normativa ningún reconocimiento expreso a la criminalidad que se origina por la descontextualización del hecho culturalmente diverso; materia de este estudio⁽⁴⁷⁾

3. El Estado colombiano, sin embargo, tiene una lectura particular. En su artículo 33 de su Código Penal, establece claramente como solución al problema de la criminalidad de los hechos culturalmente descontextualizados a la institución de la inimputabilidad. En dicho Código⁽⁴⁸⁾ se establece que es inimputable “la persona que no tiene la capacidad de comprender la licitud de sus actos por causas biológicas y psicológicas”. Es decir, *sin reparo alguno*, establece que quien comete un delito, condicionado por su cultura, es un inimputable. En el artículo 69 inciso 4, del mismo Código estatuye como medida de seguridad para este tipo de inimputables “la reintegración a dicho medio cultural propio” medida que será aplicada de acuerdo al artículo 73 el mismo que indica: “La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca”.

Esta forma de solución es aceptada por una parte de la doctrina colombiana, entre ellos REYES ECHENDIA, quien afirma que los indígenas no pueden estar exceptuados de cumplir la ley colombiana: “(...) siendo la actividad psicofísica del agente presupuesto de su responsabilidad y estando las condiciones los indígena de desplegar una tal actividad, se concluye que pueden realizar conductas típicas”. En sentido parecido en el Perú, HURTADO POZO, sostiene la innecesariedad del artículo 15 del Código Penal; ya que su contenido puede ser subsumido en el artículo 20 inciso 1 de nuestra normativa penal⁽⁴⁹⁾, es decir, para dicho autor peruano residente en Suiza, un individuo

(47) En este sentido cabe anotar la concordancia hecha por Luis BRAMONT-ARIAS TORRES al asimilar “la falta de ilustración” del inciso 9 del artículo 26 del CP de Guatemala al problema que nos aboca. Cfr. BRAMONT-ARIAS, L. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Código Penal anotado*, p. 149.

(48) Textualmente establece este Código que: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.

(49) Establece José HURTADO POZO: “En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del artículo 15 del Código Penal peruano, expuesta en la exposición de motivos del Proyecto, en el artículo 15, debido al contexto normativo en le que debe ser interpretado, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de ZAFFARONI para estatuir una circunstancia de inculpabilidad”. Claro esto sin ubicarlo

culturalmente diverso debe ser tratado como un “inimputable”. Como se apreciará más adelante, esta forma de solución a todas luces es inadmisibles por ser discriminadora, etnocentrista e inhumana al equiparar las causas (bio-psicológicas) de la inimputabilidad con las condiciones de la diversidad cultural. Contiene un desprecio execrable a las formas culturales y nativas más íntimas de la población semicontactada y no contactada; o deficientemente contactada, desconociendo por cierto dada su lejanía para con el país, el modo y forma como la justicia penal se materializa en nuestro país.

- 75 4. *El caso peruano*, ya lo anticipamos en la introducción de este apartado, lo podemos ubicar en dos fases: antes de la reforma penal de 1991 y posterior a ella. En el *primer momento*, antes de la gran reforma penal de 1991, con el Código Penal de 1924 y toda la historia y tradición jurídico penal que venía con él, la opción político criminal de orden penal no precisó una respuesta exacta al problema, reduciendo al indígena a un plano de miserabilidad arcaica y anteponiéndole un sistema penal con bases paternalistas. En este sentido, los artículos 44 y 45 del citado Código Penal peruano de 1924 hacían referencia a los “salvajes” e indios “semicivilizados” o “degradados por el alcohol y la servidumbre”⁽⁵⁰⁾. A su vez, el Código Penal peruano de 1924 con su opción causalista (culpabilística), estableció dos formas de error: de *hecho* y de *derecho* (Art. 87 CP-1924)⁽⁵¹⁾. Lo que hizo posible que la judicatura no solo pudiese

en el mismo nivel que las causas clásicas de inimputabilidad, en este sentido dice: “[L]a noción de incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un tratamiento peyorativo de las personas consideradas como tales por razones culturales, ya que en buena cuenta la declaración de los inimputables con relación a los enfermos mentales no constituye tampoco un juicio de valor negativo sobre su dignidad personal”. Cfr. HURTADO POZO, J., *Art. 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* En nuestra opinión, si bien es cierto que la incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un trato peyorativo, sí apertura una línea de trato peyorativo y de calificación indigna en sus derechos fundamentales, sobre todo al de la igualdad y de modo absoluto en cuanto a su propia dignidad. El trato legal en el Perú, en Latinoamérica, no es solo una cuestión de orden jurídico, como si pudiera serlo en Europa –país desde donde escribe HURTADO POZO–, sino también político y democrático, en el sentido de la democratización de la administración de justicia.

- (50) Dicen los respectivos artículos: artículo 44: “Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su situación especial, y podrá sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por un tiempo que no excederá de 20 años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si fuese cometido por un hombre civilizado (...)”; artículo 45: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de su cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlo, prudencialmente (...)”.
- (51) Estas dos formas de error (*error facti* y *error iuris*) hoy han pasado ser historia del desarrollo del Derecho penal. Como es por todos conocido, actualmente se habla de “error de tipo” y “error de prohibición”, dado que un error de hecho puede ser error sobre los elementos fácticos como sobre el derecho. Esto como consecuencia no de la distinción entre lo objetivo para el injusto y lo subjetivo

atenuar las penas a imponerse por hechos culturalmente condicionados bajo la excusa de ser “salvajes”, “semicivilizados” o establecer, conforme la propia legislación de aquella época, un régimen de ejecución penal acorde con su condición (colonias penitenciarias), llegando incluso a absolverlos en algunos casos a causa de dicho condicionamiento cultural, traducido en este sistema penal del siglo pasado, a un error de derecho. Esta solución llegó gracias a una suerte de integración de normas penales como las ya referidas⁽⁵²⁾, y gracias a la cual logró establecer una fórmula de exclusión de responsabilidad penal y, en algunos otros casos, de atenuación de la misma⁽⁵³⁾.

Con posterioridad y a partir de la promulgación del Código Penal peruano 76 de 1991 —actualmente vigente—, se recogieron lo que aparentemente significó los postulados más modernos de nueva dogmática penal relativa al problema de la diversidad cultural y Derecho penal, resultado del progresivo avance del respeto a la dignidad del ser humano y la concientización que somos un país “pluricultural” e “intercultural”; un Estado sentado en varias naciones y no en una sola, como se ha acreditado por razones suficientemente demostradas por la propia historia y la realidad social peruana. En efecto, el artículo 15 del Código Penal de 1991 estableció una fórmula de exclusión de la responsabilidad penal y de atenuación de la misma sobre la base del desarrollo dogmático

para la culpabilidad, sino por que son errores que se analizan en dos categorías diferentes de la teoría del delito: el error de tipo se analiza en la tipicidad y el error de prohibición en la culpabilidad. Véase WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Op. Cit.*, p. 197. En este sentido resuelve correctamente el artículo 14 del vigente Código Penal.

- (52) Véase en el Perú, las ejecutorias supremas —resoluciones judiciales expedidas por la última instancia del Poder Judicial peruano, similares a las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español) N° 1443-85 (Ayacucho). Delito de tráfico ilícito de drogas: errónea apreciación de los hechos, artículo 87: “El acusado por su escasa cultura, al ser solamente contratado para trasladar un paquete que contenía un kilo con setecientos treinta gramos de pasta básica de cocaína de un extremo a otro de un puente, ha incurrido en una errónea apreciación de los hechos a que se refiere el artículo 87 del Código Penal, no siendo de aplicación los artículos 95 y 99 del acotado Código, estando a la forma y circunstancia en que se perpetró el ilícito penal”; su vez, la Ejecutoria Suprema, en el R.N. 17-85 (Junín), tráfico ilícito de drogas: error de derecho: “[E]l sembrío de hojas de coca realizado por integrantes de una comunidad nativa (...) no puede reputarse delictual, por cuanto —siguiendo antiguas tradiciones— utilizaban la coca para *chacchar* y desconocían que debían tener autorización para su cultivo”; entre otras.
- (53) En el este mismo sentido, pero interpretando la historia jurídica colombiana, se pronuncia la Corte Constitucional colombiana: “Tradicionalmente, el indígena era considerado como un menor de edad, un salvaje que por su clara posición de inferioridad ante el hombre blanco debía ser civilizado y sometido a una tutela paternalista. Dentro de esta perspectiva fueron promulgadas normas como la Ley 11 de 1821 que lo exoneraba de los costos que suponía un proceso, asimilándolo ‘a los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables’; o la Ley 153 de 1887 que establecía, entre otras disposiciones, que los ‘bárbaros’ que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de esta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir rebaja de pena” (Cfr. Sentencia T-728/02).

de lo planteado por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: el error de comprensión culturalmente condicionado.

77 A su criterio las personas que pertenecen a culturas diferentes de las occidentales (indígenas o nativos en nuestro medio) se encuentran bajo un error directo de prohibición: la persona puede conocer la norma prohibida, pero no se le puede obligar su comprensión o asimilación, no se le puede imponer su interiorización y hacerlo parte de su aspecto valorativo. Es decir, todo el peso de la solución recae sobre el juicio de culpabilidad antes que de su presupuesto en este caso construido sobre el concepto mismo de imputabilidad penal (capacidad de culpabilidad). En cuanto a sus efectos, sostiene ZAFFARONI que el 'error culturalmente condicionado' será por regla general un error invencible de prohibición que excusará la culpabilidad. Siguiendo estas ideas, el CP peruano de 1991 optó por la solución legislativa que, al momento de su promulgación, parecía el más correcto y compatible con las legislaciones internacionales sobre derecho humanos: el error (en su variante latinoamericana de "comprensión culturalmente condicionado").

78 Paralelo a todo este desarrollo legislativo, operó en Bolivia, Colombia y Perú cambios constitucionales de trascendental importancia en lo referido al tema que nos ocupa, vinculados todos con un criterio de adecuación normativa al régimen internacional de celebración de pactos y tratados sobre esta materia. Así tenemos al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* —artículo 27—⁽⁵⁴⁾ y el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* —*Convenio 169*, artículo 8—⁽⁵⁵⁾. De este modo, dicha adecuación legal de los ordenamientos en los países mencionados se ubicó en la base misma de sus ordenamientos. En lo que respecta a Colombia, según la Constitución de 1991 (Arts. 7, 246 y 286), se estableció un reconocimiento a la diversidad cultural,

(54) "En los Estados en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

(55) Dice el artículo 8 de dicho Convenio cuando se refiere a las culturas minoritarias:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

autodefiniéndose —en dicha Constitución— como una sociedad de características culturalmente diversas y pluriétnica —como no podía ser de otro modo—. A su vez, estableciendo una jurisdicción especial —similar a la que sustenta la jurisdicción privativo militar— relativa a las comunidades indígenas. En estas —reza así el texto constitucional colombiano— se “podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (...)” (Art. 246 de la Constitución colombiana).

En lo que respecta al Perú —otra vez— se aprobó según referéndum del 31 de octubre 1993, la Constitución de ese año la misma que en su artículo 149 estableció una fórmula similar a la colombiana, pero que no establece una verdadera jurisdicción especial. Del mismo modo Bolivia, según reforma constitucional de 1994 —la actual Constitución boliviana aprobado el 2004 mantiene la redacción—, aprobó calificar a la sociedad boliviana como libre, independiente, soberana “multiétnica y pluricultural” (Art. 1), reconociendo los derechos, entre otros, culturales de los “pueblos indígenas” (Art. 171). En esta misma línea la Constitución Política del Ecuador, aprobada en 1998, en su artículo 1 indica que “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (...)”. Sin embargo, en el artículo 191 del mismo cuerpo legislativo les da una potestad jurisdiccional limitada. En este caso tampoco se fundó una jurisdicción especial absoluta. Distinta de la ordinaria. El reconocimiento y protección de la diversidad de la población constituye una característica esencial del Estado social y democrático de derecho, pues solamente la igualdad formal postulada por el Estado liberal tradicional no es prenda suficiente para asegurar la efectividad de los derechos individuales y las garantías sociales. La declaración formal es necesaria pero no suficiente.

VI. Opciones dogmático-penales de integración (error, causas de justificación e inimputabilidad penal) vs. opciones antropológico-jurídicas de preservación (pluralismo jurídico)

Como se ha podido apreciar, en el desarrollo legislativo de orden penal y constitucional, así como los que corresponde a las soluciones de orden dogmático penal que se hayan podido establecer con relación al problema de la diversidad cultural en el Derecho penal; en buena cuenta, del “condicionamiento cultural en el Derecho penal”, han sido de orden a las teorías “integradoras”. Por este camino la soluciones han ido en unos casos con base occidentalizadora, asimilacionistas y hasta tolerantes; como son: de la inimputabilidad (culpabilidad), del error en Derecho penal (propiamente de prohibición

aunque también de incidencia en el tipo –error de tipo– ubicándose por tanto entre la tipicidad y la culpabilidad –con alguna posibilidad de trabajarse también a nivel de la antijuricidad en tanto pueda verificarse error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación– y de las causas de justificación (antijuricidad), propiamente dichas.

- 81 En este sentido, será objeto de análisis breve, no por ello superficial, de las propuestas de estricto orden penal: error en Derecho penal, inimputabilidad, dejando para otra ocasión el análisis de las causas de justificación. A su vez, de modo tangencial vamos a tocar la tesis del pluralismo jurídico, básicamente para desbaratarla.

1. La opción del error en el Derecho penal

- 82 De modo preliminar, en razón de esta autodenominada forma de error (la del error de comprensión culturalmente condicionado), debemos traer a colación una concepción básica que por “error del Derecho penal”, se debe tener presente antes de ocuparnos del tema en concreto.

- 83 Por error se entiende de la inexactitud o equivocación al producir en la psicología del intérprete de la norma, una idea sobre algo que no coincide con la realidad; es la idea falsa idea que se tiene de algo, ya que no resulta ser tal cual creemos que es. En otras palabras, el error es la divergencia entre la representación del agente y la realidad. *El error se debe diferenciar de la ignorancia*, esta última es falta de ciencia, de letras y noticias; es la ausencia total de conocimientos acerca de algo. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, “la ignorancia supone una absoluta falta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. *El error supone una idea falsa*, una *representación errónea de un objeto* cierto; es un estado positivo. La ignorancia (...) es una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso”⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, en el Derecho cuando se habla de error, sí incluye al error en *stricto sensu* y a la ignorancia o desconocimiento. El error o la ignorancia en sentido del artículo 15 del Código Penal peruano se debe a causas de “pluriculturalidad” o “multiculturalidad”, en buena cuenta, a los efectos de soluciones penales y dada su naturaleza relacional, de “interculturalidad”.

- 84 Bajo estos términos, el Perú es el único Estado que ha regulado positivamente una solución penal para el problema de la pluriethnicidad y la coexistencia

(56) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, p. 313.

de diversas culturas en un mismo espacio social; en buena cuenta, de la diversidad cultural en el Derecho penal y por tanto del hecho culturalmente descontextualizado y su condicionamiento.

En este sentido, el Código Penal de 1991 reguló expresamente este fenómeno de orden conflictivo cultural en su artículo 15 bajo un esquema novedoso y aparentemente innovador: el error de comprensión culturalmente condicionado: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

Esta norma prevé dos supuestos. Primero que error sea invencible en tal caso se eximirá de responsabilidad penal. Segundo que si el error es vencible, se atenuará la pena. Es los dos supuestos que se habrá de corroborar a través de un proceso penal con todas sus garantías, de imputación, acusación y valoración de las evidencias en tales sentidos. En este sentido la Corte Suprema de la República ha resuelto y viene resolviendo de un modo particularmente novedoso. Así por ejemplo la Ejecutoria de la Corte Suprema de la República en su Sala Penal Permanente, en una venida en grado proveniente de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, estableció en su momento, en un caso de relaciones sexuales con una menor de edad:

“(...) que el procesado nació en el Distrito de Margos de la Provincia de Ambos, Departamento de Huánuco, donde es costumbre la unión de parejas a temprana edad con suma naturalidad por factores diversos como el medio ambiente tropical, y por tanto en su concepto tener relaciones íntimas con al agraviada le parecía lo más natural (...) en suma el procesado no estaba en posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión cuyas condiciones son de carácter cultural y de costumbres (...) para admitir el error culturalmente condicionado no es requisito indispensable el lugar de realización de los hechos, sino el lugar donde se desarrolló el procesado como ser humano (...) por todos estas razones el procesado debe ser eximido de responsabilidad penal”⁽⁵⁷⁾. O solamente puede caber la atenuación de la pena como resuelve la Sala Permanente de la Corte Suprema en una causa sobre violación sexual, en su quinto considerando: “Que el artículo quince del Código penal incorpora un caso particular de incapacidad (...) de las personas que cometan un delito, subordinándola al hecho que

(57) Jurisprudencia recogida de HURTADO POZO, J. (director), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho penal* 2006, p. 446.

el agente pertenezca a una cultura diferente, que con sus patrones culturales –diferentes de los que forman la base del Código Penal afectan gravemente su concepto de la realidad, en cuya virtud se exime de pena– más allá de que no sepa que comete un hecho antijurídico –porque esta es la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños–; que en el presente caso no se esta en un conflicto cultural absoluto entre los valores que sustentan el Código Penal y los de un grupo étnico porque el grado de integración (no occidentalización) del imputado se ha relativizado como consecuencia de su escolaridad (...)⁽⁵⁸⁾.

- 88 1. De otro lado es bien sabido en dogmática penal y su historia, que la teoría del error en el Derecho penal es una conquista del Derecho penal liberal de mediados del siglo XX. Si analizamos desde la perspectiva sistemática e histórica la evolución en la conceptualización del error en el Derecho penal, relativo a la incorporación, muy difundida hasta antes de 1952, del error de hecho y de derecho; como expresión de la extensión conceptual del error en el Derecho civil y como patrimonio histórico del principio jurídico de origen romano del *error iuris nocet* y el de la *ignorantia legis non excusat*⁽⁵⁹⁾. Esto habilitaba el

(58) *Ibidem*, p. 451.

(59) El *error facti* y el *error iuris data*, del *Digesto* (cfr. L. 7, *De iuris et facti ignorantia*, Dig., XXII, 6: L. 8, *eodem*). Tal tradición romana operaba sobre el presupuesto de que todos los hombres, actuando con la mínima diligencia, debían y podían conocer el Derecho, por lo que la ignorancia o deficiente conocimiento del mismo debía imputarse a quien la padecía (cfr. L. 9, § 3, *De iuris et facti ignorantia*, Dig., XXII, 6; L. 2, § 5, *Quis ordo*, Dig., XXXVIII). Se establece el principio: “*Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*” (la ignorancia de derecho perjudica, la ignorancia de hecho no perjudica). El *Digesto* sienta un principio –sobre todo, en el Derecho civil– cuando sostiene que a cada cual le perjudica la ignorancia de derecho, pero no la de hecho. Es decir que el *error iuris* solamente se refería al desconocimiento de los preceptos jurídicos y no era motivo de justificación de una conducta delictiva, salvo contadas excepciones. Vale decir que el *error iuris* solamente se refería al desconocimiento de los preceptos jurídicos y no era motivo de justificación de una conducta delictiva, salvo contadas excepciones. Pero tales excepciones no funcionaban en forma amplia y total, sino que reconocían limitaciones en razón de la naturaleza de la ley que se ignoraba. Los romanos distinguían el *iuris civilis* del *iuris gentium*, siendo este último el derecho natural común a todos los hombres que se revela naturalmente a la conciencia del hombre, producto de la razón universal; por ende, era de conocimiento público y obligatorio; en cambio el *iuris civilis* era el que recogía las particularidades de las costumbres de cada pueblo. Tales excepciones solo eran admitidas para las leyes penales de naturaleza local *iuris civilis*, no para las *iuris gentium*. En el Derecho romano la regla general era: “Se excusa por la ignorancia del hecho, pero no por la ignorancia del derecho, salvo en casos particulares casuísticamente determinados y dispersos a lo largo de todo el derecho”. Así también, DE SAVIGNY, en 1840, hace referencia a la división del error en el Derecho romano en error de hecho y de derecho. El primero era el que se refería a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho y el segundo, el que versaba sobre el derecho objetivo. Pero, además, distingue una tercera forma del error que versaba sobre “una regla de derecho considerada como elemento dado, que en verdad debía tenérsela por error de hecho”. Dice así DE SAVIGNY: “Se puede todavía distinguir la combinación errónea de los hechos a los cuales se aplica la regla, pero como las fuentes no reconocen sino dos especies de

juicio de inexcusabilidad del cumplimiento de la norma penal por cuestiones de ignorancia de la ley, pero si admitía la posibilidad de equívocos respecto de los hechos materia de imputación penal, así como de la configuración del Derecho al momento de conceptuar el carácter legal o ilegal de la conducta misma. Bajo estos términos, se tenía por muy sabido e interiorizado el principio antes enunciado de *error iuris non excusat*, bajo la premisa que el desconocimiento de las normas legales no excusaba de su cumplimiento⁽⁶⁰⁾. Asimilándose, por tanto, de acuerdo a las consecuencias que tanto el desconocimiento como el error propiamente dicho (equivocación) traían a colación respecto del actuar por desconocimiento o por equivocación del sujeto. Asimilación que, como sugirió la doctrina en su momento, debe llevarse a cabo pues en ambos casos estamos en la misma situación de incumplimiento de la norma penal por cuestiones de inexistencia de motivación normativa o de comunicación entre el sujeto y la norma penal⁽⁶¹⁾.

2. Actualmente los problemas de definición conceptual prácticamente han 89
acabado, tanto en lo que respecta a su diferenciación con el error civil como de la Teoría General del Derecho y, también, respecto a su ubicación sistemática en la teoría del delito, antaño polémica por influjo del debate existente entre el “causalismo” y el “finalismo” (protagonizado entre otros por MERKEL, SAUER y WELZEL). Queda hoy solo, a nuestro entender, cuestiones a debate de contenido conceptual, como el referido a lo que sucesivamente se van presentando en el Derecho penal comunitario de base exclusivamente económica o, como lo ha puesto de manifiesto NIETO MARTÍN respecto de los criterios de vencibilidad del error de prohibición⁽⁶²⁾.

3. Antaño, la dogmática de ascendencia causal⁽⁶³⁾ fundamentó una teoría 90
del error coincidente con el sistema de Derecho civil y las máximas romanistas

error, importa investigar a cuál de ellos se refiere este caso concreto. Si se considera su naturaleza íntima lo vemos como un error de hecho; porque ha de estimarse la regla como elemento dado, fijo e inmutable; mas habremos también de combinar los diversos elementos que el hecho nos ofrece, sea analizando, sea sintetizando, y formar un todo al cual se aplique la regla. Además, ya porque suframos error en la percepción inmediata de los hechos, ya en las combinaciones que formule el pensamiento, es siempre en la apreciación del hecho donde nos engañamos, y constantemente, el error es un error de hecho”. DE SAVIGNY, F., *Sistema de Derecho romano actual*. Tomo II, p. 388.

(60) Cfr. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil*. Tomo I, p. 406.

(61) Cfr. UGARTE GODOY, J., “Prólogo”. En: CORRAL TALCIANI, H., *De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*, p. 9.

(62) Vide NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, p. 107 ss.

(63) Sistema dogmático y metodológico con relación a la teoría del delito que en las ciencias penales fue introducida por LISZT y BELING y que significó el nacimiento de la actual dogmática penal moderna en el sentido de estructurar al delito como un todo omnicomprensivo compuesto por partes o

de la inexcusabilidad del desconocimiento del derecho revitalizadas, como se ha visto, por efecto del racionalismo de la Ilustración y la era de las codificaciones⁽⁶⁴⁾ y extrapoladas sin mayores complicaciones y sin cuestionarse siquiera la especialidad de ambos órdenes normativos que aunque se acercaran mutuamente por efecto de los valores de la época, debían ser distintos. Esos otros ámbitos, como en el caso del Derecho penal, la teoría jurídica del “error” motivó una identificación entre “error de hecho” y “error de derecho”, también, para el Derecho penal. Los mismos que con el causalismo se ubicaban en la categoría de la culpabilidad, como consecuencia de la sistematización del dolo.

- 91 4. Si bien es cierto en la doctrina la distinción entre *error facti* y *error iuris* se había establecido de incorrecta⁽⁶⁵⁾ y sobre todo desde con los parotes del finalismo; en la jurisprudencia es a partir de 1952 con la Sentencia del BGH Alemán del 18 de marzo, se estableció tener en cuenta la relevancia al error de prohibición (antaño conocido como error de derecho y de cuya relevancia ya se venía discutiendo desde hacía unos treinta años), como exigencia del principio de culpabilidad, las cosas poco o nada han cambiado en términos de ubicación sistemática en la teoría del delito (ubicación lógico estructural), así como en su denominación. Las que deben ser valoradas no como una cuestión *nemo iuris*, sino que son consecuencia de una nueva concepción de la teoría del delito.
- 92 5. Después de arduos debates el error de hecho pasa a llamarse “error de tipo” (*tatbestandirrtum*) y el error de derecho pasa a llamarse “error de prohibición” (*Verbotenirrtum*)⁽⁶⁶⁾. El primero se ubicaría en la tipicidad, afectando

estructuras como son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, cuya base es la acción. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*. Op. Cit., p. 15 ss.

(64) *Vide ut supra*.

(65) Así, por ejemplo, ya VON LISZT, refiriéndose al tema e interpretando el derogado Código Penal alemán, dice: “No tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto esta prevista en la ley (...). La distinción entre ‘error de hecho y error de derecho’ no encuentra fundamento en la ley y es completamente erróneo distinguir, además, dentro del error de derecho el error referente a las reglas del Derecho penal, del error relativo a otras reglas jurídicas, y colocar este último en el mismo plano que el error de hecho (...) Esta distinción fracasa, ya puesto que no hay conceptos puramente conceptos jurídico-penales, el Derecho penal como Derecho protector, toma más bien los concepto de las restantes ramas jurídicas”. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 406.

(66) La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición ha dado lugar a dificultades por su condicionamiento histórico, ya que siempre fue mezclada con los conceptos *error facti* y *error juris*. Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo de injusto, sea de índole real (descriptiva) o normativa. Error de tipo es, por lo tanto, no solamente el error sobre “lo material”, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre elementos normativos; por ejemplo lascivia, ajeno, embargo, documento, funcionario, son elementos normativos. En este camino dice WEIZEL: “Es completamente equivocado el término “error de hecho”. La diferencia decisiva de las dos clases de errores no se refiere al antagonismo hecho-concepto jurídico, sino a la

directamente la estructura del dolo en la teoría del delito, convirtiéndose así a un dolo natural y dejándose de llamar, como lo hacían los causalistas, “dolo malo” (= conocimiento y voluntad del hecho típico y la antijuricidad del hecho –conceptuación propia de los causalistas neoclásicos–). Siendo un “dolo natural”, el conocimiento de la antijuricidad integra un nivel categorial distinto a la tipicidad, trasladándose entonces –dicho conocimiento de la antijuricidad– a la culpabilidad. Aquí la relevancia del error de prohibición deberá ser tomada en cuenta a fin de determinar la complementación lógico estructural del concepto del delito, conforme una teoría dogmática del mismo de orden finalista. La aparición en escena del finalismo de WELZEL y del funcionalismo de ROXIN y el consecuente deterioro del casualismo trajo tras de sí un avance importante del Derecho penal cuyos logros no solo se pueden notar a nivel de la Teoría del error en el Derecho penal sino también en otros sectores de la Teoría del delito y de la Imputación –objetiva– (*zurechnung objektiven*), así como de la creciente incorporación de interpretaciones funcionalistas en el Derecho penal que escapan a una clásica dogmática penal encerrada en unos conceptos categoriales definidos en sí mismos y para sí mismos, sino a su apertura; a un Derecho penal orientado hacia la racionalización de los valores, los que en particular compatibilizan a un sistema determinado que bien podrán acomodarse a los de orden político criminal (ROXIN) o, normativos (JAKOBS).

6. En tiempos actuales y contemporáneos, la Teoría del error en el Dere- 93
cho penal quedó muy asentada sobre la diferencia de dos tipos de error: el de tipo y el de prohibición. En el primero de los casos, hay *error de tipo* cuando la ignorancia o desconocimiento (base del error) versa sobre elementos fácticos o normativos que constituyen la infracción penal (en el CP español se regula en el artículo 14.1 y 14.2 del CPE de 1995; en el Perú se regula en el artículo 14.1 del CP peruano de 1991). En el segundo, hay *error de prohibición* cuando hay un desconocimiento de la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Dicho error sobre el conocimiento de tal objeto (licitud/ilicitud) debe estar determinado por su desconocimiento total, parcial o equivocado o la falsa apreciación de dicha licitud o ilicitud (Art. 14.3 del Código Penal español de 1995; en el Perú Art. 14.2 del CP peruano).

7. Ahora bien, quedan dos menciones que hacer al respecto. *Primero*, la 94
opción del “error de comprensión culturalmente condicionado” del artículo 15

diferencia tipo-antijuricidad. Quien sustrae a otro una cosa, que él erróneamente toma por propia, se encuentra en error de tipo; él no sabe que sustrae una cosa ajena. Pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (p. e., como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en error sobre la antijuricidad de su hacer. Véase WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 177-178).

del CP peruano⁽⁶⁷⁾ el cual a nuestro, entender no constituye en sí una forma típica de error⁽⁶⁸⁾, por más que fija como criterio de vencibilidad “la cultura” del sujeto infractor, obligando al juzgador a absolver en caso de que el error sea invencible, o en su caso, atenuar la pena si el error fuese vencible. Más bien creo disfraza una fórmula un tanto peculiar de inimputabilidad que, como veremos más adelante, se define por sus dos aspectos; el intelectivo (conocer y comprender la licitud) y el volitivo (comportarse de acuerdo a esta comprensión), lo cual nos lleva a pensar que el legislador peruano, sin querer, ha pecado otra vez de etnocentrista, conforme sucedía en la anterior legislación de 1924; creando una nueva causal de inimputabilidad, absoluta o restringida, dada la condición de “incapacidad para comprender el injusto o comportarse de acuerdo a esa comprensión” del indígena.

- 95 8. En *segundo lugar*, como hemos visto, la base ontológica del error es siempre el desconocimiento o la equivocación; en suma el error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. En el caso de los sujetos infractores, condicionados por su cultura, de la norma penal *ni se equivocan ni desconocen*. Pueden perfectamente conocer pero *no entender lo que se les quiere comunicar con la norma, no interiorizan el mensaje normativo de la norma pena, no la pueden hacerla suya el mensaje de la norma y comportarse según sus directivas*. Actúan con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso, exigibles. Esto nos lleva a afirmar que cabe —y esto sucede reiteradamente— la posibilidad que reconozcan la norma, pero no interioricen su mensaje. Por tanto, *la opción del error tampoco a nuestro parecer es correcta*.

2. La opción de las causas de justificación

- 96 Para abordar el tema de las causas de justificación como solución a los conflictos producidos en los sujetos a raíz de una incompatibilidad de determinación

(67) Propuesta dogmática perteneciente a Eugenio Raúl ZAFFARONI. Cfr. ZAFFARONI, E., *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas*, p. 51; ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo IV, p. 191; ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 550 ss. Fue discutida y aprobada en el seno de las comisiones de reforma del Código Penal de 1991 por obra de Raúl PEÑA CABRERA.

(68) Conforme lo reconoce la doctrina hoy dominante y sobre la cual no hay duda, incluso habiéndose regulado en ese sentido tanto el “error de tipo” como el “error de prohibición” en el artículo 14 del Código Penal peruano de 1991: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

y orientación de estos frente a las normas; tomaremos como ejemplo una de esas discordancias: el de la “objeción de conciencia”.

La objeción de conciencia, al igual que mucho de los problemas que por “diferencia normativa” se presentan, responde a una forma de conflicto. Muy bien señalamos anteriormente; existen los conflictos “intrasistémicos” y “extrasistémicos”. Los primeros se explican desde dentro del mismo sistema; es decir, *nos referimos al contenido que yace en el sujeto y la normativa*; pues los sujetos no llegan a “hacer suyas” las normativas que los obliguen a “determinarse conforme a ellas” optando finalmente por sus convicciones más íntimas, es decir, apoyándose en la libertad de conciencia y en no pocos casos, de religión *a raíz no de una mala incompatibilidad en relación, sino en contenido*.

Así, por ejemplo, partiendo de la concepción previamente señalada en el párrafo anterior, voy a sugerir un ejemplo poco común hasta ahora conocido en doctrina penal, relativo a este tema y desde luego nuevo en este sentido a fin de dar explicación a los motivos de justificación que pudieran encerrar los conflictos culturales, objeto de la regulación penal que estamos desentrañando.

En el Perú, se tiene la coexistencia de muchísimas comunidades nativas ya sea andinas como selváticas, unas más compatibles que otras respecto de la cultura oficial occidental. En estos niveles de contacto pleno, de aculturación⁽⁶⁹⁾ plena, o parcial; en estos espacios de racionalidad “compartida” o “comprendida”, es que vamos a encontrar situaciones por sí complejas. Desde la perspectiva antropológica de su acercamiento cultural en términos de compatibilidad por comprensión parcial o total de los usos y complejos culturales occidentales; el hombre de esas comunidades mantiene su propia identidad, la cual le permite mantenerla sin negar o estar de espaldas a la oficial y

(69) El término aculturación se refiere al proceso por el cual el contacto continuo o intermitente entre dos o más grupos de culturas diferentes afecta mutuamente las respuestas culturales de cada uno de estos. A principios de siglo, el término se hacía sinónimo de difusión o préstamo cultural e, inclusive, con el de asimilación, por lo que se hizo necesaria una delimitación más estricta del mismo. En 1936, la American Anthropological Association nombró una comisión del calibre de REDFIELD, LINTON y HERTSKOVITS, quienes definieron aculturación como: “Aquellos fenómenos que resultan cuando grupos de individuos de culturas diferentes entran en contacto, continuo y de primera mano, con cambios subsecuentes en los patrones culturales originales de uno o de ambos grupos” (REDFIELD, R. / LINTON, R. / HERSKOVITS, M., “Memorandum for the study of acculturation”. En: *American Anthropologist* Vol. 38, pp. 149-152). Puede verse también VV. AA. *Diccionario Unesco de Ciencias Sociales*, pp. 1088-1089. “La segunda es una traducción mecánica del inglés –*acculturation*– que implica, a través del prefijo ‘a’ la idea, no contenida, de carencia”. El Diccionario de la Real Academia Española, edición 21ª, recién incorpora este término: “Aculturación. Recepción y asimilación de elementos culturales de un grupo humano por parte de otro”.

formal. Conforme a estos parámetros, se puede dar el caso de que un individuo de estos complejos culturales, no pueda “determinarse” conforme a las normas del ordenamiento nacional en el sentido formal del caso, respecto a algunos tipos de delitos cuya racionalidad lógica está condicionada justamente por otro tipo de cultura diferente de la que él está incluido en calidad de “miembro de” o “parte integrante de la misma”. Un ejemplo de estos delitos, de racionalidad diversa, puede estar dado por los llamados delitos sexuales o contra la integridad e indemnidad sexual, así criminalizados y tipificados por el Código Penal peruano a partir del artículo 170 del referido cuerpo de Leyes⁽⁷⁰⁾. Sin embargo, respecto de este mismo ejemplo, contamos que estas comunidades, en muchos casos ya conocidas, contactadas, y con cierto grado de compatibilidad cultural, sus integrantes no están completamente determinados en su conducta por sus propios valores culturales sino que, al contrario, su nivel de contacto y afianzamiento cultural –aunque mínimo– les permite

(70) Los tipos de agresiones sexuales y su tipificación en los códigos penales en forma de delitos forman parte también de las pautas culturales de cada sociedad en donde estas se dan. Normalmente, se concibe la cultura como el conjunto de rasgos de tipo lingüístico, religiosos y ético-valorativos a la vez que de orden productivo, sobre el que se asienta necesariamente un conjunto de normas de convivencia y de “conformidad social”, sin las cuales serían inviables dichas convivencias ya sea en términos de correlación social como de soporte y proyección de la misma a espacios futuros de progreso y desarrollo social, para lo cual las normas de convivencia, justamente, fijan lo que está conforme al colectivo y lo que no, siendo que lo que no está conforme al colectivo recibe sobre sí todo el peso del reproche, por tanto de la sanción y la exclusión social por “disconforme”, y como máxima expresión de dicho reproche, el de la exclusión punitiva, criminológicamente hablando; el de la pena, desde la perspectiva del Derecho penal (PÉREZ ARROYO, M., *Criminología. Lecciones. Materiales de lectura y lecciones para el Postgrado de la UPSMP*, s/f, p. 125 ss.). Definido en estos términos, volvemos a la idea de lo que se considera, en términos criminológicos, las agresiones sexuales. Y es que, “son todas aquellas conductas desviadas que, desvaloradas en su génesis y ejecución, colisionan directamente con los valores sexuales de una comunidad determinada” (ídem). Esta definición de por sí es aún reciente y está sujeta a diversas críticas posteriores a su enunciación, pero que encierra un conjunto de ideas que se desarrollan de la siguiente manera: a) en algunas culturas como las de la polinesia, se concibe hasta el día de hoy que la primera relación sexual se debe tener con el patriarca de la tribu. Luego, los jóvenes en edad fértil, ya sean hombres o mujeres, se deben “educar” sexualmente con el “patriarca” antes de comenzar su actividad sexual madura; b) tanto las violaciones como el rapto de mujeres por parte de los triunfadores en una guerra eran y son parte de la cultura de los vencedores en los conflictos armados. Es lo que pasó en la década de los noventa con la ex Yugoslavia; c) en algunas culturas, el derecho a la primera relación sexual supone la iniciación con el pariente más próximo, casi siempre los padres. Este lazo familiar como eximente o justificante de agresión sexual funciona incluso en la medida que aún en muchas sociedades no se criminaliza la “violación” dentro del matrimonio, contrario a lo que pasa en el Perú, en donde prima el aspecto volitivo respecto de la disposición de la libertad sexual. Así, en un estudio realizado por SANDAY en 1981 sobre la violación, comenta LEGANES y ORTOLA, comparando 156 sociedades diferentes, se llegó a la conclusión de que prácticamente en la mitad de ellas no era delictiva. Al contrario, se concebía a ella como un elemento adicional de dominación del hombre respecto de la mujer. Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S. / ORTOLÁ BOTELLA, M., *Criminología. Parte especial*, p. 79 ss.

trabajar espacios básicos de coexistencia y determinación comportamental de base cultural a partir de esa compatibilidad parcial, por efecto de la “aculturación” (que en buena cuenta se sostiene en una adopción de pautas culturales ajenas a la cultura propia, nativa o de la que se es parte por razones naturales –contrario a los procesos de aculturación en que se mezclan motivos de colonización, migración, etc–). En esos espacios de compatibilidad parcial producto de la aculturación como fenómeno complejo de tipo antropológico, el individuo nativo puede desarrollar verdaderos motivos de conflicto cultural tanto “intrasistémico” como “extrasistémico” (contrario a como siempre se ha sostenido en doctrina penal relativo a este tema, en donde solo se identificaban verdaderos motivos de exclusión de culpabilidad por efecto de esa forma de “error de comprensión culturalmente condicionado”).

Bajo esta pretensión demostrativa, imaginemos a un nativo no excluido 100 por la cultura occidental oficial, pero tampoco incluido en la misma en su total complejo cultural individual; que entiende que solo será viable su realización personal a través del acto sexual a temprana edad y con una mujer de temprana edad y en edad fértil. Su cultura nativa, originaria, de donde parte su proceso de aculturación, establece que la realización personal, como varón y miembro de su comunidad, la adquiere por efecto de una relación sexual temprana y con una mujer de temprana edad. Sin importar el consentimiento de la misma en tanto que se la haya ganado por la imposición de su propia fuerza. Sin embargo, en su colisión cultural con la cultura occidental, el hecho del consentimiento imprime en su cultura nativa un elemento, un factor de decisión comportamental a la cual no puede obviar en el desarrollo de sus más íntimas convicciones culturalmente condicionadas. Esto implica que al momento de yacer con una joven de edad temprana, solo importará la edad fértil de la joven, siempre y cuando esta acepte o tenga el consentimiento de los padres de esta. Como vemos esta variante conductual obedece a estos procesos de aculturación previas a su conducta sexual, lo cual coge de un lado y de otro (culturalmente hablando). Aún así, esta tercera conducta olvida tener en cuenta un factor no natural; cual es el de la decisión político criminal de limitar las conductas sexuales de las jóvenes (sea por las razones que fueran), a solo a partir de los 18 años, lo cual le parece al individuo de nuestro ejemplo algo absolutamente irracional. Así, resuelve motivado por motivos propios, íntimos, implicados con verdaderos motivos de conciencia, que su conducta está plenamente justificada en tanto que encierra una tutela y desarrollo ilimitado a un derecho fundamental cual es el del libre desarrollo de la personalidad, además de la propia diversidad ideológica y de conciencia, condicionada por motivos culturales, en muchos casos. Ello demuestra que los contenidos,

tanto del objetor respecto de su conciencia, así como la del derecho a través de las normas que protegen bienes jurídicos como la libertad e indemnidad sexual, *son incompatibles porque desde dentro (contenido) haya cierta diferencia*. No hay identidad entre la conciencia del objetor como respecto de las propias normas del sistema jurídico en que el objetor se desenvuelve. Vemos pues que se ha materializado, ya en estos términos, una alegación de justificación producto de un conflicto intrasistémico cultural a partir del caso propuesto.

101 Así problematizado en su punto más álgido, el tema planteado en este primer nivel de conflicto (el intrasistémico), de modo más pacífico se había planteado en un inicio desde la perspectiva objetiva y sencilla de incompatibilidad intrasistema respecto de un individuo totalmente afianzado en los valores que motivan e inspiran un sistema jurídico, anteponiendo razones individuales con sustento en el desarrollo y respeto a sus derechos fundamentales más íntimos o de íntima convicción (como son el de la conciencia, religión e ideología); a lo que en términos generales y abstractos ordena el propio sistema en virtud del principio o vocación que tienen las leyes penales⁽⁷¹⁾. Y que como se ha visto, también acepta un nivel si acaso mixto o incluso sincrético, en términos culturales en cuanto a la admisión a una cultura nativa, de valores exógenos, hecho suyos por causa de procesos de aculturación y que motiven nuevos espacios de conflictos culturales, mucho más complejos como los detallados arriba.

102 En cambio, el conflicto extrasistémico es aquel que presenta el condicionamiento desde fuera del sistema, es decir, el conflicto nace como el choque de dos culturas distintas. Y del que siempre, conforme los planteamientos dados hace décadas por T. SELLIN, y esto ha hecho nuestra propuesta⁽⁷²⁾, se ha dicho y estructurado formas de entendimiento dogmático penal⁽⁷³⁾. *Ahora la incompatibilidad no se produce por una diferencia en los contenidos (intrasistémica) sino en las relaciones de una frente a la otra (extrasistémica), aquí no interesa solo que objeta el sujeto o que prescribe la norma (se observa al sistema como unidad), sino cuál es la*

(71) En este sentido *vide* PÉREZ ARROYO, M., “Objeción de conciencia y Derecho penal en la actual dogmática penal española”. *Op. Cit.*, p. 815; PÉREZ ARROYO, M., “Derecho penal y diversidad cultural. El condicionamiento cultural en el Derecho penal: minorías étnico-culturales y Derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 72, p. 743 ss.

(72) Cfr. SELLIN, T., *Culture conflict and Crime*, p. 116. También véase, PÉREZ ARROYO, M., “Derecho penal y diversidad cultural. El condicionamiento cultural en el Derecho penal: minorías étnico-culturales y Derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”. *Op. Cit.*, p. 751.

(73) *Vide* PÉREZ ARROYO, M., “Derecho penal y diversidad cultural. El condicionamiento cultural en el Derecho penal: minorías étnico-culturales y Derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”. *Op. Cit.*, p. 751.

relación entre ambos sistemas (se observa al sistema desde sus subsistemas). Tomando como ejemplo el anterior, el mismo sujeto objetor, que se apoyaba en sus más íntimos valores que le fueron inculcados desde pequeño (conflicto intrasistémico, pues solo alude al contenido); este mismo sujeto también puede alegar que él puede realizarse en cuanto tal, a partir del ritual ya especificado, *pues tiene un derecho fundamental que es “el derecho a la identidad cultural” (aquí ya no solo alega el contenido de su objeción, sino la relación de esta frente a la normativa).* Lo decisivo aquí no es solo describir los sistemas y señalar sus incongruencias (intrasistémico) sino observar las relaciones que guardan el uno frente al otro, y señalar sus problemas (extrasistémico).

Resumiendo, el “nativo” en el citado caso se halla ante una “diferencia normativa”, pero ella puede ser explicada desde dos perspectivas: intrasistémica o extrasistémica. La primera lo explica desde dentro del sistema, por lo tanto, observa al sistema como unidad, describiendo los contenidos que guardan en ella: lo que predica el objetor y a lo que prescribe la norma, y a su vez, indicando sus incompatibilidades. *Por lo tanto el nativo en estos casos solo podría alegar lo que se encuentre desde dentro de su sistema (conciencia) es decir, sus valores más íntimos para alcanzar tal “autodeterminación”.* A diferencia de lo extrasistémico, es decir, hallar el conflicto no ya en lo que establece cada sistema (objector y norma) sino cuál es su relación de uno frente al otro. *Aquí el nativo puede alegar ya no solo lo que le señala su sistema, sino lo que este (objector) “significa” frente a otro sistema (normativo) es decir, un derecho a la identidad cultural.*

Ahora bien; estos conflictos deben y merecen una solución, ahora nos proponemos darle una salida desde las causas de justificación. La posible solución de la objeción de conciencia a manera de causa de justificación, dentro del esquema lógico-estructural de la teoría del delito, nos obliga, primero, a plantearnos su operatividad dogmática y legislativa.

1. Partiendo de la idea de la antijuricidad, con WELZEL, como categoría de la teoría del delito, a razón de ser un predicado de la conducta o una cualidad que se le atribuye para precisar que es contraria al ordenamiento jurídico⁽⁷⁴⁾, o como expresa BUSTOS RAMÍREZ, una contravención del hecho típico

(74) WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 78. Por ello se puede decir que mientras la tipicidad es antinormatividad (contradicción con la norma penal), la antijuricidad implica contrariedad con el ordenamiento jurídico. Como señala el propio BUSTOS, la antijuricidad es una sola, por tanto, es común a todo el ordenamiento (idem). Ello radica en que no hay diferencias en lo ilícito, como relación de contrariedad con el ordenamiento, ya sean estas de carácter civil, penal o administrativo, etc. Lo que los hace distintos es el valor social que importa cada uno de ellos, lo cual, por criterios de política criminal, se expresa en la tipificación penal de algunos de ellos; de allí, el carácter de

con todo el ordenamiento jurídico (perspectiva formal) o la congresión del desvalor que encierra la conducta y el desvalor de la misma, en tanto lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende tutelar con la norma⁽⁷⁵⁾. La antijuricidad, en su aspecto configurativo, pragmáticamente hablando, es un juicio negativo de sí misma en cuyo contenido principal se ubican las *causas de justificación*⁽⁷⁶⁾. También se ubican a nivel de este *juicio antijurídico*, aparte de las causas de justificación, los diversos criterios valorativos con relación a la “lesión” o “puesta en peligro” de un bien jurídico, como puede ser incluso el de la imputación objetiva; aunque de esto no nos vamos a ocupar en este trabajo.

- 106 2. Las causas de justificación, ya sea que hablemos de ellas como simples elementos de la teoría del delito, como verdaderos juicios negativos en la configuración de la antijuricidad o como manifestaciones concretas (negativas) de dicha categoría de la teoría del delito, cumplen la función de hacer válidos los comportamientos humanos desarrollados a partir de la concurrencia de ciertos elementos fácticos que por razones de política criminal y en atención a valoraciones sociales y jurídicas son totalmente lícitos, a pesar de que tal comportamiento ha realizado un hecho calificado por la ley como típico. Las causas de justificación operan pues de modo que ya no solo impiden que se imponga una pena al autor del hecho sino que convierten a ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico⁽⁷⁷⁾.

mínima intervención y subsidiaridad del Derecho penal. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 641-642. De esta manera, el injusto, como sustantivo, es la forma de conducta típica o antinormatividad, concretada en una contrariedad con el ordenamiento jurídico (Cfr. Ibídem, p. 278). Por tanto, el injusto es lo típico y antijurídico, existiendo entre ellos una relación de *ratio cognoscendi*. O, como lo expresa MUÑOZ CONDE que aunque “(...) en Derecho penal la realización de un hecho típico suponga la realización de un hecho prohibido, existen algunos casos en que el indicio de antijuricidad que supone la tipicidad quedará desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuricidad que convierte el hecho típico (...) en un hecho perfectamente lícito”. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 89.

- (75) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 278-279.
- (76) Esta afirmación podría ser matizada dependiendo del sistema de la teoría del delito del que se parta. Para algunos autores, la antijuricidad se manifiesta de dos maneras: la positiva, expresada por la tipicidad; y la negativa, por las causas de justificación. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 431.
- (77) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito. Op. Cit.*, p. 89 ss. Resulta de interés distinguirla de las causas de inculpabilidad, véase. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 458 ss.: “Inculpable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aun cuando haya de conceptuarse como desvalorizado. Justificado está por el contrario, solamente el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto. En el hecho justificado el momento de desvalor queda excluido; en el hecho inculpable no (...) Se halla justificado lo que el sujeto tiene derecho a efectuar y, consecuentemente, es resto de la comunidad debe soportar. Por el contrario, es meramente inculpable lo que, aun siendo injusto, no puede prohibirse con la amenaza de la pena (...) El que actúa inculpablemente, aun cuando no sea castigado por su acción, no tiene derecho a efectuarla y, por ende, los demás no se hallan sometidos al deber de no

3. Las causas de justificación y la función que cumplen dentro de la teoría del delito, a partir de la concurrencia de los antes mencionados elementos fácticos y razones de política criminal, a la vez que de tales valoraciones jurídicas y sociales, encuentran su fundamento en motivos de no contrariedad sistémica del propio ordenamiento legal *en razón del conflicto de intereses y de la tutela de bienes jurídicos, por parte del mismo Derecho penal, sobre las cuales descansa esta institución*. En este sentido, como lo expresa MIR PUIG, las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a levantar la prohibición penal de ataque a los bienes jurídicos. *Aunque estos bienes son valiosos para el Derecho penal, pueden entrar en conflicto con otros intereses que aquel puede considerar preferentes*, o al menos equivalentes, en determinadas circunstancias⁽⁷⁸⁾. Las causas de justificación, pues, hacen posible el sacrificio de un bien jurídico –tutelado penalmente por la norma– en resguardo o preferencia de otro de cuya titularidad goza quien realiza tal sacrificio. Esta afirmación tiene límites y presupuestos a considerar a fin de evitar los abusos.

4. En cuanto a que se admite, teóricamente, que la antijuricidad es una sola⁽⁷⁹⁾, las causas de justificación al presentarse como esencial a la categoría de la antijuricidad, debe también ser común a todo el ordenamiento legal, más aún si consideramos –como lo hacemos– que su función está motivada por razones de no contrariedad con el propio sistema legal en su compleja totalidad. De ahí que autores como el alemán STRATENWERTH⁽⁸⁰⁾ hayan considerado, desde hace mucho, que el catálogo de las causas de justificación no se agotan en las que un Código Penal las consideren como tales, es decir estamos ante un catálogo abierto o de *numerus apertus*. De ahí que la doctrina, de la mano de muchos autores, hable de las causas de justificación –a secas– queriéndose referir a las definidas en el Código Penal, que en el caso español serán las del

impedirla: al contrario, pueden y, en ocasiones, deben oponerse a su realización”. Véase también, de manera más extensa y argumentativa, ROXIN, C., “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 46.

(78) Vide MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 143. También, véase, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 466-467. “De forma que el significado funcional de las causas de justificación en la estructura del delito, se concretaría en el sentido de que constituyen todas las situaciones en que la realización del tipo es jurídica, es decir, supuestos en que el comportamiento humano es justo desde el inicio”. WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 116-117. “A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto, y que permiten, por eso, la realización típica”. BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 339: “Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obro”.

(79) *Vide ut supra*.

(80) Cfr. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 125.

artículo 20 del Código Penal peruano, y a las *causas supraleales de justificación*⁽⁸¹⁾, basadas en la simple separación de lo justo e injusto a partir de criterios generales como las del “fin reconocido por el Estado” de FRANZ VON LISZT, “la esfera de libertad” de M.E. MAYER, “el interés del lesionado”, etc.

109 5. Por otro lado, la sistemática que sobre las causas de justificación ha elaborado la doctrina, está marcada por una doble perspectiva:

110 i. Los que consideran que para todas las causas de justificación existen criterios generales y ninguno de modo específico —teorías monistas—, con base en como el de SAUER “más utilidad que daño social”; tesis defendida por WILHEM SAUER, este afirmaba que la esencia del injusto consiste en la contradicción con la justicia social, así como en el bien común (estatal), es decir, la dañación social, o por lo menos la peligrosidad social. SAUER señala también que es “jurídico” el obrar (proceder, actuar, omitir), que en su tendencia general procura a la comunidad estatal (a la comunidad popular insertada en el Estado) más utilidad (ideal, cultural) que daño. Por el contrario, se manifiesta el concepto muy buscado de la antijuridicidad material como un obrar que en su tendencia general procura a la comunidad estatal más daño (ideal, cultural) que utilidad; acarreando a ella más desvalores que valores; o con referencia a lo anterior, el proporcionar más utilidad que daño supone aportar más valores que desvalores. Representa también una tesis monista en las causas de justificación, la de GRAF ZU DOHNA “utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico⁽⁸²⁾”. Para DOHNA, la tarea del Derecho es reglamentar la convivencia social de los miembros de la comunidad; y, por lo tanto, las normas que gobiernen a los ciudadanos deben ser normas que consistan en ser medio idóneo para fines justos, un mecanismo

(81) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. Tomo IV, p. 633 ss.

(82) El origen de la doctrina se encuentra en GRAF ZU DOHNA, A., *La estructura de la teoría del delito* y VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 338. Para estos, la realización de una acción típica no es antijurídica si representa el medio justo para alcanzar un fin justo, en atención al concreto ordenamiento jurídico-estatal. Crítica esta teoría, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 468: “El principal reproche que cabe aducir frente a esta teoría es el de que la generalidad del principio adoptado es tanta que viene a constituir una regla sin contenido y, en consecuencia, sin apenas utilidad teórica ni práctica”. También CARBONELL MATEU, J., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, p. 22. Crítica esta postura, ya que considera un residuo de la ponderación de intereses. En primer lugar porque cuando se habla de la sumisión del medio al fin ya se está otorgando prevalencia a un interés. En segundo lugar, porque la validez de la teoría solo puede sostenerse en cuanto el interés quebrantado por la acción idónea no merezca igual o mayor protección que el perseguido. Otro, MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. (coordinadores), *Causas de justificación y causas de atipicidad*. Según Luzón, esta tesis no explica bien el fundamento, ya que lo único que hace es generalizar a las mismas con la idea de conflicto, ponderación y proporcionalidad (propias del estado de necesidad), perdiendo de vista cada una de las otras sus matices particulares.

adecuado para una regulación adecuada de la convivencia social. Esto último quiere expresar que las normas que sean reguladoras de la conducta de los seres humanos, son solo aquellas normas que van en contra de los fines perseguidos por la sociedad; ya que si se considera antijurídico un comportamiento, y, sin embargo, es entendido este como un medio adecuado para alcanzar un fin justo, el orden jurídico entraría en una total contradicción. Existen otras tesis como las mencionadas líneas arriba o aún más generales como el “de la ponderación de bienes”, y,

ii. Los que consideran que cada causa de justificación tiene su propia fundamen- 111
tamentación, sin desconocer una línea general de interpretación común a varios grupos de ellos. Como sostiene MUÑOZ CONDE, se atiende a principios generales comunes a diversos grupos de causas de justificación de la misma especie o similares en su punto de partida, y las clasifica en función de estos principios. De acuerdo con ello las causas de justificación se suelen clasificar según predomine en ellas el principio de *ausencia de interés* o el *interés preponderante*.

6. En el primer grupo el hecho queda justificado porque el titular del bien 112
jurídico afectado por el hecho renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento). En las segundas, el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor o igual valor (estado de necesidad)⁽⁸³⁾. El precursor de ambas teorías fue MEZGER⁽⁸⁴⁾, pues considera que la lesión de los intereses representa el contenido de todo el injusto. De ahí cabe deducir que son dos los momentos determinantes de la admisión de una causa de justificación de la conducta⁽⁸⁵⁾. O desaparece el principio de ausencia de interés, el cual puede ser entendido de dos maneras. Esta ausencia puede haberse producido de manera consciente o puede ser deducida de una especial situación de hecho determinante de que el lesionado, en el momento de realizarse la acción, no sea consciente de la falta de dicha voluntad. En pocas palabras, existen dos causas de exclusión del injusto con arreglo al principio de la ausencia de interés: *consentimiento del ofendido* y *el llamado consentimiento presunto del ofendido*. Ahora, con respecto a la justificación con arreglo al principio del interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero⁽⁸⁶⁾. Sobre esta última clasificación, MEZGER subdivide este apartado en tres: *las acciones realizadas en virtud*

(83) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*. Op. Cit., p. 91.

(84) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*.

(85) *Ibidem*, p. 409.

(86) *Ídem*.

de deberes preponderantes, las acciones realizadas en virtud de una especial justificación, y el fundamento de exclusión del injusto con arreglo al llamado principio general de la valuación de los bienes jurídicos⁽⁸⁷⁾. Lo que importa destacar es que el propio MEZGER ve en la valuación de los bienes jurídicos el principio general que permite la formulación de causas de justificación supraleales⁽⁸⁸⁾. Esta posición mezgeriana viene ya desde MERKEL⁽⁸⁹⁾, quien fue su auténtico formulador, donde se menciona la necesidad de acompañar la valuación de los bienes con el análisis de una serie de fundamentos materiales, que integran dicha valuación.

113 Aunque cuando estamos en el caso de que el bien sea de mayor valor en realidad ya abordamos el campo de la culpabilidad. Esto, sin embargo, resulta insuficiente cuando nos ocupamos de todas las causas de justificación que pudieran presentarse, como de hecho ha ocurrido, como es el caso de “la prevalencia del derecho”, del “ejercicio legítimo de un derecho”, etc. En todo caso, siempre es de reconocer que la preferencia de un bien y el conflicto de bienes e intereses siempre están presentes en el razonamiento de las causas de justificación.

114 Otra tesis, de corte pluralista es la de WELZEL, en la cual manifiesta a la adecuación social como previa a la comprobación de la concurrencia de una causa de justificación⁽⁹⁰⁾. WELZEL afirma en la primera edición de su manual que “hay una doble excepción del precepto según el cual una conducta adecuada el tipo, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuridicidad”⁽⁹¹⁾, y la segunda viene determinada por la concurrencia de las causas de justificación. Esto demuestra que WELZEL encuentra dos filtros a los comportamientos humanos, el primero es un filtro social, y lo encuentra en la configuración que tenga la sociedad en ese momento, y un segundo filtro más individualizado, referido exclusivamente a las circunstancias que rodeaban al hecho en ese momento.

(87) Ibídem, p. 412 (las negritas son nuestras).

(88) CARBONELL MATEU, J., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes. Op. Cit.*, p. 29. Afirma este autor que puede concluirse que la toma en consideración de la ausencia de interés y de todos los casos de interés preponderante solo puede hacerse si previamente los bienes en conflicto (o no en conflicto, por ausencia de interés), han sido valuados.

(89) MERKEL, R., *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, pp. 75-90 citado por MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 411-412. Aquellos fundamentos materiales que integran dicha valuación se resumían concretamente en: “el interés más potente desde el punto de vista cuantitativo”, “los valores concretos”, “la proximidad del peligro”, etc.

(90) WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 89.

(91) Ídem.

Sin embargo en ediciones posteriores desaparece esta distinción hecha en su primer manual; ya que considera que no cabe establecer dualismo entre adecuación social y causas de justificación como elementos negadores de la antijuridicidad.

Una última posición con respecto a las tesis pluralistas es la de MAURACH, en donde niega la existencia de un denominador común a las distintas causas de justificación; sin embargo, ello no frenó referirse a criterios valorativos para exponer el fenómeno de la justificación. MAURACH afirmaba: “Por regla general, todo bien jurídico requiere y merece, en el caso particular, la protección valoradota y determinante de la norma. Existen, sin embargo situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma, o es desplazado por la presión de intereses contrapuestos, dotados de mayor importancia”⁽⁹²⁾.

7. Otro tema a abordar es el referido a los elementos de las causas de justificación. La doctrina reconoce que al margen de lo monista o pluralista que pudiera ser la opción a desarrollar de parte de quien se ocupe de las causas de justificación, siempre es posible y necesario ocuparse de los elementos de los mismos, que en líneas generales es compatible con cualquiera de las causas de justificación que pudieran presentarse a fin de validar o no el hecho típico.

Los elementos son de *orden subjetivo y objetivo*. En el *primer caso* no solo es preciso que se presente la situación justificante sino que el sujeto conozca de ella y además tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente, esto es dentro de los límites que el ordenamiento le franquee a fin de comportarse justificadamente⁽⁹³⁾. Según esto último, CARBONELL MATEU afirma que esto no significa que estemos otorgando al desvalor de la acción la preeminencia de la fundamentación del injusto, lo que ocurre es que el Derecho se ve, una vez más, necesitado de recurrir a un elemento subjetivo para proteger un bien jurídico⁽⁹⁴⁾. Sin embargo, MAURACH plantea una

(92) MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, p. 361, citado por CARBONELL MATEU, J., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes. Op. Cit.*, p. 32. Afirma este último que las tesis de MAURACH no se distancian mucho de las señaladas por MEZGER en un inicio, ya que en el sustrato de ambas posiciones nos encontramos frente a una ponderación de intereses.

(93) Este tema quedó bien delimitado con la exposición de MEZGER, E., “Die subjektiven Unrechtselemente”. En: *Der Gerichtssaal* (GS), 89, p. 207 ss., citado en: MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 349-350. Doctrina que aborda el tema en extenso véase, TRAPERO BARREALES, M., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*; VALLE MUÑIZ, J., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*; SANZ MORÁN, Á., *Elementos subjetivos de justificación*; GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*.

(94) CARBONELL MATEU, J., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes. Op. Cit.*, pp. 91-92.

pregunta a esto último de manera brillante: “¿Basta para la justificación de una acción con que el autor alcance un resultado valioso socialmente, o se requiere además que el autor de esa acción acoja, en su voluntad, la consecuencia del resultado?”⁽⁹⁵⁾ Sin embargo, MAURACH da como solución que “no se ha alcanzado aún una armonía de pareceres”⁽⁹⁶⁾. Esta respuesta se debe pues, a que la solución depende por completo de la postura mantenida con relación al injusto, e incluso, al concepto y función del Derecho.

119 *El segundo de los elementos* no merece mayor relevancia pues será distinto en cada caso; *es la propia situación* —expresada en el más puro sentido de la palabra— *justificante*.

120 8. Ahora bien, si partimos de la base de que la objeción de conciencia es un derecho subjetivo de carácter fundamental, por formar parte del contenido esencial del derecho fundamental de la libertad de conciencia del artículo 16 CE (Art. 2. inc. 3 de la Constitución Política del Perú), y que su ejercicio supone la desobediencia a una obligación jurídica fijada por la Ley (y en algunos casos por contratos y regímenes laborales que en definitiva se inscriben dentro de una legalidad que solo es capaz de fijar el propio Estado), tal acontecimiento supone ya un conflicto de bienes jurídicos que desde ambas perspectivas de tutela normativa deberá imponerse una sobre la otra; *un conflicto de intereses*.

121 De un lado, *el derecho fundamental en cuestión* y del otro una *obligación en cuyo seno puede o no estar tutelado un derecho fundamental* (caso del aborto u otros) o *el cumplimiento de una prestación fundamental para el Estado* (en el caso del servicio militar). Definitivamente aquí sí se presenta una verdadera cuestión a dilucidar, respecto a si la objeción de conciencia ejercida como un derecho fundamental —por lo menos en los supuestos de la responsabilidad sanitaria como el de aborto— está revestida por una justificante legal, a saber, *por el ejercicio legítimo de un derecho*.

122 9. Creemos que, en abstracto, sí podríamos estar —en algunos casos— ante supuestos de esta naturaleza, aunque esta afirmación, de entrada, podría no satisfacer, como no lo hace, a los partidarios de otra solución ajena a las mencionadas, como sucede con el de la *exclusión de la culpabilidad y de la pena*. Hay que dilucidar, empero, entre los presupuestos habilitadores en sentido subjetivo como son:

(95) MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 368 (las negritas son nuestras).

(96) Ídem (negritas son nuestras).

i. *La propia existencia de los motivos de conciencia; y,*

123

ii. *La oposición al cumplimiento de la obligación jurídica por dichos motivos que,*
por su propia existencia, estarían calificando la del elemento subjetivo de la causa de
justificación, referida a la presencia de un conocimiento y voluntad en el ejer-
 cicio de una causa de justificación.

124

De tal suerte que no en todos los casos estaremos ante un comporta-
 miento justificado y en muchos se habrá de reducir la pena en mérito a la ate-
 nuante genérica del artículo 21.1 CPE (Art. 20 del Código Penal peruano),
 por inconcurrencia de todos los elementos requeridos para la exención de res-
 ponsabilidad penal. Obviamente el principio justificador aquí será el del “ ejer-
 cicio de un derecho”.

125

10. En otros supuestos, dependiendo de la forma cómo se presenten los
 casos, se deberá ver el problema de la ponderación de bienes e intereses jurí-
 dicos en el sentido de calificar el valor del bien jurídico a sacrificar, frente al
 interés ubicado detrás de la objeción de conciencia; cuestión que se responde
 de acuerdo a la evaluación de un estado de necesidad y del principio del inte-
 rés preponderante, en caso de que el bien sacrificado resulte de menor valía
 que el derecho a la objeción de conciencia.

126

i. En caso de que lo anterior resulte inverso, es decir de que dada una eva-
 luación objetiva entre los intereses en conflicto, el de la objeción de conciencia
 resulte de igual o menor valor, se atiende, a decir de VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ,
 a la presión psíquica que origina un miedo insuperable por parte del sujeto
 “objedor”. Esto es, en los supuestos en donde existe divergencia entre el resul-
 tado de la ponderación objetiva de los bienes que se hayan en conflicto y la
 realizada por el autor que teme que si actúa conforme a la norma se produzca
 un perjuicio para él o para terceros⁽⁹⁷⁾. Los criterios serían, a decir de TAMA-
 RIT SUMALLA, de orden mixto pues de un lado se tiene en cuenta las reaccio-
 nes exigibles a un sujeto medio que se encuentra en la posición psíquica del
 autor; y, de otro lado, factores internos de la propia personalidad del sujeto en
 orden a su cultura, educación, creencias, etc.⁽⁹⁸⁾.

127

ii. Esto ultimo sin duda ya nos saca del tema de las causas de justificación
 y nos traslada al de la culpabilidad, en donde el principio de no exigibilidad

128

(97) Vide SÁNCHEZ LÓPEZ, V., “Consecuencias aplicables a los delincuentes de conciencia”. En: *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, p. 222.

(98) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J., *Op. Cit.*, p. 436.

sería el encargado de dar una solución óptima a lo planteado, todo lo cual lo trataremos de abordar después.

- 129 Lo que sí queda claro es que las posibles soluciones dogmáticas al tema que nos ocupa deben ser evaluadas casuísticamente, esto es de acuerdo a las diversas situaciones a las que solo se podrá llegar si se está frente a un caso en concreto⁽⁹⁹⁾.

3. La opción de la inimputabilidad en el Derecho penal

- 130 Es claro que en la ciencia penal moderna existe consenso en considerar a la inimputabilidad como una situación de incapacidad de culpabilidad. En dicha definición de inimputabilidad a modo de incapacidad de culpabilidad, concurre implícitamente una definición negativa de imputabilidad; de lo que es una negación del estatus de sujeto imputable. Así la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es uno de los presupuestos de la culpabilidad, es decir solo a una persona en normales condiciones se le puede exigir que se comporte de acuerdo a Derecho, y de no hacerlo, imputarle por no haberse motivado, y por ende de no haber actuado según los cánones valorativos de su sociedad. Solo en cuanto esta capacidad exista o se supone, puede ser imputada una conducta. De aquí, se deduce que las personas que no se encuentran en estas condiciones requeridas no actúen culpablemente, es cuando se habla de inimputabilidad; por ejemplo quien sufre una considerable enfermedad psicológica, un menor de edad, y aquí también —para un cierto sector de la doctrina— las personas que culturalmente estén condicionados a desconocer la antijuricidad de ciertas conductas no actuarían culpablemente.
- 131 Definición que por cierto, la de la “imputabilidad”, difiere de lo que es la “imputación”, en tanto categoría dogmática penal de orden conflictivo y que se ubica más bien en los espacios del tipo del injusto y del desvalor del

(99) La justificación de conductas motivadas por decisiones de conciencia ha sido debatida en Alemania sobre las decisiones de los tribunales básicamente en relación con negativas a la prestación del servicio militar o del civil sustitorio y con el rechazo a las transfusiones sanguíneas. Para un sector de la doctrina, el efecto irradiante del artículo 4.1 de la GG, implica la autorización de tales comportamientos por el orden jurídico y, por consiguiente, la exclusión de lo injusto (*Vide* PETERS, K., “Überzeugungstäter und Gewissenstäter”, pp. 257-280). Posición que es criticada por la doctrina dominante al considerar que el ordenamiento jurídico tiene primacía frente a la conciencia individual (HEINITZ, E., “Der Überzeugungstäter im Strafrecht”. En: *ZsW* 78, pp. 629-630). Sin embargo la posición mayoritaria se inclina por la solución en la culpabilidad, ya sea en el conocimiento erróneo del injusto o en la inexigibilidad, en tanto existencia de una causal suprallegal de exclusión de culpabilidad o de la sanción (por innecesariedad o ausencia de fin preventivo), como veremos más adelante. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal. Op. Cit.*, p. 151 ss.

resultado de la antijuricidad⁽¹⁰⁰⁾. Aquí, en la imputabilidad penal, concurren criterios centrales que a su vez definen una situación de “capacidad intelectual” y “volitiva”. Esto es, poder comprender el carácter ilícito de su comportamiento y conducirse de acuerdo a esa comprensión⁽¹⁰¹⁾. De aquí definiciones legislativas como el Código Penal alemán en su actual redacción en su § 20 afirma que “Actuará sin culpabilidad el que en la comisión de hecho, por razón de un trastorno mental, de una conciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, este es incapacitado para apreciar la injusticia del hecho o para actuar conforme con esta intención”; de forma similar la normativa española del Código Penal de 1995, que en su artículo 20° establece que: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1. Los que a tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. O, como la actual definición del Código Penal peruano de 1991, que en su artículo 20.1. define que: “Están exentos de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión; 2. El menor de 18 años”.

1. Esto sin duda trae a colación el carácter taxativo que posee la inimputabilidad en tanto estatus de incapacidad penal o incapacidad de culpabilidad, descansando ello sobre la base del principio de legalidad en su expresión de garantía en la aplicación de la ley penal —*a contrario sensu*— como también en la garantía en la inaplicación de la misma (de la ley penal). Por tanto, no se pueden establecer causales de inimputabilidad más allá de la ley, más allá de lo que la norma penal previamente ha definido como tal. Las causas de inimputabilidad son las que la ley dice; y la tradición tanto doctrinaria como legislativa ha sido de elegir solamente determinadas causas. En la legislación penal comparada se presenta como causales de inimputabilidad:

a. El de la inmadurez psicológica y biológica del sujeto activo del hecho punible imputado: i) la minoridad —en el Perú la minoridad penal llega a los 18 años por disposición del artículo 20.1 del Código Penal—.

b. El de la anomalía psíquica o mental (por enfermedad mental o trastorno); en suma un trastorno mental, o como —ya se vio— establece el Código

(100) Vide BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, p. 99 ss.

(101) Vide, entre otros, AGUDELO BETANCUR, N., *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, pp. 25-26.

Penal alemán o el Código Penal español –y de modo muy similar el peruano de “anomalía o alteración psíquica de carácter grave”.

135 2. En este sentido, es uniforme en doctrina aceptar que la alegación de la inimputabilidad, sea que se ha imputado a una persona un hecho punible cualquiera; en tanto mecanismo de defensa en concreto respecto de la posibilidad de imposición de sanciones penales no acordes con el principio de culpabilidad; deba pasar por un filtro muy delicado. De tal forma que su verificación en el proceso penal, del grado de inimputabilidad del encausado penal, abre la puerta a un sistema de imposición de consecuencias jurídicas del delito totalmente distinto al de la pena en abstracto que se podría imponer, habilitando con ello la posibilidad de una medida de seguridad, como se prevé en el artículo 71 del Código Penal peruano⁽¹⁰²⁾.

136 3. En Latinoamérica, los Códigos Penales de Colombia (Art. 33 CP Colombia), Bolivia (Art. 17.5 CP Bolivia) y la anterior legislación penal peruana de 1924 (Arts. 44 y 45 CP Perú) regularon como un estado de inimputabilidad absoluta o restringida, el caso de los indígenas amazónicos y de los indígenas andinos, respectivamente, que se veían involucrados en conflictos penales. Motivando, con ello, fuera de estas causales, en el caso peruano sobre todo, verdaderos criterios de atenuación genérica para los que sin actuar “salvajemente” o “semicivilizadamente”, demostraban estar condicionados por sus culturas ancestrales.

137 4. La explicación a esta práctica legislativa y jurisprudencial la encontramos en dos niveles.

138 a. *Primero* en la de buscar los fundamentos o criterios de que se sirvieron quienes construyeron estas normas y desde luego los fundamentos más allá de la sola norma penal. De un lado es muy visible la influencia de un *spencerianismo*, *darwinismo social* o *falso evolucionismo*. Esto es que se construyó la idea de una sociedad en evolución en donde los estados de *primitivismo*, *salvajismo*, *semisalvaje* y *civilizado* les correspondían a las sociedades según la evolución de ellas. Evolución que presentada correctamente desde una perspectiva darwiniana correspondía más bien con cuestiones biológicas y no sociales, de allí que se diga de los criterios *spencerianos* de ser “falsos evolucionismos”⁽¹⁰³⁾. Esto sin duda constituye un *etnocentrismo grosero y lesivo contra el principio y derecho fundamental a la dignidad humana* del cual poco a poco nos vamos liberando en Latinoamérica. Una de sus vertientes en la Criminología será la Escuela Positiva

(102) Vide, entre otros, SIERRA LÓPEZ, M., *Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 20 ss.

(103) Vide PÉREZ ARROYO, M., *Error, culpabilidad y diversidad cultural*, p. 165 ss.

con sus máximos representantes LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO que plantearon el determinismo criminológico ya sea biológico o social⁽¹⁰⁴⁾.

b. *Segundo*, debemos buscar, respecto de la justificación de esta opción ¹³⁹ legislativa de orden penal en la concepción de “minusvalía” del indio en la historia de la colonia española en Latinoamérica. La idea de “miserabilidad” del indio que se asentó en la colonia a fin de legitimar la intervención española en todos los sectores de la vida del nativo. No solo en la vida política estatal sino incluso en su vida privada, a modo de curador. Esta práctica tuvo sus orígenes en Roma⁽¹⁰⁵⁾ y se asentó en la colonia española, considerando al indio como una especie de “niño grande”, como una especie de miserable y ocioso natural. Dicha noción de *miserabilidad* proviene del latín “miserabilis” la que a su vez proviene de la conjunción de “miser” y “miserandus”. La *primera* alude al hombre desgraciado, infortunado, infeliz, desventurado; la *segunda*, hace referencia a aquello que es digno de lástima. En tal sentido, “miserabilis” quiere decir, en este contexto, “hombre digno de compasión”, entonces pues se conceptuaba al indio nativo como un “hombre digno de compasión”. Sin embargo, esta tesis de la miserabilidad romana se invirtió cuando se aplicó a los oriundos del nuevo

(104) Para mayor referencia véase. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 159-165. También véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, pp. 236-260; QUINTERO OLIVERES, G., *Locos y culpables*, pp. 49-161.

(105) En el lenguaje jurídico-legislativo esta palabra (‘miserable’, *miserabilis*) aparece por vez primera en una constitución de Constantino contenida en el Codex 3.15 dada en el año 539, en la que Constantino ordena que a determinadas personas por sus condiciones miserables –generalmente por condiciones sociales–, el derecho debía tener un trato preferencial brindándoles ciertas condiciones de equidad y justicia. Es necesario enfatizar que con la llegada de los españoles al continente americano la regla se invierte, es decir que todos los indígenas eran considerados dentro de la categoría miserabilidad y solo algunos salían del parámetro. Y las causas de la miserabilidad del indígena no eran sociales, sino naturales. El indígena era miserable por naturaleza, dando origen a una cuestión racial, aspecto que no existía en Roma. En general, todos los indígenas, con muy contadas excepciones, caen bajo esta especial consideración legal. Así es como una categoría jurídico-social nacida en el Derecho romano del Bajo Imperio, y recibida en el Derecho hispano medieval, con la finalidad de ofrecer cierta tutela o protección jurídica a determinadas categorías sociales consideradas débiles e incapaces de defenderse por sí mismas frente a los abusos de los grupos sociales más poderosos, fue transportada en forma distorsionada al nuevo mundo a mediados del s. XV y fueron argumentos que utilizaron los teólogos y juristas formados en el seno del *ius commune* a fin de proporcionar un marco jurídico tuitivo para los indios americanos, sometidos a indefectibles abusos por parte de los conquistadores europeos. Sin embargo, –como ya se dijo– su aplicación a los indios sometidos no dejaba de presentar características peculiares, que se alejaban notoriamente del expreso precedente romano, comenzando por su extensión lineal a todos los miembros de las comunidades indígenas, configurando así un “estatus jurídico de raza” ausente del modelo romano y de la recepción. Como es obvio, esta concepción jurídica (o, propiamente, jurídico-moral) del mundo indígena respondía a un modelo paternalista, encubridor de la explotación real, que concedía a la mayoría indígena una serie de tratos de favor, pero al precio de condenarla a un estado permanente de desigualdad jurídica y sometimiento efectivo. Véase GONZALES MANTILLA, G., “La miserabilidad del indio en el siglo XVI”. En: *Themis, Revista de Derecho* N° 34, p. 294.

continente americano. Si la miserabilidad en Roma fue la excepción en América fue la regla, los indígenas fueron considerados miserables por naturaleza. Esto se aprecia y se pone en vigencia en la Colonia por obra de los escritos de GINES DE SEPÚLVEDA, hombre formado con ideas aristotélicas, quien concebía la superioridad de algunos hombres y de algunos pueblos frente a otros, y efectivamente el indio a su entender era inferior a la de los pueblos civilizados: “(...) la índole y costumbres de aquellos hombrecillos tan bárbaros, incultos e inhumanos (...)”⁽¹⁰⁶⁾; el mismo que sustenta la esclavitud natural de los nativos, siguiendo la tesis de ARISTÓTELES⁽¹⁰⁷⁾. Estas ideas son paralelas a de FRANCISCO DE VITORIA, el cual ve en los indios “personas incapaces para gobernarse por sí mismas, debido al estado de barbarie en el que se encuentran y la falta de capacidad e inteligencia que los equipara en razón a los niños, hecho que amerita un gobierno por los españoles”⁽¹⁰⁸⁾ o cuando manifiesta que los indios “son bárbaros y medrosos por naturaleza, y a veces estúpidos y necios”⁽¹⁰⁹⁾ aunque, frente a tal situación propone como solución la educación y la religión. Pero por sobre todo BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, desde una perspectiva humanista y paternal de los indígenas es el primero en formular el término “miserables” como mecanismo jurídico que permitía otorgar *un sistema de protección específico para los indios, cuya jurisdicción correría a cargo de la Iglesia*⁽¹¹⁰⁾.

(106) Cfr. GONZALES MANTILLA, G., “La consideración del indio como persona: el Derecho romano, factor de resistencia en el siglo XVI”. En: HAMPE MARTÍNEZ, T. (compilador), *La tradición clásica en el Perú virreinal*, p. 267 ss.

(107) ARISTÓTELES, *La Política, Op. Cit.*, p. 25 ss., afirma: “La naturaleza, teniendo en cuenta la necesidad de la conservación, ha creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer. Ha querido que el ser dotado de razón y de previsión mande como dueño, así como también que el ser capaz por sus facultades corporales de ejecutar las órdenes, obedezca como esclavo, y de esta suerte el interés del señor y el del esclavo se confunden. La naturaleza ha fijado, por consiguiente, la condición especial de la mujer y la del esclavo. La naturaleza no es mezquina como nuestros artistas y nada de lo que hace se parece a los cuchillos de Delfos fabricados por aquellos. En la naturaleza un ser no tiene más que un solo destino, porque los instrumentos son más perfectos cuando sirven, no para muchos usos, sino para uno solo. Entre los bárbaros, la mujer y el esclavo están en una misma línea, y la razón es muy clara: la naturaleza no ha creado entre ellos un ser destinado a mandar y realmente no cabe entre los mismos otra unión que la de esclavo con esclava y los poetas no se engañan cuando dicen: Sí, el griego tiene derecho a mandar al bárbaro, puesto que la naturaleza ha querido que bárbaro y esclavo fuesen una misma cosa”.

(108) Vide VITORIA, F., *Reelecciones sobre los indios*, p. 110.; Cfr. GONZALES MANTILLA, G., *La consideración jurídica del indio como persona en la Colonia (siglo XVI)*. Tesis, p. 102.

(109) ARISTÓTELES, *La Política, Op. Cit.*, parte III, p. 108.

(110) SEMPAT ASSDOURIAN, C., “Fray Bartolomé de las Casas Obispo: la condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545)”. En: *Allpachis* N°s 35/36, pp. 29-103. Una posición contraria y discrepante lo trabaja CASTAÑEDA DELGADO, P., “La condición miserable del indio y sus privilegios”. En: *Anuario de Estudios Americanos*, pp. 264-265 y 291.

5. Desde la perspectiva ya anotada, entonces pues, vemos que estas concepciones son un lastre teórico e ideológico que aún hoy cargamos en Latinoamérica en donde la situación de etnocentrismo, discriminación racial y cultural conduce a una polarización a veces trágica de la sociedad, lo cual alguna vez en la historia del Perú, por ejemplo, llevó a pensar de él como “Una República de indios” y otra de “blancos”⁽¹¹¹⁾. Situación que aun cuando se ha atenuado en los últimos años, aún se mantiene vigente desde las diversas prácticas sociales como también legislativas, en los artículos 44 y 45 del Código Penal de 1924, y como aún tenemos con el artículo 15 del Código Penal actualmente vigente, aunque la intención legislativa haya sido otra.

4. La opción del pluralismo jurídico

Esta opción ha desarrollado antes que postulados meramente antropológicos, postulados criminológico-críticos. Contienen la idea de que el derecho en tanto manifestación concreta de una cultura también está afectado por la pluralidad, por la diversidad cultural de cada sociedad. Por tanto, en una sociedad en donde la pluralidad étnico-cultural es importante, como sucede con el caso de las sociedades latinoamericanas, existe también un pluralismo jurídico. Por tanto, coexisten órdenes normativos paralelos que según sostienen, el Estado debe respetar⁽¹¹²⁾. En Latinoamérica lo sostienen los citados como preservacionistas⁽¹¹³⁾. Es sin duda un planteamiento radical de preservacionismo y peca de romántico y falta de coherencia sistémica y metodológica perdiéndose incluso entre sus propios y férreos esquemas ideológicos que desconoce incluso lo dinámico de la cultura y la necesidad de estructurar sistemas compartidos y de base integradora en donde, como dijimos antes, aún en esa integración se debe respetar la diferencia; no al revés, como proclaman estos, mayor diferencia y mayores cuotas de autonomía⁽¹¹⁴⁾.

(111) *Vide* BALLÓN AGUIRRE, F., *Etnia y represión penal*, p. 20 ss.

(112) Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA, S., “El pluralismo jurídico. Una entrevista”. En: *Desfatiendo entuertos*; WOLKMER, A., “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”. En: *El otro derecho*. Themis N° 7, pp. 29-46; ENGLE MARRY, S., “Legal Pluralism”. En: *Law and Society Review* N° 5, V. 22, pp. 869-896; PÉREZ ARROYO, M., *Error, culpabilidad y diversidad cultural*. Op. Cit., p. 200 ss.

(113) *Vide ut supra*.

(114) Una crítica al respecto muy polémica en su momento y que aún vengo trabajando fue expuesta en PÉREZ ARROYO, M., *Error, culpabilidad y diversidad cultural*. Op. Cit., p. 229 ss.

VII. Toma de posición

142 Esta pronta toma de posición la elaboré, para el Perú, meridianamente, al respecto de este mismo tema, en un trabajo anterior en 1996⁽¹¹⁵⁾. Aunque los elementos dogmáticos de juicio de aquella época no son los mismos de los que ahora están presentes y con los que se cuentan a efectos de dar explicación coherente de lo que se pretende plantear. Aun así, a la fecha, diciembre de 1999 e inicios del año 2000, no se han terminado de detallar aun cuando las opciones son las que se presentan ahora. En este sentido el detalle total y final se reserva para cuando este sea acabado y finiquitado para Europa y particularmente para España.

143 1. Mi opción de salida para este problema es el la inexigibilidad de otra conducta a causa del condicionamiento cultural en el Derecho penal. Un condicionamiento que puede ser *excusable o inexcusable, determinante o relativo; absoluto o parcial*. Es decir, debiéndose graduar dicha inexigibilidad en razón del grado o contundencia del condicionamiento cultural el cual afecta a la conducta del sujeto imputado de un hecho punible, el cual desarrolla su conducta diaria, normal, exigible por cierto desde su perspectiva ético-social y valorativa, funcional al marco social y cultural en donde se mueve cotidianamente, no pudiendo hacer lo propio con las normas de la cultura oficial y que se materializa con todo el rigor de la coacción lega, en un Código Penal. Esta opción de salida es propiamente aplicable, por su razonabilidad político criminal, para las sociedades latinoamericanas.

144 2. Bajo esta perspectiva, considero que el Estado no puede exigir a nadie conducirse —comportamentalmente hablando—, como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este mandato *supranormativo* se origina en los *valores político criminales* que inspira un modelo de perspectivas democráticas y conforme un marco constitucional de Estado Democrático y Social de Derecho (modelo político compatible entre España y Perú —por imperio de su Constitución, en los artículos 1 y 43, respectivamente—). Este mandato *supranormativo* cobra ciertamente mayor validez para las sociedades latinoamericanas⁽¹¹⁶⁾, en donde como se ha visto, hay primacía de los *conflictos extrasistémicos* antes que los de orden *intrasistémicos*⁽¹¹⁷⁾.

(115) *Ídem*.

(116) *Ibidem*, p. 220 ss.

(117) *Vide ut supra*.

3. Ahora bien, para *las sociedades occidentales* con problemas de inmigración (en tanto receptores de inmigración), el problema conflictivo cultural, como se ha visto antes, es de orden mixto:

a. El de carácter *extrasistémico*, debido como se ha dicho a la presencia de colectivos inmigrantes no socializados conforme a las pautas sociales del grupo receptor ya sea por la inexistencia de políticas públicas de inserción y enculturación adecuada como también debido a la presencia de complejos culturales propios de aquellos colectivos inmigrantes y que impiden o hacen inviable una inserción adecuada del inmigrante en la sociedad receptora.

En este espacio de conflicto cultural, mi opción de salida, también se ajusta a lo ya anunciado para las sociedades latinoamericanas (de *inexigibilidad/ exigibilidad de otra conducta*), estableciéndose *mayores niveles respecto de los criterios de medición de la exigibilidad de otra conducta (determinante o relativo; absoluto o parcial)*, producto de la genérica obligación —razonable por cierto— de adecuación a las pautas culturales propias de las sociedades receptoras. Sin que por ello se desconozca la posibilidad de que en casos concretos, dicha exigibilidad de adecuación comportamental sea menor o, a veces, nula. Así, también, y con lo anterior, la necesidad de apertura de la categoría dogmática penal de la *exigibilidad de otra conducta en el Derecho penal*, respecto de los valores ordinarios y convencionales del miedo insuperable, conforme se ha venido trabajando hasta ahora a otros ajustados más bien a valores político criminales.

b. El de carácter *intrasistémico*, producto como se ha dicho, de la presencia de colectivos minoritarios perfectamente integrados en aquellas sociedades que ejercen presión por lo que ellos entienden el ejercicio de un derecho fundamental personalísimo y de imposible alienación —como es el de su *conciencia, ideología o religión*— entre otros como el de propiedad—.

En este nivel de conflicto cultural, producto de la autoría delictiva por convicción, desobediencia civil; en suma, los problemas relativos a la “conciencia y Derecho penal”; nuestra opción de salida siempre integradora (asimilacionista), es la de la renuncia de pena por innecesariedad. Lo que el Derecho penal alemán denomina —aunque con criterios de Derecho penal de oportunidad—, *absehen von Strafe*⁽¹¹⁸⁾ y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema

(118) Aquí el Estado renuncia a la pretensión en la imposición de la **pena renuncia** en contra del procesado, “cuando la aplicación de dicha pena sería errónea puesto que las consecuencias del delito son, de por sí, aún más graves para el reo”: *Absehen von Strafe* (§60 StGB alemán: “Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre [...]”). Los primeros antecedentes de esta fór-

que nos ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de “necesidad y merecimiento de pena”⁽¹¹⁹⁾. Criterios también de orden político criminal, que bien podría aceptar valoraciones de medición, sobre la base de los niveles de intensidad y razonabilidad en el *conflicto cultural input*, que se presenta en el sujeto que decide, concientemente, cometer el delito, alegando a su favor ejercicios relativos a derechos fundamentales producto de su convicción, su conciencia, su ideología y/o su religiosidad.

150 4. En ambos niveles de estructuración y reestructuración de la dogmática penal, estos criterios presentan una incidencia fundamental sobre la teoría del delito y especialmente sobre la responsabilidad penal; conformado entre otros elementos por la culpabilidad, como limitativo de la pena, —en el lenguaje de ROXIN—, y que tienen en la actualidad especial importancia. A su vez, estos criterios, de orden político criminal, devienen en sumamente importantes; *la necesidad de la pena, el merecimiento de la pena, los fines de la pena*⁽¹²⁰⁾ fueron configurándose en el Derecho penal contemporáneo desde 1970 y su incidencia para el Derecho penal y su dogmática —orientada en términos abiertos a valores político criminales de asentada configuración constitucional y de modelación política del Estado de Derecho— fue iniciada por ROXIN⁽¹²¹⁾ en la aplicación inicial del funcionalismo para el Derecho penal, sacado como se sabe de esferas del conocimiento de las Ciencias Sociales y Humanas, como son la Filosofía y la Sociología, principalmente⁽¹²²⁾.

151 5. En ambos casos y soluciones dogmático penales, concurren criterios de tipo preventivista o de Derecho penal preventivo a la vez que de orden criminológico, en donde, como sostiene MIR PUIG, no se puede castigar lo que antes no se ha podido prevenir⁽¹²³⁾, siendo que dicha prevención no solo significa

mula político-criminal, sin embargo, hay que reconocerlo en el Proyecto de reforma penal de 1909 (*Entwurf von 1909*), accediendo al Derecho penal positivo alemán por obra de la Ley de 28 de junio de 1935 (para casos, en principio, en donde la renuncia a la pena parece justificarse en función a la “insignificancia o bagatela del delito”). Recién el Proyecto Alternativo de 1969 contuvo una fórmula genérica en este sentido (§58 *Alternativ Entwurf*); fórmula utilizada de modo creciente por el legislador alemán, tal como recuerda JESCHECK, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 776-777).

(119) Al respecto revisar, entre otras, la obra colectiva SILVA SÁNCHEZ, J. (coordinación de la edición española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Op. Cit.*, especialmente las los trabajos de: SILVA SÁNCHEZ, MIR PUIG, MOCCIA, LUZÓN PEÑA, ROMANO, DA COSTA ANDRADE, SCHÜNEMANN).

(120) Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 791 ss.

(121) Vide ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, *passim*.

(122) Cfr. PÉREZ ARROYO, M., “La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. 52, *passim*.

(123) MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 49.

—desde la perspectiva criminológica— una disminución apropiada de la oportunidad criminal endógena (*prevención en términos de intervención bio —psico— social de identificación de factores criminógenos propios a las psicopatías o enfermedades mentales varias*) y exógenos al sujeto (*relativos a los medios específicos de desincentivación criminal producto de prevención situacional*), sino también de políticas estructurales de reducción de espacios de criminalidad a causa de las diferentes carencias sociales y económicas que implica el ser parte de una comunidad nativa minoritaria —en los términos que se estructura el concepto de “las minorías en el Derecho”—. O, incluso, en la pertenencia de colectivos inmigrantes no insertados en la sociedad conforme los estándares humanitarios del caso (que forman parte de *ghettos* humanos, de sectores marginales por razón de su condición de inmigrante), etc.

6. Siendo así, es de precisar que la prevención contiene una serie de baremos político-criminales que, a mi entender, implican una corresponsabilidad social y del Estado en los diferentes espacios político-criminales como, ya se ha dicho, en los que el Estado se hace presente para prevenir el delito y la criminalidad. A la vez que los niveles de inserción social de los sectores sociales carentes de oportunidad por causas diversas y ajenas a su decisión y que significa su exclusión del marco social de lo conforme y lo oficial; tal es el caso, como se ha dicho, de los sectores inmigrantes en las sociedades receptoras de inmigración y de los sectores nativos en las sociedades de pasado colonial. Ámbito de este trabajo el que ha pretendido abordar en términos genéricos un problema que comencé a estudiar en 1996 y que ahora, muchos años después, no solo mantiene su vigencia, sino que cobra una importancia inusitada sobre la base de la realidad mundial actual; diversa, compleja y llena de problemas de compatibilización cultural a pesar de una creciente globalización. 152

VIII. Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Temis, Bogotá, 1986; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*. 2ª edición. Traducción de Jorge SEÑA. Gedirsa, Barcelona, 2004; ÁLVAREZ DORRONSORO, Ignacio, “Tradición y discriminación: los alardes de Irún y Hondarribia”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11 (ejemplar dedicado a: derechos de las minorías en una sociedad multicultural) 1998; AÑON ROIG, María José, “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11 (ejemplar dedicado a: derechos de las minorías en una sociedad multicultural), 1998; ARISTÓTELES, *La política*. Garnier Hermanos, París, 1969; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA, Lima, 2004; BALLESTEROS, Enrique / RUIZ BALLÓN, Antonio, “La pluralidad cultural en la Constitución 153

Peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al Derecho penal". En: HURTADO POZO, José (director), *Derecho penal y pluralidad cultural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, Lima - Friburgo, 2007; BALLÓN AGUIRRE, Francisco, *Etnia y represión penal*. CIPA, Lima, 1989; BAUCELS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; BENÍTEZ NARANJO, Hernán Darío, *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?* Temis, Bogotá, 1988; BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*. Paidós, Barcelona - Buenos Aires, 1998; BERGALLI, Roberto, *Criminología en América Latina*. Ediciones Pan-nedille, Buenos Aires, 1972; BERNALES BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, "El pluralismo jurídico. Una entrevista". En: *Desfaciendo entuertos*. CEAS, Lima, 1994; BRAMONT-ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código Penal anotado*. San Marcos, Lima, 1995; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*. PPU, Barcelona, 1987; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. PPU, Barcelona, 1994; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Tomos I y II. Trotta, Madrid, 1997-1999; CALLIRGOS, Juan Carlos, "Diversidad cultural y jurídica: discusiones necesarias". En: Marcial RUBIO CORREA (compilador), *Derecho y pluriculturalidad. La injusticia de medir con la misma vara*. PUCP, Lima, 1996; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Edersa, Madrid, 1982; CASTAÑEDA DELGADO, Paulino, "La condición miserable del indio y sus privilegios". En: *Anuario de Estudios Americanos*, Escuela Hispano-americana de Sevilla, 1971; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CORRAL TALCIANI, Hernán, *De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987; CORREAS, Óscar, "La cultura jurídica y el pluralismo jurídico". En: Marcial RUBIO CORREA (compilador), *Derecho y pluriculturalidad. La injusticia de medir con la misma vara*. PUCP, Lima, 1996; DE SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual*. Traducido al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY. Tomo II. Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f; DILTHEY, Wilhelm, *Historia de la filosofía (Grundriss der allgemeinen Geschichte der Philosophie)*. Traducción de Eugenio IMÁZ. Fondo de Cultura Económica, México, 1951; ENGLE MARRY, Sally, "Legal Pluralism". En: *Law and Society Review* N° 5, V. 22, The Journal of the Law Society Association; FACCHI, Alessandra, "Mutilaciones genitales femeninas y Derecho positivo, en derechos de las minorías en una sociedad multicultural". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11 (ejemplar dedicado a: derechos de las minorías en una sociedad multicultural) 1998; FASSÒ, Guido, *Historia de la filosofía del Derecho*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1985; FOY VALENCIA, Pierre, *Bases para un subsistema penal aplicable a nativos. Fundamentos para el juzgamiento penal a indígenas amazónicos*. Tesis (Bachillerato). PUCP, Lima, 1987; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología*. Fondo Instituto Peruano de Criminología y

Ciencias Penales (INPECCP), Lima, 2008; GARCÍA VITOR, Enrique, *Diversidad cultural y Derecho penal. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos*. Universidad Nacional del Litoral, N° 36, Santa Fe de Bogotá, 1994; GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia (Storia della Filosofia. Storia del pensiero filosofico. Vol. II, Del renascimento a Kant)*. Traducción Joaquim SEMPÈRE. Tomo II, Del renacimiento a la Ilustración. Crítica, Barcelona, 1985; GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Comares, Granada, 2002; GONZALES MANTILLA, Gorki, “La consideración del indio como persona: el Derecho romano, factor de resistencia en el siglo XVI”. En: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro (compilador), *La tradición clásica en el Perú virreinal*. Fondo Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999; GONZALES MANTILLA, Gorki, *La consideración jurídica del indio como persona en la Colonia (siglo XVI)*. Tesis para optar el grado de magíster en Derecho, PUCP, Lima, 1995; GONZALES MANTILLA, Gorki, “La miseria del indio en el siglo XVI”. En: *Thēmis, Revista de Derecho* N° 34, PUCP, Lima, 1996; GONZÁLES MOENA, Sergio, “La complejidad de la política y la política de la complejidad, notas para una reflexión desde América Latina”. En: Gustavo DE CASTRO, Edgar DE ASIS CARVAHLO y María da CONCENCIAO DE ALMEIDA (editores), *Ensaços de Complexidade*. EDURFN editores, Brasil, 1998; GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 4ª edición alemana por Carlos FONTÁN PALESTRA. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; HASSEMER, Winfried, “Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana”. Traducido por Francisco MUÑOZ CONDE. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2º semestre, Universidad de Alicante, Alicante, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE Y DÍAS PITA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; HEINITZ, Ernst, “Der Überzeugungstäter im Strafrecht”. En: *ZstW* 78, 1996; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del Derecho contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 1986; HERNÁNDEZ, TOSCA, “Comentario introductorio”. En: *Anomia: normas, expectativas y problemas de legitimación social*. Colección Oñati Proceedings, Oñati International Institute for the Sociology and Law, Vitoria, 1993; HERSCH, Jeanne (compilador), *El derecho de ser hombre*. Traducción de Gonzalo Arias, Tecnos, Madrid, 1973; HÖFFNER, Joseph. *La ética española del Siglo de Oro. Cristianismo y dignidad humana*. Versión española de Francisco DE ASÍS CABALLERO. Cultura Hispánica, Madrid, 1957; HURTADO POZO, José, *Art. 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_15.pdf>; HURTADO POZO, José (director), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho penal 2006*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007; HURTADO POZO, José / DU PUIT, Joseph, “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú”. En: HURTADO POZO, José (director), *Derecho*

penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho penal 2006. PUCP, Lima, 2007; IRIGOYEN FAJARDO, Gladys, "Control penal y diversidad cultural". En: *Conflicto social y sistema penal*. Colex, Madrid, 1996; IRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Alcances, límites, consecuencias y retos. Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia". En: *Desfaciendo entuertos*. CEAS, Lima, 1994; IRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos". En: *Desfaciendo entuertos*. CEAS, Lima, 1994; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Manzaneros Samaniego. Comares, Granada, 1993; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Tomo IV (El delito), segunda parte. Losada, Buenos Aires, 1952; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. 3ª edición. Tomo VI. Losada, Buenos Aires, 1963; KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*. Estudio, introducción y análisis de las obras por FRANCISCO LARROYO. Traducción de Manuel GARCÍA MORENTE. Porrúa, México, 1975; LAMO DE ESPINOSA, Emilio, "Fronteras culturales". En: *Culturas, Estados ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Alianza Editorial, Madrid, 1995; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Ariel, Barcelona, 1966; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago / ORTOLÁ BOTELLA, Mª Esther, *Criminología. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. Grijalbo, México, 1970; LOCKE, John, *Ensayo del entendimiento humano*. Aguilar, Buenos Aires, 1967; LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Tecnos, Madrid, 2006; LUCAS, Javier, "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N°15, 1993; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 1948; MATOS MAR, José, "Población y grupos étnicos en América". En: *América Indígena* N° 4, Instituto Indigenista Americano, octubre-diciembre 1993; MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 2ª edición alemana. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; MIKUNDA FRANCO, Emilio, "La cultura islámica y los derechos humanos". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11 (ejemplar dedicado a: derechos de las minorías en una sociedad multicultural), 1998; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1996; MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2003; MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coordinadores), *Causas de justificación y causas de atipicidad*. Aranzadi, Pamplona, 1995; MONTERO, Jorge / CARRANZA, Elías, "Migración y delito". En: *DP-TPCP*, 1984, 7; MOSQUERA MONELOS, Susana, *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el*

ordenamiento jurídico peruano. Palestra, Lima, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco, “La objeción de conciencia en el Derecho penal”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1997; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991; NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Atelier, Barcelona, 1999; PEÑA JUMPA, Antonio, “La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la Constitución peruana. Pluralismo jurídico en el Perú”. En: *Desfaciendo entuertos*. CEAS, Lima, 1994; PÉREZ ARROYO, Miguel, *Criminología. Lecciones*. Materiales de lectura y lecciones para el Postgrado de la UPSMP, s/f; PÉREZ ARROYO, Miguel, “Derecho penal y diversidad cultural. El condicionamiento cultural en el Derecho penal: minorías étnico-culturales y Derecho penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 72, 2000; PÉREZ ARROYO, Miguel, *Error, culpabilidad y diversidad cultural*. Tesis para optar el título profesional de abogado, PUCP, Lima, 1996; PÉREZ ARROYO, Miguel, “La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* t. 52, Fasc./Mes 1-3, 1999; PÉREZ ARROYO, Miguel, “Objeción de conciencia y Derecho penal en la actual dogmática penal española”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°s 7-8 (edición especial sobre el nuevo Código Penal español), Lima, 1999; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho penal*. Comares, Granada, 1994; PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2001; PETERS, Karl, “Überzeugungstäter und Gewissenstäter”. En: *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*. Duncker & Humbolt, Berlín, 1966; POULANTZAS, Nicos, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. Siglo XXI, México, 1976; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Igualdad y minorías”. En: *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Voltaire y la lucha contra la intolerancia” En: *La filosofía penal de la ilustración*. Palestra, Lima, 2007; PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho civil*. Tomo I. La Norma Jurídica. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1992; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Locos y culpables*. Aranzadi, Navarra, 1999; RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. 3ª edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1965; REDFIELD, Robert / LINTON, Ralph / HERSKOVITS, Melville, “Memorandum for the study of acculturation”. En: *American Anthropologist* Vol. 38, 1936; RIVERA DE ROSALES, Jacinto, “Kant o la razón ilustrada”. En: GONZÁLES GARCÍA, Moisés (compilador), *Filosofía y cultura*. Editores Siglo Veintiuno, Madrid, 1998; ROXIN, Claus, “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 46, 1992; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*.

Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, "Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund". En: *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*. VK, Frankfurt am Main, 1988; ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducción al español de Francisco MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1972; ROXIN, Claus, *Strafrecht/A.T.*, 3 Auflage. CH Beck, München, 1997; SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, "Consecuencias aplicables a los delincuentes de conciencia". En: *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1995; SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos de justificación*. Bosch, Barcelona, 1993; SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1991; SELLIN, Thorsten, *Culture conflict and Crime*. Social Science Research Council, New York, 1938; SEMPAT ASSDOURIAN, Carlosi, "Fray Bartolomé de las Casas Obispo: la condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545)". En: *Allpanchis* N°s 35/36, Instituto de Pastoral Andina, año XXII, 1999-I; SIERRA LÓPEZ, María, *Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; SILLS, David, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Aguilar, Bilbao, 1973; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (coordinación de la edición española), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 1999; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "La responsabilidad penal de indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible". En: *Jueces Para la Democracia* N° 26, Madrid, julio/1996; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Edersa, Madrid, 1982; TRAPERO BARREALES, María, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Comares, Granada, 2000; TUBINO, Fidel, "Interculturalidad: mirando al futuro". En: *Revista IDEELE*, Editora Perú, Lima, 1999; UGARTE GODOY, José, "Prólogo". En: CORRAL TALCIANI, Hernán, *De la ignorancia de la Ley. El principio de su inexcusabilidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987; URTEAGA CROVETTO, Patricia, "Pluralismo legal y semiautonomía". En: *Desfaciendo entuer-tos*. CEAS, Lima, 1994; VALLE MUÑIZ, José, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. PPU, Barcelona, 1994; VERNET I LLOBET, Jaume, "Principios constitucionales y derechos en un Estado plurilingüe". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 11 (dedicado a: en derechos de las minorías en una sociedad multicultural), 1998; VITORIA, Francisco, *Reelecciones sobre los indios*. Espasa Calpe, Buenos Aires-México, 1947; VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*. Volumen II. Editores Hijos de Reus, Madrid, 1916; VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*. 20ª edición. Traducción de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Tomo II. Reus, Madrid, 1916; VV. AA., *Diccionario Unesco de Ciencias Sociales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1976; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*. 11ª edición. 4ª edición castellana. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ.

Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*. Traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976; WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Carlos FONTÁN BALESTRA. Depalma, Buenos Aires, 1956; WOLKMER, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas". En: *El otro derecho*. Themis N° 7, Bogotá, enero 1991; YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas*. Hammurabi, Buenos Aires, 1982; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo IV. Ediar, Buenos Aires, 1982.

CAPÍTULO II TENTATIVA

§ 16 Tentativa

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Universidad de Castilla-La Mancha
(España)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I.			“desvalor de resultado” en la tentativa	19	695
El <i>iter criminis</i> y el principio del Derecho penal del hecho.....	1	691	3. Fundamento de punición y comienzo de la tentativa	24	696
II.	7	693	3.1. Consideraciones previas	24	696
La tentativa.....	7	693	3.2. Teorías subjetivas: plan del autor.....	27	697
1. Definición de tentativa			3.3. Teorías objetivas: peligro y peligrosidad .	35	699
1.1. Concepto: tipo objetivo y tipo subjetivo de la tentativa	7	693	3.4. La llamada “tentativa inidónea”: ¿qué es?; ¿es punible?.....	49	704
1.2. Distinción entre “tentativa acabada” y “tentativa inacabada” .	10	693	III. La consumación del delito	58	708
1.3. Distinción entre tentativa y desistimiento	12	694	IV. Bibliografía	62	708
2. Estructura de lo injusto del delito intentado: “desvalor de acción” y					

§ 16.- Tentativa

“En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

I. El *iter criminis* y el principio del Derecho penal del hecho

Como sabemos, cuando el legislador redacta un tipo penal establece una ¹ “consecuencia jurídica” correspondiente a un determinado “presupuesto de hecho”, aplicable al *autor* del delito en *grado de consumación*. El supuesto básico, por tanto, el prototipo de lo injusto penal, con su correspondiente desvalor de acción y desvalor de resultado, es el del delito consumado, como “forma perfecta de ejecución del delito”.

El Derecho penal sin embargo, en orden a cumplir su función preventiva ² vinculada a la protección de bienes jurídicos, y sin olvidar el principio fundamental del “Derecho penal del hecho”, puede intervenir ya en un momento

anterior de la vida del delito, cual es con carácter general la tentativa, considerada como una “forma imperfecta de ejecución”. La mencionada vida del delito, designada con la expresión latina *iter criminis*, hace alusión “al proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 579). El concepto *iter criminis* proyecta, pues, la imagen de la progresión de la vida del delito, desde la ideación hasta la consumación, y conduce a dividirlo en distintos “segmentos temporales”, cuya determinación constituye uno de los problemas capitales en esta materia.

3 En este proceso cabe distinguir, en primer lugar, una *fase interna o de deliberación*, que, de acuerdo con la máxima del pensamiento liberal *cogitatione poena nemo patitur* (es decir, los pensamientos no pueden ser castigados), no interesa al Derecho penal porque es obvio que “el aparato punitivo del Estado no puede castigar a nadie por lo que piensa” (ARROYO / BERDUGO / et al., 2004, p. 363). El control de lo que ocurre en el ámbito interno destruiría al ser humano como persona-ciudadano, pues “sin un ámbito privado el ciudadano ni siquiera existe” (JAKOBS, 1997, p. 853).

4 El *ius puniendi* de un modelo de Estado Democrático y de Derecho no puede pretender, pues, en ningún caso, perseguir simplemente la intención o el deseo de delinquir, porque se convertiría en un “Derecho penal del ánimo”, sino que solo está legitimado para intervenir, de acuerdo con el ya mencionado *principio del Derecho penal del hecho*, cuando dicha intención se haya manifestado en hechos exteriores objetivamente peligrosos para un bien jurídico. No hay que olvidar la importancia de este principio fundamental, basado en la separación axiológica del Derecho y la moral, porque mientras que para la esfera de valoración moral basta con la parte interna (contenido de la voluntad), la valoración jurídica toma como punto de partida el suceso externo, motivo por el que no es posible considerar punible el intento objetivamente no peligroso desde una perspectiva *ex ante* (HIRSCH, 2002, p. 768).

5 Dentro ya de la denominada *fase externa del iter criminis* es preciso distinguir, a su vez, entre una *fase de preparación* y una *fase de ejecución*. A la primera se adscriben los llamados actos preparatorios, que son en general impunes, lo cual constituye un rasgo característico de los sistemas políticos liberales. Con todo, el legislador incrimina determinados actos preparatorios (como son la conspiración, proposición y provocación) de forma excepcional y expresa en algunos delitos, bien que estos puedan ser entendidos como formas de participación intentada.

La segunda comienza con la tentativa y culmina con la consumación, y a ella se circunscribe normalmente la punición general. Esta decisión político-criminal de incriminación general de la tentativa de delito es discutible desde la perspectiva del principio de intervención mínima, que aconsejaría reservarla a los delitos más graves (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 589). Por otro lado, su apreciación solo está fuera de duda en los llamados “delitos de resultado”, pero no en los de “mera actividad”, que en principio, por su propia estructura típica, no admiten formas imperfectas de ejecución.

II. La tentativa

1. Definición de tentativa

1.1. Concepto: tipo objetivo y tipo subjetivo de la tentativa

Es frecuente encontrar en manuales y comentarios una afirmación general según la cual la tentativa es el hecho penal comenzado, pero no consumado, o, más exactamente, la acción que media entre la preparación y la consumación de un tipo doloso.

Más allá de esto, los elementos del correspondiente tipo de lo injusto dependerán de la formulación legal adoptada. Según el Código Penal español (CPE), en su artículo 16.1, “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. También el artículo 16 del CPP opta por una consideración objetiva.

Vemos que, en nuestro caso, a diferencia de otros códigos penales europeos (como el alemán, que se basa en criterios como la “representación del autor” y la “inmediatez de la resolución delictiva”), la definición legal parte de elementos de carácter nítidamente objetivo, como son la fórmula del *principio de ejecución*, y la *realización de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*. Por lo que respecta al tipo objetivo, la tentativa implica, pues, un *comienzo de ejecución*, y por lo que concierne al tipo subjetivo, la *resolución de consumir el delito* (MIR PUIG, 2008, p. 354 y ss.).

1.2. Distinción entre “tentativa acabada” y “tentativa inacabada”

Como puede deducirse la tentativa puede consistir en la ejecución de “todos” o “parte” de los actos que objetivamente deberían producir el resultado,

lo cual da lugar a la distinción entre tentativa acabada e inacabada para designar la primera y segunda posibilidad, respectivamente.

- 11 Esta distinción es relevante, entre otros aspectos, en orden a la determinación del “marco penal concreto”. En el caso español el artículo 62 del CPE establece que “a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”. En el caso peruano el propio artículo 16 advierte que el juez disminuirá “prudencialmente” la pena, lo que debería significar que la atenuación ha de ser mayor cuando se trate de una tentativa inacabada.

1.3. Distinción entre tentativa y desistimiento

- 12 La tentativa debe diferenciarse del desistimiento, supuesto en que el resultado no se produce justamente porque el sujeto evita voluntariamente la consumación del delito, mientras que la tentativa se caracteriza porque dicho resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

- 13 El desistimiento es, pues, en rigor, una causa de exclusión de la punibilidad, bien que la doctrina española dominante lo haya considerado como un “elemento negativo del tipo de la tentativa” (MIR PUIG, 2008, p. 359 y ss.). En cualquier caso, como advierte QUINTERO, “la aplicación de una pena sería contraria a todos los principios político-criminales que informan el sistema penal (mínima intervención, necesidad, proporcionalidad, etc.)” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 597).

- 14 A estos efectos el artículo 18 CPP establece que “si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos” y el artículo 16.2 CPE declara que “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

- 15 Es fundamental no perder de vista lo siguiente:

- 16 a) Para eximir de responsabilidad por el delito intentado el desistimiento debe ser “voluntario”. Este es precisamente el principal problema interpretativo del desistimiento, el de su voluntariedad, cuestión en la que se ha venido

asentando en España una posición jurisprudencial restrictiva (Vid: STS 26 de noviembre de 1997), que no es posible deducir del tenor literal del artículo 16.2 CP (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 599).

b) El desistimiento en la tentativa inacabada se produce con la simple suspensión de la ejecución, mientras que en la tentativa acabada es imprescindible un comportamiento activo encaminado a evitar la producción del resultado.

c) La exención de pena no abarca la responsabilidad derivada de los actos ya ejecutados con anterioridad al abandono constitutivos de delito. Por tanto si A evita voluntariamente la producción del resultado muerte de B, no responderá por una tentativa de homicidio, pero sí por un delito de lesiones si las heridas ya ocasionadas en el momento del abandono fueran constitutivas del mismo.

2. Estructura de lo injusto del delito intentado: “desvalor de acción” y “desvalor de resultado” en la tentativa

Las opiniones se dividen, en primer término, entre quienes piensan que la tentativa da lugar a *tipos distintos, aunque relacionados*, respecto a la consumación (MIR PUIG, 2008, p. 337), y quienes creemos que la tentativa, entendida como extensión de los tipos de la Parte Especial, solo da lugar a *tipos dependientes*, puesto que no existe una tentativa en cuanto tal, sino una tentativa de consumir algún delito en particular (JESCHECK, 1993, p. 703; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 2000, p. 475).

Por otro lado, es frecuente la afirmación según la cual la tentativa representa una realización completa del tipo subjetivo del delito de resultado doloso, e incompleta de su tipo objetivo (dado que en la tentativa, por principio, no se produce el resultado). La primera parte de esta última afirmación no puede considerarse, sin embargo, correcta, ya que a ella subyace el presupuesto según el cual el pleno desvalor de acción del delito de resultado doloso se da ya en el momento de la tentativa (“acabada”), lo cual no es cierto porque una “acción consumada” es ciertamente algo distinto a una “acción intentada”.

La “norma de prohibición” se lesiona ya con el comienzo de la tentativa, y todo lo que sucede posteriormente en el camino hacia el resultado perseguido conforme a la resolución previa no es sino un incremento gradual de lo injusto hasta la consumación (HIRSCH, 2002, p. 771). De aquí se deducen también consecuencias en orden al “desvalor de resultado”, que no es, por ello, algo ajeno a lo injusto cuya producción dependa del azar, sino que la producción del resultado constituye la obra querida y dirigida por la voluntad del autor,

a la vez que prohibida por la norma, lo que se muestra claramente, por ejemplo, cuando el autor tiene aún después del estadio de la actuación acabada la posibilidad de evitar la producción del resultado.

22 El desvalor de resultado no es, ni puede ser, como pretenden los defensores de un concepto subjetivo-monista de lo injusto, una “condición objetiva de punibilidad”, sino que forma parte de lo injusto penal. Esto se concluye claramente por varias vías. En primer lugar, porque al menos la aplicación de los delitos dolosos consumados, así como de los delitos imprudentes, depende de que el resultado haya sido causado dolosa o imprudentemente por el autor, mientras que lo que caracteriza a una condición objetiva de punibilidad es justamente que, ni es causada por el autor, ni abarcada dolosa o culposamente por este (GIMBERNAT, 2000, pp. XVI y ss.). En segundo lugar, es claro que las concepciones según las cuales la tentativa (“acabada”) constituye el prototipo de lo injusto de los delitos de resultado dolosos no se ajustan ni al Código Penal peruano ni al español que toman como prototipo al “delito consumado”, y establecen, en consecuencia, una atenuación obligatoria (y no meramente facultativa) de la pena para la tentativa (CEREZO MIR, 1998, p. 157; DEMETRIO CRESPO, 2002, *Conclusiones*).

23 Lo injusto del delito en grado de tentativa se configura, como en el delito consumado, a partir del “desvalor de acción” (pues, sin desvalor de acción, no puede haber en ningún caso injusto), desvalor que debe ponerse en íntima vinculación con su correspondiente “desvalor de resultado”. Evidentemente este último no puede ser el mismo en la tentativa que en la consumación, ya que en el delito doloso de resultado el “desvalor de resultado” constituye propiamente la conclusión material del desvalor de acción (HIRSCH, 2002, p. 772). El problema consistirá, pues, en cómo determinar ese “desvalor de resultado” en la tentativa, y en saber si es correcto afirmar que este debe consistir en toda tentativa punible en un peligro concreto para el bien jurídico.

3. Fundamento de punición y comienzo de la tentativa

3.1. Consideraciones previas

24 La cuestión de por qué se castigan conductas que no han conducido a la lesión de ningún bien jurídico es uno de los problemas más debatidos del Derecho penal ya que afecta profundamente al núcleo de la teoría de lo injusto, lo cual constituye una clara demostración de que las concepciones últimas sobre los fines de la pena y el Derecho penal no son ajenas a la teoría del delito.

Desde la perspectiva aquí adoptada resulta fundamental tener en cuenta que el problema del fundamento de punición no puede tratarse de forma aislada respecto al del comienzo de la tentativa, y prueba de ello es que punto de arranque para ambas discusiones es el artículo 16 CPP, que no encierra una declaración de principios sobre lo primero, sino, más bien, como acontece con el artículo 16 CPE, una fórmula para lo segundo. Esta vinculación se descubre claramente al constatar que las teorías sobre el fundamento de punición de la tentativa conducen a una determinada concepción de lo injusto de la tentativa, para cuya exacta configuración resulta fundamental la delimitación de su comienzo. Resumiendo la idea podríamos decir que para poder considerar fundamentada la punición de una tentativa, esta tiene, en todo caso, que haber comenzado. Se trata, sin duda, de uno de los problemas de mayor trascendencia del Derecho penal, pues se trata de trazar la frontera entre el ámbito de lo penalmente irrelevante y lo punible, pero también de mayor dificultad, como muestra el hecho de que no se haya encontrado hasta el momento una fórmula general satisfactoria. Pese a la naturaleza del problema, que aconseja analizar grupos de casos, no cabe renunciar a un tratamiento desde la perspectiva de la Parte General (DEMETRIO CRESPO, 2002, *passim*).

Las teorías existentes pueden encuadrarse en dos grandes grupos según la respuesta que se dé a la pregunta acerca de aquello que determina la significación del hecho punible, la lesión del bien jurídico o la desautorización de la norma que comporta la conducta (SERRANO-PIEDECASAS, 1999, p. 521; ALCÁCER GUIRAO, 2000, pp. 326 y ss.; JAKOBS, 2001, pp. 229 y ss.). La discusión ha sido capitalizada por dos grandes *doctrinas enfrentadas*: las *subjetivas*, centradas en la manifestación de la voluntad delictiva, y las *objetivas*, centradas en la posibilidad de lesión al bien jurídico. Desde ya hay que anunciar que el punto de vista aquí adoptado parte, en el sentido expresado por QUINTERO OLIVARES, de la necesidad de combinar ambas doctrinas (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 591).

3.2. Las teorías subjetivas: plan del autor

Como ya se ha dicho, estas teorías sostienen que la punibilidad de la tentativa se justifica básicamente en la manifestación de la voluntad delictiva. A su vez, dicha manifestación era interpretada con frecuencia como un signo de la peligrosidad del autor, lo que constituía la base última del fundamento de punición de “cualquier tentativa” con el argumento de que dicha peligrosidad hacía temer que el autor pudiera cometer con éxito en otra ocasión hechos delictivos. Las teorías subjetivas suelen vincularse a la influencia que ejercieron los planteamientos de VON BURI en Alemania en su calidad de miembro del

Tribunal del Imperio que asentaron en la jurisprudencia la consideración de que puesto que desde una perspectiva *ex post* todas las tentativas se muestran inidóneas para la producción del resultado solo la manifestación de la voluntad delictiva podía justificar el castigo.

- 28 Las teorías subjetivas encuentran también plasmación coherente con dicho fundamento de punición en el ámbito del comienzo de la tentativa. La teoría subjetiva más extrema se conforma con la simple objetivización de la voluntad en el sentido de que sea posible reconocer la intención antijurídica del sujeto. Otras intentan una mayor delimitación con el argumento de que la exteriorización de la voluntad debe poner de manifiesto en concreto qué delito se quería cometer (teoría del *dolus ex re*), o exigiendo la firmeza de la resolución delictiva, o que el sujeto haya tomado el “decisivo impulso de voluntad” (BOCKELMANN).
- 29 Estas teorías merecen un juicio rotundamente negativo, puesto que, como ya hemos subrayado, la mera voluntad del sujeto de cometer un hecho delictivo no es base suficiente para justificar la intervención del Derecho penal, y la dirección que esto sostiene no es compatible en absoluto con un “Derecho penal del hecho” propio del Estado democrático. Por esta misma razón, tampoco es posible admitir un comienzo de la tentativa basado exclusivamente en los criterios subjetivos anteriormente expuestos, puesto que se conforman con estadios anteriores a la puesta en peligro del bien jurídico para considerar comenzada la tentativa.
- 30 Pero además es evidente que, por lo que respecta al problema de delimitación del comienzo, las teorías subjetivas son absolutamente incapaces de lograr dicho objetivo, y como consecuencia de esta incapacidad intrínseca se produce el resultado justamente inverso a lo pretendido, la *total disolución de la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos*, y con ella la eliminación de la garantía de seguridad jurídica que dicha diferenciación representa. Con los criterios de las teorías subjetivas es posible considerar comenzada la tentativa en cualquier momento anterior a la fase ejecutiva en la que de alguna forma se haya podido manifestar la voluntad delictiva, produciéndose como consecuencia una ampliación excesiva de los actos ejecutivos en perjuicio de los actos preparatorios (FARRÉ TREPAT, 1986, p. 155).
- 31 Con todo, las teorías subjetivas remiten a un elemento que deviene fundamental, cual es el *plan del autor*, del que no es posible prescindir. En primer lugar, por el propio concepto de tentativa (que requiere, como se precisó más arriba, la resolución de consumir algún delito en particular): como dice

QUINTERO OLIVARES, “si un disparo ha producido la rotura de una luna (delito de daños), no puede ser irrelevante saber si el autor lo que realmente quería era matar a alguien, lo que sería tentativa de homicidio, o no” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 592). En segundo lugar, porque, la realización del delito puede adoptar muchas modalidades ejecutivas a elección del sujeto, de modo que hechos con igual apariencia pueden conducir a resultados distintos en el plano objetivo dependiendo de cuál sea el plan del autor.

De hecho, a partir de este elemento habrá que deducir en qué estadio se encontraba la acción enjuiciada respecto a la acción típica, de manera que una misma acción puede convertirse en acto preparatorio o acto ejecutivo en función de su relevancia y relación para el resultado delictivo, así como de la proximidad o lejanía de esa acción para dicho resultado, datos únicamente extraíbles a partir de la representación del autor (ALCÁZER GUIRAO, 2001, pp. 45-46). Así, por ejemplo, en el caso de quien apunta a otra persona desde una ventana, desde la mera contemplación externa —con absoluta asepsia acerca del plan del autor— no sabremos si se trata de un acto preparatorio (el autor piensa disparar la semana próxima y trata únicamente de comprobar las posibilidades de acierto a esa distancia), o un acto ejecutivo (se dispone a disparar en ese mismo momento).

Ahora bien, como ha puesto de relieve la mayor parte de la doctrina, asumir la necesidad de tener en cuenta el plan del autor no implica aceptar una delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos únicamente en la representación del autor, sino que, a partir de ahí, deben ser criterios objetivos vinculados a la realización típica los que entren en juego. Es decir, la determinación del comienzo de ejecución no se deja en manos del propio autor, lo que sería absurdo, sino que debe decidirse objetivamente, examinando, por ejemplo, si quedan *actos intermedios esenciales* entre la conducta juzgada y acción propiamente típica.

Por tanto, pese al rechazo contundente que merecen las teorías subjetivas, se les reconoce el mérito de haber puesto de relieve la importancia que posee el elemento del plan del autor en la determinación del comienzo de la tentativa, y ello porque tampoco es posible prescindir del contenido de la voluntad en lo relativo al fundamento de punición.

3.3. Las teorías objetivas: peligro y peligrosidad

A diferencia de las anteriores las teorías objetivas parten de un punto de vista adecuado cual es *la puesta en peligro del bien jurídico*. Cabe distinguir

básicamente dos modelos objetivos: el que responde a la herencia de la *antigua teoría objetiva* (basada en una perspectiva *ex post* en la formulación del juicio de peligro), y el que responde a la herencia de la *moderna teoría objetiva* (basada en una perspectiva *ex ante* en la formulación del juicio de peligro).

36 La *antigua teoría objetiva*, que parecía abandonada, ha sido reformulada en términos normativos, apoyándose en la “revolución dogmática” operada en los últimos tiempos por la teoría de la imputación objetiva (que ha demostrado que el juicio de adecuación no tiene por qué situarse en el momento del comienzo del hecho) para abandonar así el viejo dogma ontologicista-causal, y conduce a exigir en toda tentativa punible un desvalor de resultado consistente en un peligro concreto. La propuesta responde sin duda a una loable intención político-criminal (la aplicación hasta sus últimas consecuencias del “principio de lesividad”), se presenta desde el punto de vista dogmático coherentemente al partir del mismo fundamento para el delito consumado y el intentado, y sirve, en principio, para la interpretación del Derecho vigente tanto en Perú como en España, que acogen una fórmula eminentemente objetiva. No por ello está exenta de importantes *consideraciones críticas* que deben ser puestas de relieve:

37 a) La traslación automática al ámbito de la tentativa de los resultados obtenidos en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva no parece posible: esta última persigue la imputación de un resultado verdaderamente producido mientras que la segunda se caracteriza justamente por la no-producción del resultado, sino, en todo caso, por la producción de “un resultado de peligro”.

38 b) La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse un resultado de peligro no ha sido todavía suficientemente aclarada por la Ciencia Penal. En el debate entre concepción ontológica (fáctica) o normativa del concepto de peligro esta última parece ir ganando cada vez más adeptos pues la teoría científico-natural (HORN) —que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias tendrían que haber dado lugar a la lesión del objeto de la acción— estrecha demasiado el concepto de peligro concreto.

39 En cambio, la concepción normativa del peligro parte de que existe un peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce solo por casualidad —en el sentido de una circunstancia en cuya producción no se puede confiar— de modo que todas aquellas causas salvadoras que se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o en una feliz e indomitable concatenación de otras circunstancias no excluirían responsabilidad por el delito de peligro

concreto. Otros autores añaden otros requisitos como la indominabilidad del curso de la puesta en peligro, o sobrepasar el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales (ROXIN, 1997, § 11, p. 116 y ss.).

Este último es el criterio que a juicio de SERRANO-PIEDecasas, siguiendo a DEMUTH, debe servir para medir el peligro concreto en la tentativa. La teoría de este autor representa un valioso ensayo de fundamentación objetiva de la tentativa, construido a partir de la concatenación de un juicio sobre la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta más un juicio de peligro *ex post* acerca del concreto resultado de peligro, que evita las consecuencias más extremas a las que conduciría la exigencia de un resultado de peligro en sentido ontológico para cualquier tentativa punible (SERRANO-PIEDecasas, 1998, *passim*; 1999, *passim*, 2001, *passim*). 40

c) Efectivamente, como acabamos de ver, los intentos dogmáticos para la delimitación del “resultado de peligro” muestran que *la formulación del juicio de peligro en los delitos de peligro concreto debe situarse como mínimo en el momento final de la acción*: es decir, el autor debe haber realizado al menos todos los actos ejecutivos necesarios que objetivamente deberían haber conducido a la producción del resultado para poder operar con otros criterios tales como que el resultado no se produzca en virtud de una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. 41

Si no queremos reducir el problema de la tentativa a un juicio de necesidad es preciso examinar el peligro en la misma necesariamente en un momento anterior, el del comienzo de la acción, lo que hace imposible afirmar la identidad estructural de ambos injustos. Si esto no se comparte, lo cual es perfectamente válido, entonces el siguiente paso será reconocer que con la exigencia de un peligro concreto quedan fuera del Derecho penal, no solo todas las tentativas “inidóneas”, lo que no sería problemático, pero además todas las tentativas “idóneas” inacabadas, e incluso, llevando el argumento al extremo, las tentativas “idóneas” acabadas en las que, pese a haber realizado el autor todos los actos ejecutivos necesarios para que objetivamente se produzca el resultado la víctima no llega a entrar en el radio de actuación del autor (supuesto que puede darse en el ámbito de la autoría mediata) (ALCÁcer GUIRAO, 2000, pp. 188-189). 42

d) La exigencia de un peligro concreto en la tentativa diluye por otra parte la posibilidad de una tentativa de un delito de peligro concreto, justamente porque el peligro concreto es lo que conforma el desvalor de resultado de este 43

tipo de delito, lo cual no puede rebatirse simplemente con el argumento de que no debe ser punible, pues esto no pasa de ser una valoración político-criminal con la que, por otra parte, cabe estar de acuerdo. Se trata, por tanto, de no nivelar dogmáticamente supuestos distintos, pues si todo injusto penal exige un desvalor de resultado en forma de peligro concreto también habría que exigir un peligro concreto en los delitos de peligro abstracto.

44 La moderna teoría objetiva se conforma con la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta (peligrosidad potencial para el bien jurídico), admitiendo con carácter excepcional la punición de supuestos en los que dicha peligrosidad potencial no se ve confirmada *ex post*, por entender que lo contrario significa sacrificar el mínimo de prevención necesaria y restringir en exceso el ámbito de la tentativa punible. Se acepta, pues, la existencia excepcional de un injusto de tentativa sin desvalor de resultado entendido como resultado de peligro concreto. A esta última consecuencia puede llegarse desde el concepto dualista de lo injusto penal, justamente porque se configura como una excepción y no como prototipo de lo injusto, del mismo modo que la tentativa es también un caso especial respecto al delito consumado. La tentativa puede conllevar un desvalor de resultado en forma de peligro concreto, lo cual influirá en la gravedad de lo injusto y en la pena aplicable, pero no necesariamente. Esto último no significa, sin embargo, que la tentativa carezca en esa hipótesis de cualquier desvalor de resultado, porque en definitiva, como dice QUINTERO OLIVARES, “el desvalor de resultado en la tentativa viene dado por la exteriorización de unos actos que objetivamente pueden constatarse orientados a dañar el bien jurídico”, subrayando, continúa el autor, “que orientados son los actos objetivos y no simplemente la voluntad” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 592), y ello sin perjuicio de que el desvalor de acción puede ser también menor, cosa que se pierde de vista con frecuencia al adoptar un concepto subjetivista del desvalor de acción, identificándolo equivocadamente con el mero desvalor de la intención.

45 Las teorías objetivas tienen también su reflejo en el ámbito de la determinación del comienzo de la tentativa. Como ya se ha dicho, la fórmula legal de la tentativa adoptada tanto en el CPE como en el CPP gira en torno a un elemento claramente objetivo como es el principio de ejecución, fórmula cuyo origen parece encontrarse en la expansión del Código Penal francés, así como en la aceptación de la ideología de la Revolución francesa, lo que se refleja en las consecuencias restrictivas que implica como son la exclusión de la fase de deliberación interna, y la exclusión de los actos exteriores no ejecutivos. De esta forma la impunidad general de los actos preparatorios es un rasgo característico

de los sistemas políticos liberales, mientras que la punición genérica de los mismos revela una actitud propia de sistemas autoritarios.

Las *teorías objetivo-formales* sobre el comienzo de la tentativa parecen ofrecer un alto grado de seguridad jurídica por la exigencia de que la conducta comience a realizar el “verbo típico” para considerar comenzada la tentativa, pero en realidad solo consiguen desplazar el problema de la pregunta por el comienzo de la ejecución a la pregunta por el comienzo de realización de la conducta típica (Cfr, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, 2000, p. 52; FARRÉ TRIPAT, 1986, p. 158; MORENO-TORRES HERRERA, 1999, p. 230; SOLÁ RECHE, 1996, p. 146), lo que no significa que no representen un punto inicial para la discusión. Al contrario, el concepto de ejecución, como el de consumación, no deja de tener naturaleza formal y estar referido a un tipo delictivo determinado, de lo que se desprende que para la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios hay que recurrir, en primera instancia, a una teoría formal.

La *fórmula de Frank*, sobre la cual se basan desarrollos posteriores como la *Ansatz-formel* propuesta por WELZEL y acogida en el § 22 del Código Penal alemán (StGB) o la teoría de los actos intermedios como concreción de esta última, constituye el precedente de las teorías objetivo-materiales, pues consigue flexibilizar la solución dada por las teorías objetivo-formales a la determinación del comienzo de la tentativa, considerando como constitutivas del mismo no solo las acciones ejecutivas típicas en sentido estricto, sino también las inmediatamente anteriores que según la concepción natural constituyen ya un comienzo de ejecución. Se plantea aquí la cuestión de si las teorías objetivo-materiales sirven por esta vía a la identificación de la conducta típica o constituyen, por el contrario, un resorte para la punición de conductas atípicas. La primera de las opciones aparece como la correcta si la tipicidad de la tentativa se determina no exclusivamente mediante la subsunción de la conducta en el verbo típico de la correspondiente figura de la Parte Especial, sino mediante una interpretación conjunta de esta última y la regulación general de la tentativa en la Parte General.

Las *teorías objetivo-materiales* propiamente dichas, aisladas de consideraciones ulteriores, fracasan en el problema de determinación del comienzo de la tentativa. En primer lugar, como ya se ha dicho, la directa aplicación al ámbito del comienzo de la tentativa de una teoría objetiva de punición de la misma que exige un resultado de peligro en toda tentativa punible conduce a consecuencias excesivamente restrictivas. Pero, en segundo lugar, lo que parece más importante es que el peligro para el bien jurídico aparece como un concepto incapaz por sí mismo, sin referencia alguna al plan del autor, para

deslindar los actos preparatorios de los actos ejecutivos: peligro para el bien jurídico puede darse ya en los actos preparatorios, y, por otro lado, actos aparentemente peligrosos desde un punto de vista externo absolutamente aséptico respecto al plan del autor pueden ciertamente no serlo en absoluto o adquirir objetivamente un significado distinto una vez tenido en cuenta este último.

3.4. La llamada “tentativa inidónea”: ¿qué es? ¿es punible?

49 Buena parte de los problemas “irresolubles” de la tentativa se concentran justamente en “descifrar” qué hay que entender por “tentativa inidónea”, y en saber si es o no punible. Resulta verdaderamente llamativa la falta de acuerdo de la doctrina, incluso en torno a los hechos que merecen esta consideración, sobre todo si tenemos en cuenta, como ha advertido la doctrina especializada, que se trata de una cuestión fundamental con influencia directa en la vertebración y coherencia de toda la teoría jurídica del delito (SOLÁ RECHE, 2001, p. 774).

50 Como punto de partida la doctrina adopta la idea general de que tentativa inidónea es aquella que, en las circunstancias dadas, es incapaz de alcanzar la consumación, bien sea por inidoneidad del objeto, del medio, o del sujeto (JESCHECK, 1993, p. 480). Parece claro que la distinción entre tentativa idónea e inidónea tiene lugar a partir del juicio previo sobre la peligrosidad de la acción referida a su capacidad para producir el resultado. Ahora bien, la conclusión general según la cual, en aplicación de este criterio, las primeras son punibles y las segundas impunes, no siempre parece correcto. Desde el punto de vista aquí adoptado, la distinción decisiva a efectos dogmáticos debería ser la de *tentativa peligrosa o no peligrosa desde una perspectiva ex ante*, mientras que la referente a la idoneidad o inidoneidad de la conducta tendría un carácter funcional en orden a la identificación de grupos de casos, y valoración del correspondiente merecimiento de pena. La cuestión de fondo es el verdadero alcance que cada autor confiere a la relevancia de la peligrosidad de la conducta en la fundamentación de lo injusto y las condiciones en que debe determinarse (SOLÁ RECHE, 1996, p. 17). De acuerdo con el criterio expuesto, como advierte MIR PUIG, “la objetividad que puede exigirse para los actos ejecutivos solo puede entenderse en el sentido de *intersubjetividad* que supone el criterio del hombre medio situado *ex ante*” (MIR PUIG, 2008, p. 357).

51 La antigua teoría objetiva (arriba analizada) dio lugar, a partir del desarrollo dada a la misma por MITTERMAIER, a la diferencia entre *inidoneidad absoluta o relativa*. Este autor distinguió entre inidoneidad del objeto e inidoneidad del medio empleado. La primera determina la impunidad de la acción delictiva

porque si el objeto hacia el que se dirige la acción, o no existe, o es inadecuado según lo exigido por la ley, no es posible vulnerar derecho subjetivo alguno. Esto sucedería, por ejemplo, cuando se pretende matar a un cadáver, se dispara al bulto de la cama, el ladrón confunde la cosa ajena con la propia, o se pretende realizar un aborto sobre mujer no embarazada. La segunda determina la impunidad de los casos en que el medio empleado es en sí inidóneo y bajo ninguna circunstancia hubiera dado lugar al resultado, pero permite la punición de los casos de inidoneidad relativa, en los que el medio es idóneo, pero resulta ser inidóneo en el caso concreto. Casos de inidoneidad absoluta serían el disparo con una pistola descargada, o aquel en el que el autor confunde el tarro del veneno con el del azúcar y la emplea para matar. Caso de inidoneidad relativa sería, por el contrario, el uso de una cantidad insuficiente de veneno.

La distinción, aparentemente lógica, ha sido criticada, llegando a dudarse ⁵² absolutamente de su viabilidad conceptual y teórica (ALCÁCER GUIRAO, 2000, p. 136 y ss.; FARRÉ TREPAT, 1986, p. 296 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, 1999, p. 293 y ss.). En cuanto al medio, su carácter de idoneidad absoluta o relativa vendrá dada en el caso particular por el concreto fin que se persiga (así p. e. el azúcar no será un medio inidóneo para matar a una persona diabética), y el modo en que se utilice (un medio teóricamente inidóneo puede ser apto para matar utilizado hábilmente). El criterio, pese a la loable intención de excluir del ámbito de punición de la tentativa casos que aparecen claramente como no merecedores de pena, no ofrece límites rigurosos en los que basarse desde un punto de vista sistemático, pues la clasificación de los casos dependerá del progresivo grado de abstracción de los hechos que se adopte. En el caso del disparo con pistola, todo dependerá de las circunstancias que se tomen en cuenta, el disparo con la pistola, o también el hecho de estar descargada. En el caso del veneno, el hecho de emplear veneno, o el de emplear una cantidad insuficiente. Finalmente hay casos en los que es difícil buscar una solución, como en el de la *SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 1996* en el que el acusado efectúa cinco disparos contra su mujer cuando esta se hallaba a una distancia entre 15 y 20 metros, sin que ninguno de los proyectiles alcanzase a la mujer —debido a que el revólver había sido modificado para permitir el uso de munición con bala de calibre 22, siendo correcto el mecanismo de disparo, pero estando seriamente reducidas su precisión y potencia— en la que no se aprecia tentativa de homicidio, y se estima que se trata de un caso de tentativa absolutamente inidónea con el argumento de que no ha habido peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal (GRACIA MARTÍN, 1999, p. 335 y ss.).

53 Para ALCÁZER GUIRAO quienes operan con esta distinción terminan cayendo en una contradicción sistemática pues postulan la punición de supuestos en los que no se da ningún peligro para el bien jurídico, ya que tan inidóneo es disparar con una pistola descargada como con una encasquillada. Este autor entiende que el razonamiento que lleva a considerar punibles algunos casos de tentativa relativamente inidónea es muy similar a un juicio de peligrosidad estadística característico de los delitos de peligro abstracto, puesto que se castiga no por lo realmente acaecido sino por lo que hubiera podido acaecer en otras circunstancias (ALCÁZER GUIRAO, 2000, p. 142). Con todo, entendemos que no es posible prescindir en el debate científico de la distinción entre tentativa idónea e inidónea, así como de la ulterior distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, como lo demuestra el hecho de que, por discutible que resulte la validez a efectos dogmáticos de estas categorías, la doctrina y también la jurisprudencia siguen acudiendo a ellas para identificar grupos de casos y examinar el merecimiento de pena de los mismos.

54 Es preciso subrayar, como advierten MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, que para que la llamada “tentativa inidónea” sea punible debe reunir las mismas cualidades que la “tentativa idónea” (darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer esta objetivamente un “riesgo de lesión” para el bien jurídico protegido), pero teniendo en cuenta que el último de los requisitos mencionados se dirige a valorar la peligrosidad de la acción medida con criterios objetivos que valoren el propósito del autor situándose en sus circunstancias y en el contexto en que actuó (MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, p. 484). Queda suficientemente claro, por tanto, que el dolo de consumación nunca puede constituir por sí solo base suficiente para fundamentar la punición de la conducta, sino que hace falta algo más: la peligrosidad objetiva de la conducta (que implica un “riesgo de lesión” para el bien jurídico), y el comienzo de ejecución. Esta posición se basa en la idea de que existen supuestos en los que la peligrosidad *ex ante* no se ve corroborada *ex post* y que, pese a ello, no tendría sentido *ab initio* considerar impunes, salvo que esta sea la voluntad del legislador.

55 En el Derecho español puede concluirse, de acuerdo con el punto de vista mayoritario, que “si con esta consideración objetiva *ex ante* se admite que el sujeto podía *razonablemente* pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que *ex post* (sabiendo ya, por ejemplo, que la pistola estaba descargada), dicha consumación hubiera sido imposible” (MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, p. 484). No se llega a una consecuencia diferente en estos casos por la vía de exigir un resultado de peligro concreto medido con el

parámetro normativo de “rebasar las medidas defensivas normales”: objetivamente el bien jurídico no se pone en concreto peligro cuando el sujeto activo dispara al bulto de la cama en la que a esa hora, como cada día, la víctima debía estar durmiendo, y ello con independencia de que no estuviera en la cama porque se había ido a una discoteca y no quería que sus padres se enterasen, o bien, porque, sabiendo que le iban a matar, se esconde en un lugar donde el sujeto activo no podrá encontrarle. En ambos casos se da una situación de riesgo de lesión para el bien jurídico, por mucho que este no haya llegado a entrar directamente en el radio de actuación del autor.

En todo caso habrá supuestos que no serán punibles directamente por *falta de adecuación típica de la conducta*, aquellos tradicionalmente entendidos como supuestos de “tentativa absolutamente inidónea”, “delito imposible” o “tentativa irreal”, pues, en estos casos, el fundamento del castigo no puede buscarse en una relación con lo injusto típico: por ejemplo, claramente, en los casos de inexistencia de objeto, en los que faltaría cualquier base para la afirmación de la antijuridicidad material de la conducta (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 602). En este sentido cabe decir que la discusión puede únicamente centrarse en los supuestos conocidos como de “tentativa relativamente inidónea” (aunque se trate, como ya hemos visto, de una categoría conceptual discutible) en los que se precisa, como requisito mínimo para su punición, “que el autor haya decidido vulnerar un bien jurídicamente tutelado a través de una acción que no sea absolutamente ajena a la órbita del tipo” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 604). Este es también el criterio jurisprudencial expuesto por el Tribunal Supremo Español, entendiendo como supuestos de tentativa punible conforme a su actual definición típica los casos que podrían definirse como de inidoneidad relativa, aquellos en los que los medios utilizados, objetivamente valorados *ex ante* desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (Vid: SSTs de 10 de octubre de 1997, 21 de junio de 1999 y 13 de marzo 2000).

Entendemos que la situación en Perú no varía sustancialmente, bien que haya que valorarla a partir de la exégesis que se lleve a cabo acerca del alcance de la expresa despenalización del “delito imposible” contenida en el artículo 17 CPP: “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

III. La consumación del delito

- 58 Como ya se dijo al comienzo, los tipos penales de la Parte Especial describen el delito en el estadio de consumación, planteándose a partir de ahí la cuestión del castigo de fases anteriores de realización del delito.
- 59 La *consumación jurídico-penal del delito* es un concepto de naturaleza formal, que consiste en la realización de todos los elementos comprendidos en el tipo legal del mismo, sin que sea relevante aquí que el autor haya conseguido su propósito (JESCHECK, 1993, p. 468; POLITOFF, 1999, p. 13 y ss.). Materialmente la consumación tiene como consecuencia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin que ello, como es lógico, prejuzgue en modo alguno que se hayan cumplido o no los elementos, que como la antijuridicidad o la culpabilidad, componen jurídicamente el delito (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 605).
- 60 Como advierte QUINTERO, no puede fijarse una regla única para la consumación, pues esta depende de cada tipo penal, de modo que p.e. en *los delitos instantáneos* se alcanza en cuanto el acto da lugar al resultado previsto, en *los delitos permanentes* se prolonga en el tiempo mientras dure la situación de ofensa al bien jurídico, en *los delitos de hábito* dependerá de la concreta valoración jurídica que lleve a cabo el juez sobre la correspondiente reiteración de acciones, y en *los delitos continuados*, las consumaciones parciales se subsumen en una consumación final que tiene lugar cuando el autor realiza el último de los delitos del conjunto (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 606).
- 61 Finalmente la doctrina distingue entre consumación jurídico-penal del delito y *consumación material o agotamiento*, entendiendo por esta última la efectiva consecución de todos los fines perseguidos por el autor del delito, como sucedería p.e. en el hurto en el caso de que el autor llegara a alcanzar efectivamente el “lucro” perseguido, cosa que, como se explica al estudiar el delito mencionado, carece de relevancia alguna para determinar su consumación en sentido jurídico-penal (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 607).

IV. Bibliografía

- 62 ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000; ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Edisofer, Madrid, 2001; ARROYO ZAPATERO, Luis / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón / TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones

Experiencia, Barcelona, 2004; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, “Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema”. En: *Estudios jurídicos en honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, Tomo I. J. M. Bosch, Barcelona, 1983; CEREZO MIR, José, “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”. En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 1, 1998; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. II. Teoría jurídica del delito*. 6ª edición. Tecnos, Madrid, 1998; CEREZO MIR, José, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa”. En: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*. Comares, Granada, 1999; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*. Comares, Granada, 2003; DOVAL PAIS, Antonio, *La penalidad de las tentativas de delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Bosch, Barcelona, 1986; FARRÉ TREPAT, Elena, “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, y en la *actio libera in causa*”. En: *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XIII, 1990; GIMBERNAT, Enrique, “Prólogo”. En: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)”. En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 3, 1999; HIRSCH, Hans, “Los conceptos de ‘desvalor de acción’ y ‘desvalor de resultado o sobre el estado de cosas’”. Traducción de Demetrio CRESPO. En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002; JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 1, 2000; JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”. En: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Traducción y estudio preliminar de PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”. En: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Traducción y estudio preliminar de PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLES y CANCIO MELIÁ. Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. Marcial Pons, Madrid, 1995; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Traducción MANZANARES SAMANIEGO. Comares, Granada, 1993 (5ª edición. Traducción de OLMEDO CARDENETE. Granada, Comares, 2002); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho*

penal. Parte general III. Los fundamentos de extensión de la tipicidad. Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Reppertor, Barcelona, 2008; MORENO-TORRES HERRERA, María, *Tentativa de delito y delito irreal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, *El delito imposible*. Iussu Senatus Universitatis, Salamanca, 1963; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y Derecho penal comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), *Comentarios al Código Penal*. 2ª edición. Aranzadi, Pamplona, 2001; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Acto, resultado y proporcionalidad (Aportación a la reforma del Código Penal español)”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 35, Fasc./Mes 2, 1982; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Josep, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Aranzadi, Pamplona, 2002; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, “Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 51, Fasc./Mes 1-3, 1998; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, “Fundamento de la punición en la tentativa”. En: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*. Comares, Granada, 1999; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Fundamentación del injusto de la tentativa*. Marcos Lerner, Córdoba (Argentina), 2001; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la producción del resultado”. En: Seminario de Derecho penal e Instituto de Criminología (coordinadores), *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico da Universidade, Santiago de Compostela, 1989; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La regulación del *iter criminis*”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1997; SOLA RECHE, Esteban, “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 47, Fasc./Mes 1, 1994; SOLA RECHE, Esteban, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*. Comares, Granada, 1996; SOLA RECHE, Esteban, “Sobre el concepto de tentativa inidónea”. En: MORALES PRATS, Fermín / QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001; TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La tentativa con dolo eventual”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 45, Fasc./Mes 2, 1992; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”. En: *Presupuestos para la reforma penal*. Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de la Laguna, Tenerife, 1992.

§ 17 Tentativa inidónea

THEDA SCHLAGETER
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
(Alemania)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	711	IV. Presupuestos y límites de la tentativa inidónea.....	19	715
II. Comparación con la situación jurídica en España y Alemania.....	6	712	V. Delimitación entre delito de bagatela y tentativa inidónea.....	22	717
1. La tentativa inidónea en el Código Penal español	7	712	VI. Tentativa irreal y tentativa supersticiosa.....	26	718
2. La tentativa inidónea en el Código Penal alemán	10	713	VII. Bibliografía.....	27	719
III. El fundamento de la punición en la tentativa.....	16	714			

§ 17.- Tentativa inidónea

“No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

I. Introducción

Mientras el artículo 16 establece la punibilidad de la tentativa, el artículo 17 estipula que la tentativa queda impune cuando la consumación del delito es imposible, bien porque el medio empleado para la realización del delito es absolutamente ineficaz, bien porque el objeto del delito es absolutamente inidóneo.

El solo hecho que un injusto penal no haya sido consumado no lo convierte en impune; por el contrario, se trata de la clásica constelación de la tentativa. La no consumación recién se convierte en impune en virtud de que la realización de la misma no fue posible en absoluto, bien porque el medio empleado o bien porque el objeto de la acción no fueron idóneos para consumir el hecho. Sin embargo, la redacción del artículo 17 establece que no todo tipo de inidoneidad para la consumación del hecho es suficiente para suprimir la punibilidad de la tentativa. Por el contrario, el medio utilizado debe ser absolutamente ineficaz o el objeto de la acción debe ser absolutamente inidóneo. Por lo tanto, conforme a la interpretación gramatical, es evidente que no toda clase de inidoneidad para la consumación del hecho satisface tal requerimiento, sino solo

una que es absoluta; es decir, una para la cual la consumación del hecho fue completamente imposible desde el principio.

- 3 1. Del texto literal no se puede deducir para quién y en qué momento debe ser reconocible la imposibilidad total de consumación del hecho. Obviamente, el autor al que se refiere el artículo 17 no reconoce la inidoneidad de su medio o del objeto de su acción, al menos no *ex ante*, pues de lo contrario no intentaría consumir el hecho con tal medio o sobre dicho objeto. Tal vez él reconoce la inidoneidad *ex post*, pero este no es necesariamente el caso. Por lo tanto, desde un punto de vista subjetivo, en sentido del artículo 17, para el propio autor la tentativa se presenta exactamente así, como aquella del artículo 16.
- 4 2. Debido a que el propio autor no reconoce la absoluta inidoneidad del medio con el que ejecuta el hecho o el objeto del delito, la valoración de la inidoneidad debe basarse en el punto de vista de un tercero. Este puede valorar la idoneidad tanto *ex ante* como *ex post*, ya que el texto no establece restricción alguna.
- 5 La opinión predominante en la literatura jurídico-penal peruana reconoce una tentativa impune en sentido del artículo 17, tanto en los casos en que un tercero objetivo reconoce la inidoneidad absoluta *ex ante*, como en los casos en que este reconoce la inidoneidad recién *ex post*.

II. Comparación con la situación jurídica en España y Alemania

- 6 Si uno compara los ordenamientos jurídicos de España y Alemania, los cuales son muy influyentes en el Derecho penal peruano, es evidente que legislador y ciencia jurídico-penal, en dicho punto, transitan caminos diferentes.

1. La tentativa inídonea en el Código Penal español

- 7 El Código Penal español, en el artículo 16 numeral 1, establece:
- 8 “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.
- 9 El Código Penal español no contiene una regulación explícita para los casos en que los actos realizados no cumplen los elementos del tipo penal, es decir, el hecho no puede ser consumado. Sin embargo, el presupuesto para una tentativa punible es que el autor deba haber realizado total o parcialmente

aquellas conductas que objetivamente podrían producir el resultado. Esto significa que solo son punibles las conductas que *ex ante* para un tercero objetivo se presentan como un medio adecuado para producir el resultado. De ello se deduce, *a contrario sensu*, que quedan impunes aquellas conductas que solo en el plano subjetivo de la imaginación del autor son adecuadas para la producción del resultado, las cuales para un tercero objetivo *ex ante* son percibidas como inidóneas.

2. La tentativa inidónea en el Código Penal alemán

El Código Penal alemán regula explícitamente solo una forma especial 10 de la denominada tentativa inidónea. En el párrafo 23 inciso 3 se establece:

“Si el autor, debido a una falta de comprensión grave, desconoce que la 11 tentativa conforme a la naturaleza del objeto o del medio sobre el que (y, respectivamente, con el que) debería cometerse el hecho punible de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inc. 2)”.

Este juicio equivocado debe ser sumamente grave no solo para los expertos 12 especializados, sino también para cualquier tercero objetivo que tenga capacidad de comprensión⁽¹⁾. Por lo tanto, el artículo 23, inciso 3 del Código Penal alemán solo es aplicable cuando para un tercero objetivo, desde una perspectiva *ex ante*, la inidoneidad de la tentativa es evidente debido a una ausencia absoluta de peligrosidad.

La disposición guarda cierta similitud con la del artículo 17, pues también 13 aquí se trata de si se puede disminuir la pena o prescindir completamente de ella cuando por la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción o del medio con que se comete el hecho de ninguna manera es posible la consumación. El legislador quiere comprender casos “en los que ni existió un peligro concreto ni un peligro abstracto”⁽²⁾. Sin embargo, esto rige solo en aquellos casos en los que el autor, debido a representaciones completamente absurdas de las comúnmente conocidas relaciones de causalidad⁽³⁾, es decir, de las leyes naturales, ha comprendido erróneamente la no realización de la tentativa. Este desconocimiento debe ser ostensiblemente incomprensible no solo para el experto

(1) BGH 41, 95.

(2) Bundestag-Drucksache V/4095 S. 12; BGH 41, 95.

(3) BGH 41, 95 mit Besprechung Radtke JuS 96, 878.

especializado, sino también para cualquier tercero objetivo que posee un conocimiento empírico promedio⁽⁴⁾. Por lo tanto, el parágrafo 23 inciso 3 del StGB solo es aplicable cuando, para un tercero objetivo, *ex ante*, la inidoneidad de la tentativa, debido a su absoluta inocuidad, es evidente.

14 Esto significa, por el contrario, que también son punibles aquellas tentativas que si bien es verdad, por falta de objeto idóneo del hecho o medio idóneo de ejecución, no pueden conducir al resultado típico, pero también para un tercero objetivo *ex ante* la inidoneidad y, por lo tanto, la inocuidad de la conducta no es “ostensiblemente incomprensible”.

15 3. El artículo 17 del Código Penal peruano no contiene explícitamente tal restricción en torno a las tentativas, las cuales para un tercero objetivo *ex ante* es reconocible como inocuo y, por lo tanto, como inidóneo. Sin embargo, el texto literal que exige absoluta ineffectividad o absoluta inidoneidad puede entenderse en este sentido. Pues, un medio empleado o un objeto de la acción es ineficaz absoluto solo cuando una conducta de tentativa en ningún caso puede conducir a la consumación. Si, en un caso concreto, la idoneidad del medio empleado o del objeto de la acción para conducir a la tentativa a la consumación depende de circunstancias accidentales, entonces solo se puede hablar de ineffectividad o inidoneidad, pero no de absoluta ineffectividad o absoluta inidoneidad. Esto significa que solo pueden considerarse como absolutamente ineficaces y absolutamente inidóneos, respectivamente, aquellos medios y objetos, cuya ineffectividad o inidoneidad es reconocible *ex ante* para un tercero objetivo. Si este no es el caso, entonces el acto no está comprendido por el artículo 17, pero aún constituye una tentativa punible en sentido del artículo 16, aunque inidónea.

III. El fundamento de la punición en la tentativa

16 Si se toman en consideración los diversos puntos de vista sobre la fundamentación jurídico-penal de la tentativa, estos también sostienen que no toda tentativa inidónea en virtud de un medio ineficaz o de un objeto inidóneo queda impune.

17 1. Según la teoría subjetiva, el fundamento punitivo de la tentativa radica en la voluntad criminal⁽⁵⁾. Por lo tanto, también es completamente irrelevante que la tentativa sea objetivamente inidónea. Lo único decisivo es que el autor actúe creyendo que podía realizar el tipo penal, pese a que, realmente,

(4) BGH 41, 95.

(5) ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, § 22 Rn. 63.

la consumación era imposible desde el inicio. En la conducta se manifiesta la voluntad criminal, allí se expresa el desvalor de la acción. Conforme a este punto de vista, cualquier tentativa es punible; no queda espacio para la impunidad de la tentativa inidónea incluso en los casos de absoluta ineficacia o absoluta inidoneidad. La consecuencia sería, por lo tanto, exactamente opuesta a lo que establece el artículo 17. Sin embargo, es evidente que esta teoría coincide con un Derecho penal de pensamiento.

2. Para la comprensión del injusto de tentativa se adecúa mejor la teoría de la impresión, la cual también permite una limitación significativa de la punibilidad de la tentativa inidónea. Dicha teoría encuentra el fundamento punitivo de la tentativa inidónea en el hecho de que mediante la confirmación de la voluntad antijurídica se provoca la impresión de un ataque al ordenamiento jurídico y a través de ello es quebrantada la confianza de la comunidad jurídica en la paz jurídica⁽⁶⁾. Sin embargo, no puede hablarse de tal perturbación de la paz jurídica cuando es obvio para toda persona razonable que una creación de peligro para el bien jurídico por la conducta de tentativa prácticamente puede ser excluida. Esto elimina el fundamento de la pena y, en consecuencia, la necesidad de punibilidad. Es esta constelación la que está comprendida por el artículo 17.

IV. Presupuestos y límites de la tentativa inidónea

El presupuesto y los límites de la tentativa inidónea derivan del hecho de que todo ello se trata de casos de error, pues el autor se representa una situación que en verdad no existe de tal modo, pero en la cual él hubiera cometido una conducta punible, si su representación hubiera sido correcta. La constelación del error es exactamente a la inversa respecto del error que, conforme al artículo 14 inciso 1, excluye el dolo: allí el autor no reconoce las circunstancias fácticas objetivas, de modo que su representación permanece detrás de la realidad (error negativo). Por el contrario, el autor de la tentativa inidónea considera como existentes las circunstancias que objetivamente no están presentes, tanto que su representación excede a la realidad (error positivo)⁽⁷⁾.

1. Según el artículo 17, el error puede referirse tanto al medio empleado como al objeto de la acción. Un error sobre la idoneidad del medio en la tentativa se presenta, por ejemplo, cuando se intenta envenenar a una persona

(6) FISCHER, *StGB*, § 22 Rn. 40.

(7) ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *StGB*, § 22 Rn. 68.

adulta con 2 gramos de azúcar. Una tentativa de envenenamiento con una dosis insuficiente de veneno⁽⁸⁾ o una tentativa de estafa con una declaración⁽⁹⁾ falsa si bien es cierto también resultan de un error sobre el medio empleado, sin embargo, *ex ante* no es obviamente ineficaz y, por lo tanto, es una tentativa punible conforme al artículo 16, aunque también inidónea. Un error sobre la idoneidad del objeto en sentido del artículo 17 se encuentra, por ejemplo, en el intento de matar a un maniquí claramente identificable. La situación es diferente en la tentativa de homicidio de un cadáver⁽¹⁰⁾, en la tentativa de aborto de una mujer no embarazada⁽¹¹⁾, en la tentativa de hurto de una cosa que el autor no reconoce como propia. Nuevamente, estos supuestos, debido a la ausencia *ex ante* de la evidente inidoneidad del objeto, son subsumidos en el artículo 16 como tentativa inidónea punible.

- 21 2. El artículo 17 no posee una regulación para el caso del error sobre la calidad del autor, es decir, para la inidoneidad del sujeto activo en los delitos especiales. Par esta constelación se defendió durante mucho tiempo en la ciencia jurídico-penal alemana que se trata de un delito putativo impune, porque el error del autor no es idóneo para incluirlo en el círculo de obligados especiales.⁽¹²⁾ Por el contrario, de acuerdo con la opinión actual predominante, la inidoneidad del sujeto es equiparable con la del objeto⁽¹³⁾. Y no solo en aquellos casos en que la inidoneidad del sujeto puede ser replanteada como la del objeto –por ejemplo, en un error por parte del autor sobre la calidad como progenitor, que es reflejado por la naturaleza infantil de la víctima como en el artículo 181 numeral 3 del Código Penal peruano–, sino también en los delitos especiales con reducido círculo de autores. Por lo tanto, un delito putativo impune solo existe cuando el autor tiene representaciones falsas sobre el significado de la característica que fundamenta la calidad de autor.⁽¹⁴⁾ Por el contrario, una tentativa inidónea punible en sentido del artículo 16 tiene lugar cuando el autor acepta erróneamente circunstancias jurídicas que, de existir, fundamentarían su calidad de autor⁽¹⁵⁾.

(8) BGH 41, 95.

(9) RG 50, 35.

(10) RG 1, 451.

(11) NZS 83, 264.

(12) ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, § 22 Rn. 75 mit weiteren Nachweisen.

(13) Ebd. mit weiteren Nachweisen.

(14) FISCHER, § 22 Rn. 55.

(15) KÜHL, K., Strafrecht Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 102 ff.

V. Delimitación entre delito de bagatela y tentativa inidónea

Sin embargo, se debe diferenciar el siempre delito imaginario impune de la tentativa inidónea que, solo en casos esporádicos de *ex ante* evidente inocuidad se subsume en el artículo 17, por lo demás, es comprendida por el artículo 16. En el delito imaginario el autor no se equivoca sobre la existencia de circunstancias fácticas, sino sobre la existencia del alcance de la norma jurídico-penal. Él quiere cometer una infracción del Derecho, la cual no existe como él se imagina⁽¹⁶⁾. Por lo tanto, el delito imaginario, en sentido del artículo 14 inciso 2, es un error de prohibición inverso o un error de permisión invertido.

1. La delimitación entre delito imaginario (delito putativo) y tentativa inidónea punible no es problemática en los casos en que el autor se equivoca sobre la existencia de una norma de prohibición o de permiso, es decir, se representa una norma que ni siquiera existe⁽¹⁷⁾. La simple voluntad de cometer una conducta punible no crea una prohibición jurídico-penal que pueda ser violada. Por eso es impune quien actúa en contra de una norma penal que ha sido derogada, quien quiere⁽¹⁸⁾ infringir un deber de comportamiento inexistente o quién no conoce una norma de justificación existente⁽¹⁹⁾.

2. Más problemática es la delimitación en aquellos casos en los que el autor interpreta erróneamente los elementos normativos del tipo penal y, por lo tanto, extiende erróneamente el alcance de las prohibiciones penales. A menudo, la diferenciación se realiza para ver si se trata de un error de subsunción puramente inverso, o de un error sobre los presupuestos normativos extra penales⁽²⁰⁾. La exacta demarcación en conjunto es relativamente discutible y se propone una variedad de enfoques diferentes de solución⁽²¹⁾, los cuales no siempre contribuyen a su aclaración. Igualmente contradictoria es la jurisprudencia, que también se ocupa con la demarcación cuando el autor yerra sobre los elementos normativos del tipo penal⁽²²⁾. Por lo tanto, como solución radical, se sugiere abandonar la distinción entre un error de Derecho fundamental de una tentativa y un simple delito putativo. En cambio, se propone que

(16) RG 66, 126; BGH 1, 13, 15; NJW 94, 1357.

(17) FISCHER, § 22 Rn. 50.

(18) NJW 94, 1357.

(19) FISCHER, § 22 Rn. 50.

(20) BGH 42, 268; NStZ 97, 432.

(21) Siehe beispielsweise Zaczyk in: Nomos-Kommentar StGB, § 22 Rn. 47 ff.; HOFFMANN-HOLLAND in: MüKO StGB, § 22 Rn. 68 ff.; ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, § 22 Rn. 84 ff.

(22) Eine Übersicht über die Rechtsprechung in Deutschland: ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, § 22 Rn. 90.

cualquier error de Derecho –tanto en la fase previa del tipo penal como también sobre el significado de los elementos constitutivos del tipo– se considere irrelevante para la configuración del dolo y, por lo tanto, como delito putativo impune⁽²³⁾. Otro enfoque de solución comparativamente viable comienza con la valoración jurídico-penal del hecho por parte del autor: un error de subsunción irrelevante y, por lo tanto, una tentativa punible en sentido del artículo 16 tendrá lugar cuando el autor posee representaciones erróneas de los presupuestos fácticos de los elementos constitutivos del tipo penal, incluso cuando estos se basan en representaciones jurídicas incorrectas. Por el contrario, un delito putativo debería existir cuando el conocimiento erróneo del significado del autor es comprendido por el elemento del tipo penal en sí mismo⁽²⁴⁾.

- 25 Demgegenüber liegt dem Versuch in artículo 17 lediglich eine – wenn auch für verständige Dritte *ex ante* offensichtliche – Verkennung von naturgesetzlichen Kausalitäten zugrunde.⁽²⁵⁾ Bei einer “Hexerei”, einem “Zauber” oder einem Gebet kann man nicht einmal mehr von einem Versuch im strafrechtlichen Sinn sprechen⁽²⁶⁾, wie ihn auch artículo 17 voraussetzt, denn es fehlt mangels Sozialrelevanz des Verhaltens bereits an einer Handlung im strafrechtlichen Sinn ebenso wie an einer Störung des Rechtsfriedens⁽²⁷⁾, welcher durch die Ahndung als Versuch gewahrt werden muss.

VI. Tentativa irreal y tentativa supersticiosa

- 26 Lo que se puede denominar como tentativa irreal o supersticiosa no es una tentativa inidónea punible en sentido del artículo 16 y tampoco un caso especial del artículo 17. Con la tentativa irreal, el autor trata de provocar un resultado con medios supersticiosos, por ejemplo, brujear a la víctima, dañar con un hechizo de vudú o rezar a los muertos. La tentativa irreal o supersticiosa se diferencia de las tentativas reguladas en los artículos 16 y 17 por el hecho de que el autor confía en fuerzas sobrenaturales, las cuales no pertenecen más al mundo del ser real y, por lo tanto, están privadas de la influencia del hombre. Por el contrario, en la tentativa del artículo 17 el intento en el artículo 17 se basa únicamente en un malentendido de las causalidades de la ley natural, aunque sea obvio para terceros. En una “brujería”, una “magia” o una oración, uno no puede siquiera hablar de un juicio en el sentido criminal,

(23) Ebd., Rn. 89.

(24) FISCHER, § 23 Rn. 54.

(25) ESER / BOSCH in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *StGB*, § 23 Rn. 13a.

(26) ROXIN, *JuS* 73, 331.

(27) BLOY, *ZStW* 113, 108 f.

como lo requiere el artículo 17, porque carece de relevancia social de la conducta ya en un acto en el sentido criminal también una perturbación de la paz legal, que debe mantenerse mediante el castigo como un intento.

VII. Bibliografía

BLOY, *ZStW* 113; ESER / BOSCH in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*; FISCHER, *StGB*; ²⁷ HOFFMANN / HOLLAND in: MüKO *StGB*; KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*; ROXIN, *JuS* 73; ZACZYK in: *Nomos-Kommentar StGB*.

§ 18 Desistimiento voluntario de la tentativa

ERNESTO VILLA MORÁN
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario					
	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	721	2. El desistimiento en la		
II. El desistimiento de la tentativa punible.....	4	722	tentativa inacabada ...	29	729
III. Enfoques sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento	7	723	3. El desistimiento en la tentativa acabada	32	730
IV. Diferencia con la tentativa fracasada.....	18	727	4. La voluntariedad (teorías psicológicas y teorías valorativas)	35	731
V. Modalidades de desistimiento y voluntariedad ...	21	727	VI. La consecuencia jurídica	41	732
1. Previa distinción entre tentativa inacabada y acabada.....	21	727	VII. Conclusiones	44	733
			VIII. Bibliografía	49	734

§ 18.- Desistimiento voluntario

“Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”.

I. Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico obliga al juez a omitir la sanción del agente que pese haber iniciado la ejecución de un delito en grado de tentativa, no lo concluye por una decisión voluntaria. Los presupuestos que generan esta consecuencia jurídica beneficiosa para el infractor, se regulan por medio del precepto del artículo 18 del Código Penal de 1991⁽¹⁾; La redacción legal del mismo es la siguiente: “Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”. “este tipo legal, extraído parcialmente del artículo 24 del Código Penal portugués, y similar

(1) Código Penal peruano: Decreto Legislativo N° 635 del año 1991.

al artículo 24 del Código Penal alemán⁽²⁾, la doctrina lo denomina: desistimiento voluntario de la tentativa.

2 La definición doctrinaria de este instituto, tal como lo sugiere la redacción del precepto, se configura del desistimiento voluntario del comportamiento propiamente dicho y la evitación activa del resultado; “el legislador peruano siguiendo las orientaciones dogmático-legislativas dominantes, ha incluido en una sola fórmula legal el desistimiento y el evitamiento del resultado; niveles distintos de imperfección del delito que son tratados con idéntico privilegio penal⁽³⁾”.

3 A continuación comentare la naturaleza y los alcances del desistimiento voluntario en el Perú: *Primero* se desarrollara brevemente la tentativa como presupuesto necesario de aplicabilidad del artículo 18 Código Penal; en *Segundo* lugar se expondrán los principales enfoques para explicar la razón de no punibilidad del desistimiento; *Tercero* marcaremos la diferencia con el delito frustrado; en la *Cuarta* parte se desarrollaran de las dos estructuras de desistimiento y la voluntariedad del mismo; el *Quinto* punto se referirá a la consecuencia jurídica y sexto se realizarán algunas conclusiones.

II. El desistimiento de la tentativa punible

4 El mensaje del artículo 18 se dirige exclusivamente a la persona actuante en una situación típica en grado de tentativa. Este infractor merece la pena pública a pesar de faltar el resultado típico⁽⁴⁾, pues su comportamiento representa una peligrosidad *ex ante* que infringe voluntariamente la norma primaria contenida en el tipo. Con el desistimiento voluntario en el sentido del artículo 18 Código Penal se crea normativamente una situación que haga innecesaria la pena por un hecho resultante *ex post*⁽⁵⁾.

5 Entonces, para la aplicabilidad del precepto en cuestión, el hecho debe representar un tipo de injusto de tentativa⁽⁶⁾ (tipo penal respectivo de la parte

(2) ROJAS VARGAS, F., *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, pp. 361-362.

(3) Ídem.

(4) Artículo de la tentativa integrado con alguno de los tipos de la parte especial; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 32: “Los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que, como dijimos más arriba, han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte general”, por ejemplo, los tipos de imperfecta realización.

(5) Cfr. Ídem, p. 350.

(6) La tentativa como tipo de imperfecta realización se regula en el artículo 16 del Código Penal peruano: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer,

especial y regulación de la tentativa del Art. 16 del CP), ya que el autor debe haber comenzado a realizar un comportamiento típicamente idóneo para la realización del resultado aunque este no se haya producido. Si el agente se encuentra aún en los actos preparatorios encaminado a la realización del delito que se represento⁽⁷⁾ y decide no continuar, no necesitaría de una regulación específica pues goza de impunidad en principio⁽⁸⁾. El desistimiento voluntario del artículo 18 solo cobra sentido si el agente ya inició la ejecución típica y se encuentra próximo a la consumación.

Nuestra regulación es similar a la alemana en la que el desistimiento no desaparece la tentativa sino únicamente esta deja de ser punible⁽⁹⁾, al contrario de lo que ocurre en España en donde el desistimiento sí desaparece la tentativa pues este en sentido negativo es parte de la misma: “el concepto legal de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario”⁽¹⁰⁾

III. Enfoques sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento

La razón del porqué de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa es un tema discutido sin consenso. La voluntad de universalidad a la que aspiraron las tesis de la ciencia penal para resolver la cuestión, sin embargo, se deja de lado para recurrir a la síntesis de diversos planteamientos. Las principales teorías serían las siguientes⁽¹¹⁾:

En un inicio y desde una perspectiva lógica, las *teorías jurídicas* consideran que el desistimiento voluntario hace desaparecer la tentativa. Los *subjetivistas* dentro de estas tesis consideran que la voluntad delictiva del agente desaparece cuando este se desiste. El desistimiento hace desaparecer la tentativa al desaparecer la voluntad criminal necesaria para la configuración de la misma: “muestra la ausencia de la intención delictiva, también formulada

sin consumarlo (...). Sus elementos serían los siguientes: a) en la parte objetiva es necesaria un comienzo de ejecución de un delito sin consumación; b) en la parte subjetiva, una voluntad suficiente de consumación.

(7) Ver teorías que resuelven la cuestión del inicio de la ejecución delictiva.

(8) Principio de impunidad de los actos preparatorios en el Estado social y democrático de derecho.

(9) Ver MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 350.

(10) Ídem.

(11) Cfr. POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 36-37. En la exposición del fundamento la autora sigue un criterio cronológico aunque expresa que “en ocasiones las distintas corrientes doctrinales sean contemporáneas”.

bajo el concepto de energía criminal”⁽¹²⁾. La voluntad delictiva se considera –dependiendo de los diversos planteamientos– anulada (que deja de existir) o nula (que nunca existió). De otro lado, siempre dentro de la misma tendencia, las *teorías objetivas* plantean el desistimiento como razón jurídica para considerar la ausencia de algunos de los elementos del delito tentado. Puede faltar, por tanto, la realización de los presupuestos de alguna de las categorías de la estructura delictiva; por ejemplo puede faltar “la antijuridicidad como la culpabilidad”⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾. De manera general las teorías jurídicas consideran que el delito tentado desaparece jurídicamente⁽¹⁵⁾.

- 9 La idea de la desaparición jurídica de la tentativa que presenta esta tesis cae en desuso desde que aparecen planteamientos que consideran el hecho desde una perspectiva material o comunicativa imposible de suprimir en un plano lógico. Esto se inicia con el desarrollo de las teorías político criminales:
- 10 “la tentativa pasa a concebirse como algo fijo, como algo inamovible una vez que se ha manifestado ya en el mundo a través de hechos. Por eso, para explicar la impunidad del desistimiento se ha de acudir a otras vías, en este caso las político-criminales, considerando que al delincuente, una vez que ha iniciado la tentativa, y antes de que la lleve hasta el punto de consumación, se le puede hacer una oferta de impunidad, a modo de puente salvador, para que opte por ella, en vez de elegir la efectiva lesión al bien jurídico”⁽¹⁶⁾
- 11 Las *teorías político-criminales* ven en el desistimiento un incentivo legal dirigido al autor en plena ejecución de una tentativa para que no consume el delito bajo la promesa de que no será sancionado; “es posible, por razones político criminales, tenderle al delincuente un ‘puente de plata’ para que renuncie a la

(12) *Ibidem*, p. 38.

(13) *Ibidem*, p. 41.

(14) Ver un prolijo desarrollo de este aspecto en POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. *Op. Cit.*, p. 41: “BINDING, quien considera el desistimiento como una causa de negación de la antijuridicidad: parte este autor de que el comportamiento antijurídico viene a ser la parte de un todo, desde la causa hasta el resultado, de modo que la conducta que ha evitado el resultado hace que el comportamiento ya no sea antijurídico”, o “ALLFELD considera que a través del desistimiento se exterioriza un cambio de conducta que implicará también un cambio en el juicio de desvalor sobre la voluntad del autor, con el resultado de que faltará la culpabilidad como requisito para la imposición de la pena”; por su parte “WELZEL considera que el verdadero sentido del privilegio que supone el desistimiento radica en la insignificancia de la culpabilidad del autor del delito intentado cuando se ha desistido de él”.

(15) Cfr. *Ibidem*, pp. 38-40: Diversas perspectivas: teoría de la anulación de ZACHARÍA, teoría de la nulidad de LUDEN y BERNER, y otras.

(16) *Ibidem*, 48.

consumación⁽¹⁷⁾ o “un puente de oro para la retirada”⁽¹⁸⁾. La ley quiere vencer al autor que desista la consumación vía la no punición: “la impunidad es un incentivo para el autor a fin que impida la producción del resultado”⁽¹⁹⁾.

Para las *teorías premiales* el desistimiento del autor es un mérito que debe ser premiado por el Estado con el perdón⁽²⁰⁾ de la pena merecida por la tentativa ya materializada. La doctrina ha utilizado diversa nomenclatura –gracia o premio– para definir un mismo enfoque. Los elementos fundamentales de esta tesis son: 1) el merecimiento como un juicio de valor positivo para el autor que se desiste⁽²¹⁾; y 2) el premio o la gracia del perdón para el autor que lo merezca⁽²²⁾.

En la *teoría de los fines de la pena* el desistimiento deja de ser punible en tanto que la imposición de la pena se hace innecesaria desde el punto de vista preventivo y retributivo. El fundamento está en “la ausencia de las razones en las que se basa su imposición”⁽²³⁾. Esto en función de cada uno de sus eventuales fines: preventivos generales y preventivos especiales, ambos en sentido positivo y negativo⁽²⁴⁾. Eventualmente también en el sentido retributivo⁽²⁵⁾. El autor, al desistirse, revela una voluntad delictiva pobre. “De ahí que la pena no parezca indicada ni por razones de prevención especial ni por razones de prevención general, sin que tampoco venga exigida por la justicia”⁽²⁶⁾.

La *teoría de la antijuridicidad* considera que el desistimiento reduce el contenido injusto del acto ya que el autor al renunciar voluntaria y seriamente a la lesión del bien jurídico acepta la norma y de esta manera se confirma la validez de la misma⁽²⁷⁾.

La *teoría de la culpabilidad* considera que así como la culpabilidad es la valoración negativa de la formación de la voluntad del autor por el injusto realizado,

(17) Citando a VON LISZT, *ibídem*, p. 47.

(18) Ver. WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 231.

(19) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 438.

(20) Ver MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 350.

(21) Cfr. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 488. Un mérito del agente por borrar la impresión jurídicamente perturbadora de la tentativa o por compensar su culpabilidad convirtiéndola en insignificante cuando se desiste o por la buena voluntad de desistirse.

(22) Ver POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva. Op. Cit.*, p. 58.

(23) *Ibídem*, p. 69.

(24) *Ídem*.

(25) Ver VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 438.

(26) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 489.

(27) Cfr. POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva. Op. Cit.*, p. 101: tesis de Streng.

este planteamiento considera que si se valora positivamente la nueva voluntad de desistirse del autor (materializada en el acto de significado inverso), la culpabilidad se debe compensar al punto de devenir en insignificante: “el verdadero sentido del privilegio al que se desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad, que se muestra en el desistimiento”⁽²⁸⁾, “pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*”⁽²⁹⁾.

16 Por su parte, el funcionalismo sistémico de JAKOBS construye la *teoría de la modificación actual del hecho* que considera el desistimiento como la modificación segura y actual de los riesgos creados por la tentativa que es la respuesta prototípica de un sujeto en el que recae el deber de salvamento —evitación del resultado típico— que nace de la injerencia creada por su propia organización⁽³⁰⁾.

17 Desde una posición ecléctica, HURTADO POZO condena el fracaso de las diversas perspectivas unidimensionales y prefiere asumir una posición plural: “el fundamento solo puede ser explicado recurriendo a diversos criterios. Ante todo, hay que tener en cuenta que existen razones del política criminal que justifican que se limite la intervención de la reacción penal. El agente compensa la índole negativa de su acción dirigida a consumir un delito mediante el abandono definitivo de su voluntad de continuar ejecutándolo o de consumarlo. Este cambio de actitud implica, en general, un nuevo reconocimiento del mandato legal por parte del autor y, en particular, una renovación del respeto a los intereses de terceros. La levedad de su culpabilidad se deduce de la apreciación global de su comportamiento, lo que hace innecesaria la sanción penal: el agente no es considerado como responsable”⁽³¹⁾. Compartimos este sentido plural que explica la no punibilidad del desistimiento voluntario.

(28) WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Op. Cit.*, p. 231.

(29) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 450.

(30) Ver POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva. Op. Cit.*, p. 112.

(31) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general I*, p. 823. En el mismo sentido ecléctico: STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, pp. 354-355: “El desistimiento voluntario atenúa, sin duda, el merecimiento de pena de la conducta: la culpabilidad que hay en la tentativa es anulada al menos parcialmente por el giro del autor, y es menor también la necesidad de fortalecer la vigencia de la norma mediante una sanción, cuando el autor mismo la ha reconocido nuevamente. Pero eso solo no puede explicar que la pena sea remitida totalmente (y no solo atenuada), si es que uno no quiere contentarse con la aseveración formal de que para el hecho que es digno de pena en menor medida ya no habría ninguna necesidad de pena. Antes bien, en esa medida también podría entrar en juego el cálculo político-criminal de que el autor pueda sentirse motivado más fácilmente a ese giro en vistas a la total remisión de la pena, cualquiera que sea el grado de realismo que pueda tener una reflexión semejante”.

IV. Diferencia con la tentativa fracasada

Al autor de una tentativa fracasada (también llamada delito frustrado) le es imposible desistirse en el sentido del artículo 18 del Código Penal y devenir en impune pues el resultado lesivo no se produce por razones ajenas a él mismo⁽³²⁾; “el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo – ya sea por los medios que utilizo, por su propia incapacidad o por falta de objeto de la acción–⁽³³⁾ se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto”⁽³⁴⁾. “Si el autor p. Ej. Ha disparado su única bala y no tiene a la mano más medios para cometer el homicidio, entonces ha fracasado. Su tentativa es una tentativa fracasada y ya no tiene acceso a un desistimiento”⁽³⁵⁾.

Al contrario, el desistimiento voluntario tiene que darse en el marco de una tentativa delictiva en curso; la consumación del delito tentado es posible e inminente dadas las circunstancias adecuadas en las que se encuentra el actor. Si este decide abstenerse en el sentido del desistimiento voluntario regulado en el artículo 18 del Código Penal, debe hacerlo de manera voluntaria. no puede quedar duda sobre “la presencia o ausencia de la voluntariedad”⁽³⁶⁾.

“(…) podrá conducir a la impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad conseguir la consumación; por el contrario, si en un determinado momento, el autor cree haber errado su meta y que no puede conseguirla aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento”⁽³⁷⁾.

V. Modalidades de desistimiento y voluntariedad

1. Previa distinción entre tentativa inacabada y acabada

En tanto el desistirse de la consumación de un delito, en el sentido normativo del artículo 18 en comentario, requiere necesariamente (*vide supra*) que el agente este inmerso ya en la ejecución de un tipo respectivo –tentativa–; y la modalidad de ese desistirse –no continuar el comportamiento o evitar el resultado– depende del momento en el que esta tentativa se encuentre; se

(32) Ver ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. En: *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 179.

(33) El entrelineado es nuestro. Cfr. *Ibidem*, p. 180.

(34) *Ibidem*, pp. 179-180.

(35) *Ibidem*, p. 180.

(36) *Ibidem*, p. 179.

(37) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, pp. 148-149.

hace necesario explicar la división de los momentos de la tentativa. La doctrina entiende esta en dos modalidades que dependen del momento en el que se encuentre el agente en la ejecución típica no consumada; a saber, tentativa inacabada y acabada. “El punto de arranque de la regulación del desistimiento sigue siendo la distinción entre tentativa inacabada y acabada”⁽³⁸⁾.

22 Un ejemplo ayudará a aclarar esta distinción: la enfermera asesina quien para envenenar al paciente considera que primero debe dopar al facultativo de guardia para luego inocular la sustancia letal en el suero de su víctima; representado el cómo de los hechos solo le queda comenzar a actuar. Se darán dos supuestos en los que la enfermera estaría inmersa en una tentativa de asesinato con pena merecida:

23 1. La enfermera —en la noche del golpe— inyecta un somnífero al facultativo de guardia, por la espalda, cuando este último se encontraba dormitando en la prevención. El somnífero hace efecto y a la enfermera le falta por hacer para concretar su plan.

24 2. Dormido el facultativo, a la enfermera le resta inyectar la sustancia letal en el suero del paciente. Esta lo hace y solo le queda esperar que el veneno haga lo suyo en el cuerpo de la víctima.

25 En el primer supuesto, el comportamiento del agente sería adecuado al de una tentativa inacabada, ya que según el plan —representación— delictivo que se trazó, le falta realizar parte del comportamiento necesario para que el curso causal riesgoso dirigido al resultado haga lo suyo de manera autónoma.

26 En cambio el agente, dado el segundo supuesto, se encontrará en una tentativa acabada pues el curso causal adquirió independencia respecto de su comportamiento: solo es cuestión de tiempo y ya no de su intervención para que la sustancia letal haga lo suyo y el deceso esperado sea un hecho.

27 La distinción entre tentativa inacabada y acabada determina la modalidad de desistimiento aplicable. En el primer caso, para lograr la impunidad que dispone el desistimiento voluntario, es necesario que el agente deje de hacer lo necesario para la consecución de su plan. Para el supuesto 1, la enfermera, dopado el facultativo, deja de realizar lo que le falta por hacer de manera voluntaria (se abstiene de inyectar el veneno en el suero biológico de su víctima). En tanto que en el segundo caso —para el caso de la tentativa acabada— se hace

(38) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 490.

necesario que el agente realice acciones suficientes para evitar el resultado letal; para el supuesto 2, será necesaria la acción de salvamento.

“En la tentativa inacabada es suficiente renunciar voluntariamente, o sea ²⁸ un simple terminar. Cuando el asesino, que ya ha apuntado a la víctima con la pistola, repentinamente lo piensa mejor y baja el brazo dejando correr a la víctima, entonces él es impune. Es muy distinto con la tentativa acabada. Cuando el autor ya ha hecho todo lo que creía necesario para causar el resultado, o sea cuando p. ej. ha puesto la bebida envenenada frente a la víctima, solamente puede alcanzar la liberación de pena cuando impida que se produzca el resultado interviniendo activamente. Entonces, antes de que la víctima haya tomado la bebida, tiene que tirarla o prevenir oportunamente a la víctima”⁽³⁹⁾.

2. El desistimiento en la tentativa inacabada

El artículo 18 del Código Penal peruano declara impune el hecho “Si el ²⁹ agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito (...)”. Esta es la regulación del presupuesto del desistimiento voluntario para la tentativa inacabada; para que opere esta modalidad de desistimiento —recuérdese—, al infractor le quedan actos por realizar, según su plan delictivo, para que el curso lesivo adquiera autonomía. Para desistirse es suficiente no continuar con más acciones dirigidas a causar el resultado”⁽⁴⁰⁾. “si el ladrón de casas que quiere trepar hacia un departamento ajeno, cuando se encuentra a mitad de camino decide regresar; si el asesino retira la mano con la cual quería echar veneno a la taza de café de la víctima, si el violador se aparta de la víctima que ya había arrojado al suelo”⁽⁴¹⁾; “el desistimiento, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar”⁽⁴²⁾.

En el ejemplo del supuesto 1: La enfermera que ya durmió al facultativo ³⁰ de guardia cambia de parecer y luego de botar el veneno dispuesto para su víctima, solo espera que el facultativo recobre el sentido. Solo se requiere que el agente de esta modalidad de tentativa renuncie a proseguir con el hecho concreto definitivamente; eso sí: esto debe suponer “la renuncia de la resolución criminal”⁽⁴³⁾. Claro, solo es suficiente que haya vuelto a la legalidad en relación con el hecho concretamente intentado”⁽⁴⁴⁾.

(39) ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 179.

(40) *Ibidem*, p. 184.

(41) *Ídem*.

(42) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 450.

(43) ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 184.

(44) *Ibidem*, p. 198.

- 31 Otro ejemplo de KERN⁽⁴⁵⁾, que muestra esta modalidad de desistimiento pero en el caso de tentativa por omisión: “Una mujer quiere matar a su hijo alimentándolo en forma insuficiente. Durante dos semanas le da muy poco de comer, pero después siente piedad por él y lo alimenta normalmente”. En este ejemplo, el desistimiento opera de manera activa. Se entiende que para matarlo conforme al plan, la mujer tenía que omitir la alimentación del hijo durante el tiempo adicional necesario.

3. El desistimiento en la tentativa acabada

- 32 Esta modalidad de desistimiento, también llamada por la doctrina arrepentimiento activo⁽⁴⁶⁾ o “auxilio activo”⁽⁴⁷⁾, se encuentra regulado —al igual que el desistimiento en la tentativa inacabada— en el artículo 18 del Código Penal, con la locución: “(...) o impide que se produzca el resultado (...)”. En esta modalidad de desistimiento es necesario que el agente, que ya inició el curso lesivo autónomo impida el resultado⁽⁴⁸⁾ de manera activa. Ya no será suficiente, entonces, el comportamiento pasivo del agente. Siguiendo con nuestro ejemplo del segundo supuesto: la enfermera, inoculado el veneno en el suero del paciente víctima, debe hacer todo lo necesario para evitar que la sustancia surta su efecto letal en el cuerpo de la víctima. Por ejemplo desconectar el suero y aplicar un antídoto que neutralice el efecto letal de la pócima o llamar a un médico de emergencia que realice las acciones debidas de salvamento, de suerte que —en ambos supuestos— el bien jurídico vida no se vea afectado.
- 33 Algunos ejemplos adicionales de ROXIN aclaran el panorama: “el autor del atentado que ha colocado una bomba de tiempo en el auto de la víctima tiene que retirarla oportunamente o avisar a la víctima o a la policía. El autor que ha preparado la botella con la bebida venenosa para la víctima tiene que vaciarla antes que la víctima la consuma”⁽⁴⁹⁾.
- 34 La ciencia penal busca aclarar la cuestión del comportamiento suficiente para impedir el resultado. La llamada *teoría de la elevación de oportunidades* plantea que “para un impedimento basta que el autor haya colocado dolosamente una causa para evitar el resultado, que haya abierto a la víctima una

(45) ROJAS VARGAS, F., *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Op. Cit., p. 349. Citando a KERN, E., *Casos de Derecho penal. Parte general*, pp. 40-43.

(46) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte general*. Op. Cit., p. 450.

(47) ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. Op. Cit., pp. 186-187.

(48) *Ibidem*, p. 187.

(49) *Ídem*.

oportunidad de rescate”⁽⁵⁰⁾; La *teoría de la mejor prestación* busca en cambio que el autor haga lo mejor que le sea posible⁽⁵¹⁾. Para ROXIN, “la solución correcta está en una diferenciación entre impedimento del resultado que se produzca de propia mano o por mano ajena. Si alguien por sí mismo impide el resultado, esto siempre debe valer como impedimento aun cuando pudo haber empleado medios más idóneos”⁽⁵²⁾ (...) “Por el contrario, cuando el autor de la tentativa confía en una evitación del resultado por mano ajena, se tendrá que exigir, para un impedimento pleno, que recurra a las mejores posibilidades de rescate que haya podido reconocer él mismo”⁽⁵³⁾.

4. La voluntariedad (teorías psicológicas y teorías valorativas)

El desistimiento en sus dos modalidades (*vide supra*), debe ser voluntario. 35 La doctrina ha definido este elemento, clave, como *la voluntariedad*; su significado es desarrollado en la doctrina partir de dos principales tesis⁽⁵⁴⁾. La primera denominada teoría psicológica y la segunda teoría normativa (o valorativas).

Las *teoría psicológica* parte del hecho de que el desistimiento se da voluntariamente, cuando el agente se desinteresa de realizar la consumación aunque sus posibilidades subsisten. La conocida fórmula de FRANK recogida por MIR PUIG sintetiza la idea: “el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede, y es involuntario si no quiere por que no puede”⁽⁵⁵⁾. 36

“Según la teoría psicológica, el desistimiento es voluntario cuando el autor 37 haya actuado sin coacción psicológica; es en cambio involuntario, cuando las circunstancias hayan efectuado tal fuerte presión psicológica en el autor que no pudo actuar de otra manera que desistiéndose”⁽⁵⁶⁾ (...) “y es que el desistimiento ha sido impuesto coactivamente al autor a través de la situación cambiante”⁽⁵⁷⁾. 38

La crítica radica en que se hace inseguro “en la práctica hacer una delimitación entre la voluntariedad y la involuntariedad según la fuerza de la presión síquica que haya recaído en el autor. Y es que esta presión no puede ser

(50) *Ibidem*, p. 188.

(51) Cfr. *Ídem*.

(52) *Ibidem*, p. 189.

(53) *Ibidem*, p. 190.

(54) En el entendido que cada una está integrada por diversas teorías en función a su matiz.

(55) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 351.

(56) ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 191.

(57) *Ibidem*, p. 195.

medida con posterioridad, y tampoco puede fijarse un punto a partir del cual la voluntariedad se transforma en involuntariedad”⁽⁵⁸⁾

39 Las *teoría normativa o valorativa* consideran voluntario un desistimiento, cuando la motivación del mismo puede ser valorada positivamente. En este punto se discute si la valoración a de ser ética o jurídica; MUÑOZ CONDE, desde un enfoque finalista, considera que la voluntariedad “depende de la valoración de los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial. etc.)”⁽⁵⁹⁾; aunque la dirección más importante, encabezada por ROXIN, considera lícita solo una valoración jurídica⁽⁶⁰⁾; “(...) el desistimiento solamente se juzga como “voluntario” cuando se manifiesta como una vuelta, como expresión de un cambio de actitud y con ello como un retorno a la legalidad”⁽⁶¹⁾.

40 Desde un punto de vista preventivo o político criminal los enfoques valorativos jurídicos o éticos son los mas adecuados para resolver la cuestión planteada. Estamos con ROXIN y la doctrina dominante que entiende el sentido del desistimiento en la ausencia de necesidad de pena desde todos los aspectos⁽⁶²⁾. “Pero bajo este punto de vista solamente resulta razonable tomar como criterio de la voluntariedad al ‘retorno a la legalidad’, la ‘vuelta interior’. Y es que solamente bajo este presupuesto desaparecen las razones que sostienen la punibilidad de la tentativa”⁽⁶³⁾.

VI. La consecuencia jurídica

41 Si el agente se desiste en cualquiera en cualquiera de las modalidades descritas en la ley “(...) será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”⁽⁶⁴⁾, luego no será sancionado por la tentativa por la cual se desiste: “Solo es impune la tentativa ‘como tal’. Si la tentativa encierra ya un delito consumado, este continúa siendo punible pese al desistimiento voluntario”⁽⁶⁵⁾. Ejemplo: “En el desistimiento de la tentativa de asesinato se

(58) Ídem.

(59) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito. Op. Cit.*, p. 149.

(60) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 351-352.

(61) ROXIN, C., “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. *Op. Cit.*, p. 192.

(62) Cfr. *Ibidem*, p. 195.

(63) Ídem.

(64) Artículo 18 *in fine* del Código Penal peruano.

(65) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 498.

mantienen las lesiones corporales ya consumadas”⁽⁶⁶⁾ o “Quien desiste de la tentativa de violación continua siendo punible, en su caso por la coacción sexual (...) o por las lesiones corporales peligrosas”⁽⁶⁷⁾ o el sujeto que ingresa a una casa a sustraer un valioso objeto y se desiste, comete tentativa de hurto en forma de desistimiento impune, pero es punible por el delito de violación de domicilio (artículo 159, Código Penal)”⁽⁶⁸⁾. “Un delito consumado no puede quedar impune porque el autor haya intentado a la vez cometer otro”⁽⁶⁹⁾.

“El Código Penal considera impune tanto el desistimiento en tentativa 42
inacabada como acabada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 18 del Código Penal no significa que el agente deje de ser perseguido por la infracción independiente que puede constituir su acción”⁽⁷⁰⁾.

“Se trata, según la opinión dominante, de una causa personal de anula- 43
ción de la pena, porque el desistimiento no afecta ni a la tipicidad ni a la anti-juridicidad, y la culpabilidad solo queda compensada hasta cierto punto”⁽⁷¹⁾. “Las causas personales de anulación de la pena son circunstancias que no se producen hasta después de haberse realizado la acción punible y eliminan con carácter retroactivo la punibilidad ya existente. El ejemplo principal es el desistimiento de la tentativa”⁽⁷²⁾. Al contrario una causa personal de exclusión de pena, “Son ciertas circunstancias contrarias a la punición que deben concurrir al tiempo del hecho. Ejemplo: la inviolabilidad de los parlamentarios”⁽⁷³⁾. “La doctrina más reciente, que atiende a la recompensa del merito representado por la voluntariedad del desistimiento, puede entenderlo también como causa personal de anulación de la pena, ya que la culpabilidad no es eliminada por desistimiento, sino solo compensada con posterioridad”⁽⁷⁴⁾.

VII. Conclusiones

1. El mensaje del precepto del artículo 18 del Código Penal que regula 44
la figura de desistimiento voluntario se dirige únicamente al agente inmerso

(66) Ídem.

(67) Ídem.

(68) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 442.

(69) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 498.

(70) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 445.

(71) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 497.

(72) Ibídem, p. 501.

(73) Ídem.

(74) Ibídem, p. 497.

en una tentativa delictiva; sea cual fuere el momento en el que se encuentre de cara a la consumación. El precepto comentado no se dirige al actor que durante actos preparatorios realizará un hecho delictivo; tampoco para el que se encuentre posterior a la consumación.

45 2. Diversas son las explicaciones en la doctrina acerca de la razón por la que no se castiga al autor que se desiste. No existe consenso. Hay, sin embargo, tendencia a explicarla desde varias perspectivas que no se excluyen.

46 3. Es importante separar conceptualmente al desistimiento voluntario de la tentativa fracasada; en esta última el autor falla irremediabilmente luego no es posible por ningún extremo la voluntariedad.

47 4. El desistimiento voluntario de nuestro Código Penal regula dos modalidades de desistimiento: desistimiento de la tentativa inacabada y desistimiento de la tentativa acabada. Cada uno de ellos tiene sus presupuestos para que la impunidad jurídica se haga viable. En el primero el agente deja de hacer lo que le falta para el resultado; en el segundo el agente ya hizo todo lo necesario para la lesión del bien jurídico y deberá salvarlo de manera activa.

48 5. Como consecuencia jurídica para ambas modalidades, la impunidad. Esto no significa que el autor no responda por los delitos que se consumen durante el *iter* de la tentativa desistida.

VIII. Bibliografía

- 49 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA, Lima, 2004; CEREZO MIR, José, “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto y el nuevo Código Penal español”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 9, Gráfica Horizonte, Lima, 2000; FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito*. Bosch, Barcelona 1986; HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la regulación de la tentativa en el Código penal peruano”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 13, 2003; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*. 3ª edición. Lima, 2005; JAKOBS, Günther, “La conducta de desistimiento”. En: *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2005; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Traducción MANZANARES SAMANIEGO. Comares, Granada, 1993; KERN, Eduard, *Casos de Derecho penal*. Depalma, Buenos Aires, 1968; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*. 2ª edición. Temis, Bogotá, 1999; POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Tirant lo Blanch, Valencia 2003; ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*.

Grijley. Lima, 1997; ROXIN, Claus, “Acerca de la tentativa en el Derecho penal”. En: *Problemas actuales de dogmática penal*. Traducción de Manuel ABANTO VELÁZQUEZ. ARA, Lima 2004; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. 4ª edición. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI). Hammurabi, Buenos Aires 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima 2006; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*. 4ª edición. Traducción Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

§ 19

Impunidad en caso de desistimiento con pluralidad de intervinientes en el hecho delictivo

MARCO BARRETO GUZMÁN
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario				Nm	P
I. Consideraciones generales	1	737			
II. Sobre el desistimiento general	9	739		45	747
III. Análisis del artículo 19 del Código Penal	21	741			
1. Primero: la referencia a “varios agentes” que participan en el hecho.	21	741	5. Quinto: el desistimiento entendido como impedimento de la ejecución del delito	56	750
2. Segundo: el momento en que empieza la relevancia penal de las conductas cometidas en el caso del artículo 19 del Código Penal	28	744	6. Sexto: el desistimiento entendido como “esfuerzo serio” por impedir la ejecución del delito, sin lograrlo por causas imputables a los demás intervinientes	61	751
3. Tercero: formas de desistirse en la comisión de un delito con pluralidad de agentes	36	746	7. Séptimo: problemas prácticos en el desistimiento con pluralidad de agentes	71	752
4. Cuarto: el desistimiento entendido como vo-			8. Octavo: nota conclusiva	88	755
			IV. Bibliografía	95	756

§ 19.- No punibilidad en caso de arrepentimiento en coparticipación

Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquel que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

I. Consideraciones generales

Las reglas sobre el desistimiento en sede penal, desistimiento entendido como posible eslabón al interior del *iter* delictivo en el Perú, las encontramos al menos de modo general, en el artículo 18 de nuestro Código Penal⁽¹⁾; mien-

(1) Las reglas utilizadas para el desistimiento en sede penal se basan sobre todo en un modelo resultarista como lo define SANCINETTI, en virtud del cual según él —críticamente— lo único que importaría

tras que en el artículo 19 el legislador ha decidido tratar situaciones de desistimiento en donde actúan pluralidad de agentes, con tres variables a saber: i) cuando en el hecho delictivo quien se desiste impide el resultado (arrepentimiento activo con pluralidad de intervinientes); ii) cuando la ejecución del delito se interrumpe por el esfuerzo exitoso de uno de los intervinientes, quien se desiste; y iii) cuando el delito efectivamente se consuma pese al esfuerzo en contra de la ejecución realizado por el desistido.

- 2 Es decir que las reglas establecidas en el artículo 19 han sido elaboradas para resolver supuestos bastante específicos.
- 3 Es necesario sin embargo resaltar una nota distintiva importante en el artículo 19 no contemplada por las aparentes reglas generales; y es que el artículo que lo antecede se coloca siempre frente a una hipótesis en donde quien actúa es un interviniente y en el que el delito nunca se consuma⁽²⁾; esas serían las variables del artículo 18, mientras que en el caso materia de estudio nos enfrentamos también a la posibilidad que el delito cometido logra llegar al estadio de consumación y pese a eso, por razones que se explicarán en el presente tenor, se logra la impunidad de uno de los agentes intervinientes.
- 4 Debemos comenzar señalando el alcances de un término utilizado por nuestro Código Penal respecto del artículo que tratamos, término que muchas

para este esquema es que el autor impida el resultado sin importar el cómo, el cuándo o el grado de seguridad (eso, al menos, en el artículo 18 del Código Penal peruano), obteniendo de este modo importancia fundamental la despectiva frase acuñada por Günther JAKOBS “final bueno, todo bueno” para ilustrar las graves contradicciones valorativas de la figura vista desde el prisma del resultado. Con mayores detalles véase el trabajo del profesor argentino SANCINETTI, M., “¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 15, p. 441 ss. Con mayores detalles, sobre la razón de ser del desistimiento y de la posición funcionalista respecto del mismo véase la monografía de SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa: a la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, p. 76 ss.

- (2) En el artículo 18 del Código Penal peruano se habla de los dos supuestos de desistimiento dependiendo el iter delictivo, asumiendo subcategorías al interior de la tentativa: bien el desistimiento durante la tentativa inacabada, conforme al primer párrafo (primer supuesto en el que nos coloca la norma), bien durante la tentativa acabada, en aplicación del segundo párrafo del artículo mencionado. A este respecto, con más detalles, CUELLO CONTRERAS desarrolla un trabajo bastante detallado en CUELLO CONTRERAS, J., “Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19, p. 99 ss., en especial la página 144; el mencionado autor comenta el artículo 16.1 y 2 del Código Penal español que, por lo demás, es casi idéntico al de la ley peruana. De igual manera, en nuestra pasada legislación peruana, el llamado “Código del 24”, Ley N° 4460, preveía el desistimiento y el arrepentimiento activo en sus artículos 95 y 96; lo que resalta de la lectura de aquel texto legal ya derogado es que no contiene alusión expresa al desistimiento con varios intervinientes. Véase CALLE, J., *Código Penal*, p. 81 ss. Del mismo modo, EZAINE CHÁVEZ, A., *Iter criminis*, p. 105 ss.

veces pasa desapercibido; rótulos como la palabra “hecho” cuyos límites resultan fundamentales en el trabajo intelectual de análisis dogmático del artículo bajo tratamiento.

El corte finalista que reviste cada artículo del Código Penal peruano vigente, muestra clara de la formación dogmática de sus gestores; le otorga sentido a cada término utilizado al interior del mismo; esa es la razón por la que en el presente trabajo seguiremos el razonamiento que se erigió o que primó durante la elaboración de nuestro cuerpo normativo.

Cuando el legislador decidió utilizar el término “hecho” en el código, lo hizo en diversos artículos básicamente de la parte general, así lo tenemos en los artículos 1, 4, 6, 7, 8 referidos a la aplicación espacial de la ley penal, principio de extraterritorialidad, principio de irretroactividad, principio de retroactividad benigna, leyes temporales respectivamente; así también lo encontramos en los apartados III, VIII y X del Título preliminar, entre otras tantas disposiciones.

El legislador concibió al “hecho” como el suceso delictivo históricamente considerado, con datos ontológicos de referencia, y sobre todo teniendo como puntos de partida la conducta del agente y el resultado causado; es decir que el término “hecho” abarca al comportamiento y al resultado de modo conglobante.

Autores como el profesor español Santiago Mir consideran que el genérico “hecho” es necesario y capaz de abarcar tanto la conducta como el resultado; creemos que esta postura si bien es clarificadora, y además correcta, contiene una enorme carga ontológica que siempre acarreará enormes dudas respecto de sus alcances.

II. Sobre el desistimiento en general

La legitimidad de la figura del desistimiento⁽³⁾ se ha cuestionado en diversos momentos de la historia del Derecho penal, también han surgido teorías,

(3) Sobre la legitimidad, en detalle, véase a BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 449 ss. El mencionado autor explica, además, un difundido criterio de distinción entre desistimiento y arrepentimiento activo tomando como referencia la codificación española, del siguiente modo: “El nuevo Derecho deja claro que quien haya dado comienzo a la ejecución de un delito, según el artículo 16.2, quedará exento de pena si desiste de la ejecución o impide la producción del resultado. La ley distingue, por tanto, dos supuestos que tienen diversas configuraciones: el desistimiento, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar y el arrepentimiento activo, caracterizado porque el autor, que realizó todo lo que debía, según su plan, para la producción del resultado, impide activamente que el mismo tenga lugar”.

en principio de corte subjetivo, luego tal como lo clasifican los tratados, de orden objetivo, además teorías político-criminales e incluso las llamadas teorías premiales como a continuación presentamos brevemente.

10 Las llamadas teorías subjetivas:

11 (i) La teoría de la anulación (ZACHARIA); en donde se alegaba que la mala voluntad del agente se anulaba de modo retroactivo con el desistimiento.

12 (ii) La teoría de la nulidad (LUDEN); bastante más compleja trata de explicar el delito como un solo comportamiento, si bien divisible en varios actos, un solo comportamiento al fin; entonces si no existe una voluntad única a lo largo de todo el actuar criminoso no existiría según su defensor una verdadera voluntad para delinquir. En buena cuenta si el sujeto se desiste en realidad es porque nunca quiso cometer el delito.

13 (iii) La teoría de la presunción (VON BAR); para este autor lo que existe es un abandono psicológico de la decisión delictiva, según su defensor en puridad no se podrá saber si el cambio de decisión se debe a elementos internos o más bien externos, por lo que se debe presumir —dice— la existencia interna de dicho cambio.

14 Las teorías objetivas, por el contrario, apuntaban sobre todo a alguno de los elementos que forman parte de la categoría del delito a saber:

15 (i) Teoría de la negación de la antijuridicidad (BINDING); su defensor sostuvo que el hecho es íntegramente antijurídico desde la conducta hasta el resultado, de modo que la conducta dirigida a evitar el resultado hace que el comportamiento no sea ya antijurídico.

16 (ii) Teoría de la insignificancia de la culpabilidad (WELZEL); nos plantea que el privilegio de impunidad en el desistimiento viene justificado en la poca relevancia que demuestra a nivel de la culpabilidad al dar marcha atrás en la ejecución del delito.

17 Una de las posiciones que más ha influido en la justificación de la existencia del desistimiento en sede penal es la llamada “Teoría del puente de plata” o más bien justificación político-criminal formulada por VON LISZT, quien sostenía que el desistimiento no borra de ninguna manera la conducta ya cometida, la cual es en puridad penalmente relevante; sin embargo, por razones político-criminales al sujeto que empieza su actuar criminoso se le debe “tener un puente de plata” a fin de que cese dicho comportamiento; sería una “oferta de impunidad” como puente de salvación.

Por otro lado existen, y forman parte de la fundamentación aceptada en forma mayoritaria en la actualidad, las teorías de los fines de la pena como justificación de la impunidad en el desistimiento.

En relación con la prevención general positiva se sostiene que a través del desistimiento se restaura la confianza en el ordenamiento jurídico que se infringió con la conducta tentada. Para la prevención general negativa, la coacción psicológica, la característica intimidatoria de la pena ha surtido efecto antes de la consumación del delito por lo que no es necesario imponer una sanción. Para la prevención especial, el desistir del actuar criminoso demostraría que el sujeto no es en realidad tan peligroso por lo que no necesitaría en realidad ser resocializado⁽⁴⁾.

Creemos por nuestra parte que actualmente tanto la teoría del “puente de plata” como las teorías de la pena explican, desde varias perspectivas, en forma satisfactoria la razón de ser de la figura del desistimiento⁽⁵⁾ en sede penal.

III. Análisis del artículo 19 del Código Penal

1. Primero: la referencia a “varios agentes” que participan en el hecho

Una de las primeras variables que saltan a la vista a la hora de analizar el artículo 19 es el referido a la alusión de “varios agentes” que participan en el hecho.

Por varios agentes entendemos por los menos dos personas que intervengan en el evento delictivo, no necesariamente hablamos de dos autores; en la pluralidad puede encontrarse un autor y un cómplice o un autor y un instigador como mínimo⁽⁶⁾.

(4) Existen, sin embargo, un número bastante abultado de teorías que en mayor o menor medida intentaron justificar la existencia del desistimiento en sede penal; este no es el lugar más adecuado para exponer cada una de ellas; con más detalles al respecto véase POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta post delictiva*, p. 37 ss. También expone con amplitud el tema de las teorías que explican la existencia de esta figura ROJAS VARGAS, F., *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito: dogmática penal y fase interna del delito*, p. 344 ss.

(5) Sobre el desistimiento de la tentativa véase, con multiplicidad de ejemplos, el estudio que realiza ROXIN, C., *Teoría del delito en la discusión actual*, p. 416 ss. En el referido estudio, el profesor alemán nos enseña variables como el de la tentativa fracasada, la tentativa que alcanza su objetivo y un estudio sobre la voluntariedad del desistimiento.

(6) El Código Penal boliviano contiene una fórmula bastante ambigua en lo que respecta al desistimiento y arrepentimiento activo, conforme podemos constatar de la lectura de su artículo 9 que indica: “No será sancionado con pena alguna: i) el que desistiere voluntariamente de la comisión

23 En el artículo bajo análisis se ha utilizado el término “participan” para aludir a los posibles sujetos idóneos de alcanzar el beneficio de la impunidad a través del desistimiento voluntario. Este término puede interpretarse de tres maneras diferentes a saber: i) el legislador puede haber preferido dicha terminología en alusión directa a los partícipes en sentido estricto, considerando tan solo a los instigadores y a los cómplices del hecho; ii) el legislador puede haber pensado en el sentido lato del término, es decir en su concepción más usual, común al uso y al lenguaje, en donde abarque a todos los que han participado del suceso⁽⁷⁾, bien de modo principal (llámese autores) o de modo subordinado o accesorio (llámese partícipes- complicidad o instigación); o incluso iii) el legislador pudo haberse puesto en una posición altamente restrictiva considerando dentro del radio de acción y de comprensión del término tan solo a aquellos que intervinieron en el momento de la ejecución del delito de modo subordinado (llámese cómplices, ya sean primarios o secundarios).

24 Nosotros creemos que el artículo bajo comentario permite la interpretación bajo los linderos de la segunda alternativa, conforme a la posición de LUIS ROY FREYRE antes expuesta.

25 Si bien coincidimos en gran parte con lo sostenido por PERCY REVILLA en sus comentarios al artículo 19 Código Penal, no podemos sino discrepar en un punto específico respecto de la interpretación que realiza acerca de los “agentes que participan en el hecho”. El citado ensayista afirma que: “La alusión a los agentes que ‘participan en el hecho’ debe interpretarse como los participantes en la tentativa del delito (en sentido amplio), o mejor, para evitar confusiones terminológicas, los intervinientes en la tentativa de delito (punibles por su intervención delictiva)”. En realidad creemos todo lo contrario; sostenemos que la redacción del texto legal es correcta y admite los equívocos propios de la imperfección del lenguaje y nada más. Realizar una aseveración respecto de

del delito; ii) el que de igual modo impidiere o contribuyere a impedir que el resultado se produzca, a menos que los actos realizados constituyan delitos por sí mismos”. Con esto no tenemos claro si prevé la posibilidad de desistimiento con varios intervinientes o niega tal posibilidad; con más detalles véase el trabajo de QUIROZ QUISPE, J., *Código Penal boliviano comentado*, p. 19.

- (7) Esta es, precisamente, la postura que adopta el profesor ROY FREYRE respecto del término “partícipe” en nuestro Código Penal. El docente sanmarquino nos enseña que cuando el término partícipe va precedida de la voz “autor” es necesario hacer una interpretación *strictu sensu*, claro ejemplo de esto sería el artículo 26 del CP; mientras que cuando se emplea el termino “partícipe” sin más, tal como ocurre en el artículo 88 del CP, es necesario darle una interpretación *lato sensu*, incluyendo también a los autores por admitirlo así la voluntad de la ley. Nosotros incluimos también a los autores mediatos a diferencia del buen profesor, aunque este no es el lugar para abrir un debate al respecto. Importante confrontar su trabajo de ROY FREYRE, L., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, p. 91 ss.

los “intervinientes en la tentativa del delito” supone que el *iter* delictivo jamás llegó a etapa de consumación, lo cual es un equívoco, pues ese caso también se encuentra abarcado por el artículo 19 del Código; el mencionado artículo, en su último párrafo, se pone en el supuesto de que el delito llegue a consumarse, por lo que la regla que plantea el buen profesor REVILLA no podría aplicarse en su totalidad.

Si nos preguntasen sobre la solución del desistimiento frente al supuesto ²⁶ del autor mediato que, en su forma más difundida y menos discutible, la del “dominio de la voluntad” respecto del que obra bajo las reglas del error o coaccionado, no nos quedaría otra alternativa que aplicar las reglas del artículo 18 del Código Penal⁽⁸⁾. Sin embargo, para quienes se adscriben a la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados, en donde debemos partir que existe –aceptando dicha teoría– además de la fungibilidad del ejecutor, su voluntad plena, el desistimiento de una de las personas intervinientes en un evento delictivo bajo esta modalidad solo hallaría explicación bajo los parámetros del artículo 19 del Código Penal; imaginemos un ejemplo:

Un aparato paramilitar a través de sus distintos estamentos recibe órdenes ²⁷ del más alto rango, con la finalidad de acabar con la vida de un opositor; la orden ha llegado a conocimiento del ejecutor del hecho quien planea su intervención; sin embargo el líder, o incluso un mando medio se ha arrepentido de formar parte de ese maquiavélico plan por lo que intenta frustrar la ejecución; tenga o no éxito, por su desistimiento se le aplicarán las reglas del artículo 19 del Código Penal. Por otro lado, un cocinero envenena el alimento y le pide al mozo que lo sirva; el mozo sin saberlo sirve la cena pero los comensales son detenidos por el propio cocinero antes de probar el letal bocado; este segundo supuesto será resuelto por el artículo 18 del Código Penal. La razón es muy sencilla, en el primer caso hay un desistimiento en un concierto de voluntades; en el segundo caso solo hay una conducta penalmente relevante de un solo interviniente, por tanto no podemos hablar en el segundo supuesto, en sentido estricto, de varios partícipes en el hecho punible.

(8) Creemos que las reglas aplicables son las del artículo 18 del CP en el entendido que en realidad, en el caso *sub examine*, no existe pluralidad de intervinientes, sino tan solo un interviniente que utiliza a otro ser humano que “no sabe lo que hace” (al menos en el caso de obrar en error) por lo que no se cumple con el primer requisito del artículo 19 (la pluralidad), lo que hace inviable su aplicación.

2. Segundo: el momento en que empieza la relevancia penal de las conductas cometidas en el caso del artículo 19 del Código Penal

28 En el desistimiento con pluralidad de intervinientes tiene una importancia fundamental la conducta del autor, ya que solo si nos encontrásemos por lo menos en un evento delictivo en fase de tentativa⁽⁹⁾ podríamos válidamente aplicar las reglas del artículo 19 del Código Penal, ergo únicamente durante la tentativa como estadio mínimo podemos hablar válidamente de relevancia penal en la conducta tanto del inductor como del cómplice; esto último en virtud de lo establecido por el principio de accesoriedad limitada de la participación que es criterio seguido por nuestro legislador.

29 En ese orden de ideas, si el inductor ha empezado a realizar su influjo psicológico sobre la voluntad del ejecutor y este aún no empieza a desempeñar la conducta encaminada a cometer el delito entonces, aunque ya exista una conducta realizada por el llamado “determinador”, la misma es simplemente irrelevante para el Derecho penal. Del mismo modo, la conducta del sujeto que transportaría a los ladrones del banco después de efectuado el robo, que se coloca en el lugar del encuentro a la hora indicada, carecerá de relevancia penal si los ejecutores jamás roban el banco porque decidieron no hacerlo y no se lo comunicaron.

30 En el campo de la tentativa y para efectos prácticos del desistimiento es importante diferenciar claramente la participación de la tentativa de la participación intentada. En el primero la participación cumple su función en tanto conducta accesoria, mientras que la conducta del ejecutor es la que no llega a objetivar la finalidad de este; en el segundo caso lo que fracasa es precisamente la conducta accesoria de participación; básicamente por tres hechos: i) bien porque el supuesto ejecutor demuestra falta de inclinación al hecho delictivo; ii) bien porque el ejecutor se negó a ser asistido por un partícipe o; iii) bien porque al partícipe le fue imposible prestar el apoyo requerido por el ejecutor.

31 Les damos ejemplos para mejor entender: la participación en la tentativa se da cuando una persona presta la cooperación necesaria o accesoria para que el agente que comete el delito lo logre consumar, situación que no se concreta por causas externas. Ejemplo: la persona que dejó desconectada la alarma para

(9) Este no es el lugar para ampliar las explicaciones concernientes a la tentativa en el Derecho penal; sin embargo, de gran ayuda nos ha resultado JOACHIM HIRSCH, H., “Acerca de la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 13, p. 33 ss., al que nos remitimos como texto principal en este apartado.

facilitar la entrada de los ladrones, que finalmente no hurtaron porque había un policía fuera del local.

La participación intentada se presenta de un modo diferente, por ejemplo en el caso del agente que se desiste antes de que el cooperador brinde su apoyo, bien en el caso del banco cuando el agente no quiere ser asistido por persona alguna precisamente para evitar compartir el botín, o bien porque el cooperador no pudo desconectar las alarmas antes de entrar al banco entre otros supuestos.

Otro extremo de esta figura que es importante resaltar es que debe necesariamente ser punible la conducta del sujeto que se desiste, aunque la del principal no lo sea, es decir que el camino de la punibilidad se debe hacer viable necesariamente para el sujeto a quien le aplicarán las reglas derivadas del artículo 19 del Código Penal⁽¹⁰⁾.

El autor, aquella persona que ejecutó materialmente el delito (consumado o tentado), podría encontrarse amparado por cualquier cláusula absolutoria o podría actuar premunido de alguna causa de inculpabilidad; sin embargo, todo esto no es extensivo para los demás intervinientes, entre ellos el sujeto que se desiste, a quien podrá “tendérsele el puente de plata” únicamente en atención a su conducta específica y personalísima, independientemente de las condiciones personales de los otros intervinientes.

Damos un ejemplo para mejor entender: en virtud de la accesoriedad limitada de la participación si un menor de edad mata o roba, no le serán aplicables las reglas penales para él; sin embargo, dichas reglas sí serán aplicadas en sus cómplices o en los inductores a quienes no les alcanza la inculpabilidad que le afecta al menor; en una situación como esa puede presentarse el desistimiento de uno de los intervinientes, a quien se le aplicará la causa de impunidad de la que hablamos en este estudio, que obviamente no se hace extensiva a los otros protagonistas del ilícito.

(10) Para QUINTERO OLIVARES “el Código Penal español de 1995 ha afrontado un importante problema que se planteaba en la práctica en relación con la aplicabilidad de las reglas sobre el desistimiento y arrepentimiento activo en los supuestos de codeinfluencia. El deseo de uno de los partícipes en el hecho de desistir o de evitar la producción del resultado puede ser intrascendente si los demás continúan con la ejecución o bien se topan con la oposición de otros partícipes que lo impidan, pero la ley penal tiene que poder valorar esa conducta, pues evidentemente se ha producido un cambio sustancial en su significación, en su desvalor”, véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 597.

3. Tercero: formas de desistirse en la comisión de un delito con pluralidad de agentes

36 En lo que respecta a la manera como se manifiesta el desistimiento, entre el artículo 18 y el 19 del Código Penal peruano hay una necesaria observación que hacer: en el artículo 18 dedicado a las reglas generales sobre desistimiento se habla de dos formas de manifestación: i) desistimiento voluntario de seguir con la ejecución (abandono del *iter*); y ii) desistimiento como evitación del resultado (arrepentimiento activo). Entonces existiría tan solo una coincidencia parcial entre lo señalado por estos artículos del código; no sería a nuestro entender coincidencia total pues el “desistimiento como cese voluntario de la ejecución” entendido como “dejar de hacer algo prohibido” que se encuentra tan cual en el artículo 18 no se encuentra previsto expresamente en el artículo 19, en donde necesariamente debemos partir de la referencia a la pluralidad de agentes, en este último caso siempre será necesario un *plus* para cumplir con las exigencias del artículo comentado.

37 Esto es realmente importante, pues en el caso de un evento delictivo con un solo interviniente, bastará que este se detenga en su actuar criminoso para considerársele desistido; mientras que en el caso de la pluralidad de agentes, el desistimiento en realidad no se presenta mediante un *cese de conducta* sino más bien mediante una *conducta contraria al delito* es decir mediante una conducta dirigida a impedir el delito; en buena cuenta siempre será mediante una intervención positiva en el evento criminoso, pero en dirección contraria a la ejecución.

38 Con esto queremos dejar claro que el desistimiento en su forma genérica se presenta con la simple cesación de los actos, pero en su forma específica –para el caso de la pluralidad de intervinientes– no bastará que el ejecutor o partícipe desistido se detenga, es necesario además que el agente despliegue una conducta contraria (contrapuesta) a la ejecución criminal para acogerse a las reglas del artículo 19.

39 El profesor PERCY REVILLA asegura, creemos que con razón, que ninguno de los supuestos que describe el artículo 19 abarca la situación en la que el agente “que a pesar de su esfuerzo serio no consigue impedir que se produzca el resultado típico” y por lo tanto ese caso sería punible por –según él– encontrarse más allá de las fronteras normativas del artículo mencionado⁽¹¹⁾.

(11) Véase REVILLA LLAZA, P., “Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, p. 614 ss. Para el profesor, “la hipótesis del agente que, a pesar

En este orden de idea tenemos que extraer del texto una *primera conclusión es más sencillo desistirse siendo único interviniente en el evento criminoso que en el caso de pluralidad de agentes; porque en el segundo caso siempre deberá existir una conducta positiva contrapuesta al iter delictivo.*

Conforme a la redacción del artículo 19 del Código Penal que tratamos, se presentarían a nuestro entender hasta tres casos de desistimiento con pluralidad de intervinientes en donde se hace viable la aplicación del dispositivo analizado a saber:

(i) El desistimiento entendido como voluntario impedimento del resultado típico.

(ii) El desistimiento entendido como impedimento de la ejecución del delito.

(iii) El desistimiento entendido como esfuerzo serio por impedir la ejecución del delito, sin lograrlo por causas imputables a los demás intervinientes.

4. Cuarto: el desistimiento entendido como voluntario impedimento del resultado típico⁽¹²⁾

La inclusión de la palabra voluntad o más bien, conforme al texto que comentamos, la alusión a “voluntariamente” dentro del tipo penal objeto de comentario nos parece completamente innecesaria.

Quien interrumpe el curso causal del evento delictivo en el cual previamente ha intervenido para hacerse acreedor de la impunidad penal gracias al artículo bajo análisis, debe haber actuado voluntariamente; eso nos parece obvio, y aunque no lo sea para algunos, esta discusión absolutamente legítima, así como el contenido de la voluntariedad debería desarrollarse no en la legislación sino en la doctrina y jurisprudencia, añadiéndole contenido a la figura del desistimiento.

de su esfuerzo serio, no consigue impedir que se produzca el resultado típico es una no prevista en el artículo 19 del CP, no cubierta por la impunidad del desistimiento (...) mereciendo punibilidad”.
(12) Véase el trabajo realizado por REAÑO PESCHIERA en el acápite referido a lo que él acertadamente denomina el “carácter disfuncional de la plena exención de responsabilidad por desistimiento voluntario de la tentativa”, que es solo un fragmento de su texto REAÑO PESCHIERA, J., *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje a Günther Jakobs*, p. 373 ss. El citado autor afirma con claridad que “en la medida en que el sujeto sigue siendo destinatario de expectativas normativas negativas (consistentes en no terminar de dañar), en la fase que va desde el inicio de la tentativa hasta su conclusión o acabamiento, —el desistimiento voluntario— debe ser interpretado como un acto debido vinculado a deberes de aseguramiento de la propia esfera organizativa”.

- 47 Ponemos un ejemplo para mejor entender: Si una persona no ha interiorizado lo suficiente el delito que está por cometer junto a otros sujetos, y en el devenir causal se arrepiente, desmontando las bombas ya instaladas en el edificio, obviamente habrá actuado conforme a las reglas del artículo 19 del CP; mientras que, quien habiendo colocado las bombas las desactiva porque se siente amenazado por un tercero quien lo matará si las bombas explotan actuará también voluntariamente, pero esa voluntad se encontrará viciada y no se hará viable la aplicación del artículo 19⁽¹³⁾, pese a que ambas conductas en sentido estrictamente naturalístico son iguales ya que no hubo víctimas mortales, gracias al “rompimiento del curso causal” provocado por el propio agente.
- 48 Es decir que si suprimiéramos la palabra “voluntariamente” del texto legal, en nada cambiaríamos el sentido del dispositivo que ahora comentamos^{(14) (15)}.
- 49 Ahora bien, la situación en la que se coloca nuestro código es la de aquel que, habiendo concluido con la ejecución de la conducta ilícita, estando en etapa de –tentativa acabada– logra evitar el resultado descrito en la hipótesis típica de algún artículo de la parte especial.
- 50 Claro ejemplo es aquel en la que el agente que, actuando con otras personas, logran colocar la bomba en el garaje de la persona, pero luego, unos minutos antes de que estalle la misma, hace una llamada telefónica poniendo sobre aviso a la víctima, quien logra salvarse.

(13) Muy discutible, ciertamente, la hipótesis que planteamos, pues el caso de la persona que tiene en la mira telescópica de su arma a la víctima que esperó durante dos horas y, finalmente, no dispara porque no cree tener oportunidad de éxito, obviamente, no habrá actuado, *ergo* su conducta es irrelevante; sin embargo, tendremos complicaciones para resolver el caso del sujeto que lanza un primer disparo y no acierta y en lugar de continuar con su actuar, teniendo a la víctima delante y al alcance, simplemente no aprieta el gatillo nuevamente. En ese supuesto creemos que se cumple con las exigencias de la figura del desistimiento siempre que la razón por la cual no efectuó el segundo disparo sea estrictamente Debido a la falta de convencimiento sobre la ejecución de su ilícito; si fuera más bien porque la Policía se acerca o porque la víctima ha tenido una reacción oportuna, entonces la “voluntariedad” del desistimiento no se ha presentado y la conducta es punible en grado de tentativa.

(14) El profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, VILLA STEIN sostiene acertadamente que “la voluntariedad del desistimiento implica libertad no compatible con causas externas o internas que la constriñan, y los motivos de su manifestación pueden ser psicológicos, morales, crematísticos o de cualquier otra índole pues no cabe indagar por la intención (...) debemos quedarnos con la valoración jurídica”. Véase VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 305 s.

(15) Para el argentino ZAFFARONI no son recomendables los intentos por “etizar en extremo la voluntariedad del desistimiento –sostiene él– que en modo alguno se requiere que el sujeto se funde en normas éticas o morales, pues el desistimiento voluntario puede fundarse en el puro temor a la pena o en cálculo de utilidades”. Confróntese ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal. Parte general II*, p. 772 ss.

Dicho supuesto es importantísimo en la medida que es el punto de coincidencia con el artículo del Código Penal que precede, las reglas ordinarias del desistimiento/arrepentimiento prevén exactamente el mismo caso de evitación del resultado típico, sin variables adicionales, por lo que sobre este punto creemos que el razonamiento legislativo fue el correcto y este dispositivo no admitiría mayores discusiones de legitimidad.

Es importante dejar claro que en este caso, como en todos los supuestos que conforman el artículo 19 del Código Penal, no se trata de un desistimiento en el sentido más coloquial y genérico como un cese de los actos ejecutivos; pues en realidad nos encontramos ante un supuesto en que precisamente los actos ejecutivos ya cesaron, ya finalizaron y nos encontraríamos más bien *ad portas* de la etapa de la consumación del hecho delictivo; por lo que el desistimiento solo será posible con una conducta positiva encaminada a anular, modificar el curso causal del mundo circundante direccionado a la consumación del evento delictivo planeado por el agente, es decir lo que en doctrina se conoce como arrepentimiento activo con pluralidad de agentes⁽¹⁶⁾.

Finalmente en esta clase de supuestos, la evitación del resultado puede darse por comportamiento activo de quien se desiste (v. gr. desactivando la bomba ya instalada) o bien a través de terceros (por ejemplo dando aviso a la policía para evitar el apoderamiento del botín, o avisando a emergencia para salvar la vida de la víctima)⁽¹⁷⁾.

Una tarea especialmente complicada en este apartado es la determinación de la obligación del partícipe en el ilícito para aceptar su desistimiento como uno con la suficiente entidad para lograr la impunidad a que se refiere el artículo 19 del Código Penal.

(16) Para REVILLA, en estos casos “el agente (autor o partícipe) no solo debe tener subjetivamente la voluntad de no querer consumir el delito, sino que debe manifestar externamente dicha voluntad a través de un acto de evitación de la producción del resultado. Un acto de evitación en tales condiciones, evidentemente, solo puede realizarse de manera activa, pues frente a una tentativa ejecutada completamente (frente a la realización de todos los actos ejecutivos) y dirigida a la lesión del bien jurídico no cabe más conducta interruptora que una posterior a la conclusión de la ejecución, una intervención activa en el curso causal destinado a impedir la producción del resultado”- Véase REVILLA LLAZA, P., “Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito”. *Op. Cit.*, p. 616.

(17) HURTADO POZO, haciendo un análisis de nuestra actual y pasada legislación refiere que “Considerado el texto legal escueto, podría creerse que el legislador exige que el agente impida el resultado personal y directamente. En cambio, el código derogado literalmente decía hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado. Actualmente, es posible que la acción decisiva no sea la obra personal del agente”. Véase HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general I.*, p. 830 ss.

55 Y es que el aporte del partícipe puede realizarse antes del comienzo de la ejecución (v. gr los casos de instigación) pero mientras no se satisfaga los requisitos mínimos del principio de ejecución, no estaremos dentro de la esfera de lo penalmente relevante. En el apartado *sub examine* es necesario además que la fase ejecutiva se haya realizado en su totalidad; es más, incluso se exige que el partícipe haya tenido una intervención activa en la misma, ya sea como instigador o como cooperador de una ejecución ya finalizada; es después de eso que el partícipe ingresará a interrumpir el curso causal del acontecimiento delictivo, para evitar el resultado lesivo.

5. Quinto: el desistimiento entendido como impedimento de la ejecución del delito

56 Esta forma de desistimiento admitida a nuestro entender de forma expresa por el artículo bajo comentario permite múltiples variables no previstas en el apartado que antecedió; sobre todo en atención a los momentos, grados y modalidades de intervención en el ilícito penal, tal como pasamos a desarrollar.

57 Cualquiera de los intervinientes en el ilícito puede acogerse a esta modalidad de desistimiento cuando impide el curso causal, durante la ejecución del hecho, siempre que no se haya acabado la actividad desplegada para tal fin.

58 Es decir que este supuesto opera cuando no hemos llegado aún al estadio de tentativa acabada y seguimos en la tentativa inacabada; sin embargo, la intervención en el caso de los partícipes pudo haber ya terminado. Debemos tener claro que la intervención bajo las reglas que ahora describimos depende en gran medida del papel que se encuentre cumpliendo quien se desiste.

59 Nos explicamos; si se trata de un autor quien se desiste, entonces interrumpirá su propia conducta o interrumpirá el curso causal eventualmente formado por otro coautor habiendo, el “desistido”, terminado o no su parte en el acontecer criminoso. Sucede al contrario en el caso del inductor, este necesariamente tiene que haber terminado su labor bajo ese título de imputación (la inducción) para después iniciar los actos tendientes a la interrupción del acontecer delictivo; mientras que para el cómplice que se desiste la cosa es matizable, este puede haber terminado su intervención de colaboración en el actuar delictivo de un tercero (es decir del autor) o puede desistirse y cambiar su conducta de colaboración en el hecho principal por una de resistencia contra este mismo hecho antes de que su “colaboración” haya terminado.

Nuevamente en este caso, quien se desiste (sea autor o partícipe) puede interrumpir el curso delictivo no terminado (la tentativa inacabada) por intervención propia o mediante la ayuda de terceros; v. gr. En el primer supuesto estamos ante el caso de quien primero ayuda al sicario a ingresar al edificio estatal pero una vez frente a la víctima lucha con el autor y logra reducirlo; mientras que el segundo supuesto es la de aquel que dejando ingresar al sicario al edificio Estatal, para no arriesgar su vida llama a los encargados de seguridad, quienes logran reducir al autor antes de efectuar el mortal disparo.

6. Sexto: el desistimiento entendido como “esfuerzo serio” por impedir la ejecución del delito, sin lograrlo por causas imputables a los demás intervinientes

La gran novedad de nuestro código en lo que se refiere al desistimiento es este apartado; denominado también “el tardío desistimiento” o el “desistimiento vano” que, sin embargo, encuentra actualmente apoyo por parte de nuestros legisladores.

La tercera modalidad de desistimiento en actuaciones conjuntas trata acerca del “esfuerzo serio” por impedir la realización del hecho delictivo durante la ejecución del mismo, fracasando en su intento.

Tal como intentamos explicar en el apartado precedente, esta forma de desistimiento opera durante la fase de tentativa inacabada; lo que hace que al menos uno de los ejecutores (en el caso que sean varios) o el autor único del hecho (en el caso de intervención autor-cómplice) no haya culminado con la conducta criminal de conformidad con la resolución criminal ideada para tal fin.

Es decir que, desde nuestro punto de vista una de las condiciones para acogerse al desistimiento bajo esta regla es que la conducta de quien se desiste, coincida temporalmente con los actos ejecutivos del hecho ilícito.

Es importante señalar que las causas por las que no tiene éxito la empresa deben ser necesariamente exógenas a las posibilidades del agente desistido, por ejemplo la resistencia de los demás ejecutores o la falta de comunicación con la policía o los bomberos; sin embargo, jamás será una causa para alegar como esfuerzo serio el realizar su parte en el evento criminoso y luego tratar de convencer al último agente ejecutor para que no realice la cuota de intervención que le cabe.

- 66 No creemos que la licencia de impunidad bajo las reglas del “esfuerzo serio” sea de carácter excepcional como lo dice don PERCY REVILLA⁽¹⁸⁾, para nosotros se trata simplemente de una de las tantas posibilidades que puede alegar una persona sujeta a coerción penal.
- 67 La alusión a “esfuerzo serio” es siempre valorable por los actores públicos (fiscal y/o juez), quienes frente al caso concreto tendrán que determinar si se trata o no de este supuesto; obviamente existirán zonas grises en la tarea interpretativa.
- 68 Por esfuerzo serio para impedir la ejecución del delito entendemos aquella conducta de tal magnitud que sea desde un punto de vista *ex ante*, suficiente como para contrarrestar las conductas desplegadas para realizar el ilícito; decimos *ex ante* pues desde el punto de vista *ex post*, qué duda cabe, el esfuerzo realmente era inidóneo para tal fin.
- 69 Esfuerzo serio es emprender decididamente una actividad haciendo uso de todos los medios posibles para la consecución del resultado objetivado, cabe señalar que el esfuerzo serio no es hacer hasta lo imposible por lograr la finalidad, sino más bien un despliegue importante desde el punto de vista del sujeto medio.
- 70 No creemos adecuado el ejemplo, que se hace respecto de este supuesto en donde para el desistido bastaría “el retiro de su aporte al hecho para provocar que los intervinientes efectivamente se desistan de la ejecución del delito”; y no estamos de acuerdo precisamente porque este caso no es un caso de desistimiento, todo lo contrario ya que el agente *no realizó conducta alguna*, por lo tanto no hubo un aporte objetivo al hecho delictivo, con lo que se descarta cualquier tipo de imputación ya sea a título de autor o partícipe⁽¹⁹⁾.

7. Sétimo: problemas prácticos en el desistimiento con pluralidad de agentes

- 71 Hemos decidido incluir en este ensayo algunos problemas que sobre la base casuística pueden presentarse al momento de calificar la relevancia penal de

(18) Véase Ob cit p. 621.

(19) Véase REVILLA LLAZA, P, “Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito”. *Op. Cit.*, p. 621. Recordemos que el acuerdo conjunto (que puede ser previo) solo en casos excepcionales tiene relevancia penal, la regla ordinaria es que nos encontremos aún en actos preparatorios penalmente irrelevantes.

las conductas bajo el supuesto que ahora analizamos; para esto hemos encontrado algunos casos emblemáticos que pasamos a exponer.

Un problema muy difícil de zanjar representa el supuesto en el que existiendo tres intervinientes: un instigador, un cooperador y un ejecutor en donde el ejecutor se desiste y logra evitar el resultado. ¿Habrá una sanción aplicable a los otros dos intervinientes en el hecho delictivo?; o mejor dicho ¿las conductas del cómplice o del inductor son penalmente relevantes? Veamos.

La razón de ser de la relevancia penal de la inducción es la existencia del influjo psicológico y el logro sobre el agente principal de la creación de la voluntad para cometer un determinado ilícito penal; es decir que se pune al determinador por “crear la voluntad delictiva en un tercero” en este caso, del ejecutor.

Por otro lado, la razón de ser, el fundamento de la punición del cooperador (cómplice) es por haber “prestado una ayuda o haber facilitado la comisión del delito” mediante un aporte positivo/efectivo al hecho principal, al haber contribuido con el ejecutor de la conducta delictiva.

Ahora bien, existe la llamada teoría de la accesoriedad limitada de la participación, que es la postura vigente en el Derecho penal actual, al menos en el Perú; sin embargo, la accesoriedad limitada no es óbice a nuestro entender para que la punibilidad de ambas conductas se viabilice, pese a que el ejecutor se desistió en su actuar.

Recordemos que en el desistimiento existe una conducta punible, y conforme a nuestra postura existe también un “puente de plata”⁽²⁰⁾ que se le tiende a aquella persona que dio un paso atrás; pero esta licencia es personalísima, no es transferible y bajo ningún punto de vista pueden ser beneficiados aquellos que no contribuyeron al desistimiento y más bien propulsaron activamente la comisión del ilícito penal.

En ese orden de ideas, a nuestro entender las conductas, tanto de aquella persona que instigó como de aquel que cooperó con el agente principal, son punibles y deben ser sancionadas, pues el puente de plata no es una licencia de impunidad que pueda hacerse extensiva.

Otra de las discusiones importantes respecto de este punto lo tenemos en el supuesto de la intervención de una pluralidad de agentes bajo las reglas

(20) Con los argumentos político criminales y de prevención que expusimos líneas arriba, pero entendemos que es una gracia legal al fin, una emanación del Derecho premial.

de aparatos organizados, por ejemplo en la criminalidad de Estado, en la que algunos intervienen activamente y otros simplemente conocen las órdenes impartidas pero no realizan una intervención positiva bajo la manera de ejecución de la orden impuesta. Para mejor entender nos preguntamos ¿si todos los que forman parte del aparato y conocen de la orden impuesta están obligados a intentar detener la ejecución para poder acogerse al desistimiento?

79 Damos un ejemplo para mejor entender: A, jefe de la organización lanza una orden y se la trasmite a B para que a su vez informe al ejecutor C que debe aniquilar a una persona; D que forma parte de la organización también conoce el maquiavélico plan pero no tiene papel que cumplir en este hecho concreto, entonces ¿D tiene que intentar frustrar la acción delictiva para poder acogerse al desistimiento bajo las reglas del artículo 19 del Código Penal?

80 Debemos partir de dos presupuestos: i) D forma parte de la organización delictiva, por tanto ya hay un delito de asociación ilícita bajo las reglas del artículo 317 del Código Penal; ii) cualquier hecho ilícito al interior de la asociación no le es imputable a la totalidad de los miembros.

81 Ahora, el punto importante aquí es que D no era un miembro cualquiera, sino uno que conocía del hecho delictivo antes que sucediera; entonces la pregunta en él se formularía del siguiente modo ¿el mero conocimiento genera responsabilidad penal? Pues para un sujeto cualquiera no hay razón por la que creemos que D no debe responder en el hecho concreto y no está obligado a detener al ejecutor del ilícito, pues a D no le es imputable el hecho bajo título de imputación alguno, desde nuestro modesto punto de vista.

82 Otra cuestión importante y pendiente de debate es el mecanismo procesal a utilizar para poder alegar válidamente la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 19 del Código Penal; creemos que el argumento de impunidad es una que no versa sobre responsabilidad sino más bien sobre punibilidad, lo que hace que sea un tema de fondo y no de mera subsunción.

83 Algún estudioso en el Perú podría sostener que el caso del desistimiento con pluralidad de agentes es un supuesto para ser debatido dentro del procedimiento penal mediante una excepción de naturaleza de acción en atención a las reglas del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales; creemos que esto es parcialmente cierto, dejando constancia de algunas salvedades:

84 (i) En el Perú no se acepta la excepción de naturaleza de acción cuando exista un extremo que deba ser probado (es manifiestamente improcedente un recurso de naturaleza de acción basado en pruebas).

(ii) Conforme a los estándares peruanos, la excepción de naturaleza de acción no procede cuando la alegación de la parte verse sobre la irresponsabilidad del procesado. 85

(iii) Conforme a los estándares peruanos la excepción de naturaleza de acción procede solo contra la operación de subsunción realizada por el juez que emitió el auto que inicia la instrucción y su errado juicio hipotético. 86

En ese orden de ideas, tendremos que sostener que si en el apertorio se menciona el logro del agente que frustra la comisión del delito entonces la propia hipótesis judicial habla desde ya del desistimiento con lo que sí podría ampararse la excepción mencionada; cosa completamente diferente resulta el caso de quien intenta frustrar la comisión del ilícito y no lo logra pues en este caso se necesita un proceso penal para determinar si el esfuerzo desplegado fue realmente un “esfuerzo serio” y que no concurrieron otras circunstancias para el desistimiento sino que el mismo fue absolutamente voluntario, por lo que la excepción planteada bajo estas reglas debe ser rechazada por improcedente. 87

8. Octavo: nota conclusiva

El estudio que hemos realizado y que ponemos a disposición de los lectores nos permite lanzar las siguientes afirmaciones: 88

(i) Las reglas sobre desistimiento en general y las del desistimiento con pluralidad de agentes no son absolutamente coincidentes pues en la segunda se prevé también el caso que el delito llegue a consumarse. 89

(ii) El desistimiento ordinario, en el plano ontológico difiere sobremanera del desistimiento con pluralidad de agentes pues el primero supone un cese en la actividad delictiva; mientras que en el segundo, siempre y bajo cualquier supuesto el agente debe realizar una conducta contraria al actuar criminoso precisamente para contrarrestarlo, es decir no basta cesar en la conducta, es necesario además contrarrestar las conductas ajenas. 90

(iii) La relevancia penal de las conductas en el caso del desistimiento con pluralidad de agentes se da únicamente en el estadio de tentativa, es decir una vez que el autor del hecho inició la fase ejecutiva; antes de eso cualquier conducta (incluso la del inductor) es absolutamente impune. 91

(iv) El término “voluntariamente” no cumple función en el artículo 19 que ahora analizamos; exactamente igual sería si lo suprimiésemos de nuestro cuerpo legislativo. 92

- 93 (v) La alusión que hace el artículo 19 del Código Penal al esfuerzo serio, es una objetivación necesitada de contenido pues solamente el juez, el fiscal o los operadores del derecho estarán capacitados para sostener en sus alegaciones el supuesto de esfuerzo serio, de cara al caso concreto; obviamente habrán zonas grises en la tarea interpretativa.
- 94 (vi) Aunque realmente es difícil de aplicar por los enormes problemas probatorios que acarrea el desistimiento con pluralidad de intervinientes, creemos que este “puente de plata” cumple una función realmente importante en el entendido que resulta siendo la última posibilidad para aquel sujeto que tomó la decisión de delinquir, de regresar al camino de la legalidad, resulta además un capítulo del Derecho penal en donde se ve claramente la utilidad de las teorías preventivas (prevención general positiva y negativa sobre todo); y los efectos que de ellas se derivan en la ciencia penal contemporánea.

IV. Bibliografía

- 95 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA, Lima 2004; CALLE, Juan José, *Código Penal*. Editorial e imprenta Gil, Lima, 1924; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19, Idemsa, Lima, 2007; EZAINE CHÁVEZ, Amado, *Iter criminis*. Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, 1971; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; JOACHIM HIRSCH, Hans, “Acerca de la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 13. Idemsa, Lima, 2003; POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta post delictiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Aranzadi, Navarra, 2000; QUIROZ QUISPE, Jorge, *Código Penal boliviano comentado*. Editorial Gráfica Junior, La Paz, 2005; REAÑO PESCHIERA, José, *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje a Günther Jakobs*. ARA, Lima, 2005; REVILLA LLAZA, Percy, “Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito: dogmática penal y fase interna del delito*. Grijley, Lima, 1997; ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. 2ª edición. Grijley, Lima, 1998; ROXIN, Claus, *Teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel ABANTO VÁSQUEZ. Grijley, Lima, 2007; SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa: a la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Temis, Bogotá, 1995; SANCINETTI, Marcelo,

“¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional?”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 15, Idemsa, Lima, 2004; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. San Marcos, Lima, 2001; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general II*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Comentaristas.....	5
Presentación	7
Abreviaturas / Abkürzungen	11

TÍTULO PRELIMINAR

§ I

Finalidad del Código Penal

José Luis Castillo Alva
Abogado de Derecho penal
(Perú)

I. Generalidades	17
II. Sentido del artículo I del Título Preliminar	19
1. La legislación penal tiene (y debe tender hacia) una función preventiva	20
2. La prevención orientada a la protección de la persona. El humanismo penal	24
3. La prevención orientada a la protección de la sociedad. La defensa social	31
III. Consecuencias del artículo I del Título Preliminar del Código Penal	33
1. Se desearía la retribución como único y exclusivo fin de la pena ..	33

2. Las leyes penales no pueden tener un carácter pura y exclusivamente simbólico	34
IV. Bibliografía	35

§ II

Principio de legalidad

Nelson Salazar Sánchez

Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Introducción	38
II. Fundamento	40
1. Fundamento político.....	41
2. Fundamento jurídico-penal (prevención general).....	43
3. Fundamento axiológico (seguridad jurídica).....	44
III. El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano.....	45
1. El principio de legalidad en la Constitución.....	46
2. El principio de legalidad en el Código Penal.....	51
2.1. El principio de legalidad penal en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.....	51
2.1.1. Principio <i>nullum crimen sine lege</i>	51
2.1.2. El principio <i>nulla poena sine lege</i>	54
IV. Ámbito de aplicación del principio de legalidad.....	56
1. El principio de legalidad en el Derecho procesal penal	56
2. El principio de legalidad en el Derecho penitenciario	58
V. Manifestaciones (consecuencias) del principio de legalidad	59
1. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i>	59
2. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta</i>	64
3. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i>	67

4. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>	74
VI. Bibliografía	76

§ III

Inaplicación de la analogía *in malam partem* en el Derecho penal

Miguel Ángel Sánchez Mercado
Procurador público
(Perú)

I. Introducción	81
II. El procedimiento analógico.....	83
III. Clasificación.....	85
IV. Analogía prohibida.....	89
V. Jurisprudencia constitucional.....	90
VI. Jurisprudencia Penal	92
VII. Bibliografía	97

§ IV

Principio de lesividad

Hernán Hormazábal Malarée
Universidad de Girona
(España)

I. ¿Protección de la vigencia de la norma o protección de bienes jurídicos? .	99
II. Consecuencias político-criminales	101
1. Bienes jurídico micro y macrosociales	104
III. Consecuencias dogmáticas.....	105
IV. Conclusiones	110
V. Bibliografía	111

§ V

Principio de jurisdiccionalidad de las penas

Roxanna Reyes Tello

Notaria pública

(Perú)

I.	Introducción	113
II.	Garantía jurisdiccional de carácter material.....	115
III.	Garantía jurisdiccional de carácter procesal	117
	1. Juicio ordinario	117
	2. Juez competente y juez natural	119
IV.	Garantía jurisdiccional de carácter penitenciario.....	123
V.	Bibliografía	125

§ V

Principio de jurisdiccionalidad de las penas

Madelaine Reyes Gastelú

Abogada en Derecho penal

(Perú)

I.	Introducción	127
II.	El debido proceso como continente de la Garantía jurisdiccional.	128
	1. El principio de legalidad procesal.	131
	2. Sentencia y Sanción Penal.	133
	3. Juez Predeterminado por ley.	136
III.	Bibliografía	139

§ VI

Principio de legalidad en la ejecución de la pena

Fernanda Isabel Ayasta Nassif
Universidad Femenina del Sagrado Corazón
(Perú)

I.	Introducción	141
II.	La ejecución legal de las penas	142
	1. Del régimen penitenciario y su finalidad	143
	1.1. Código de Ejecución Penal.....	144
	1.2. Reglamento del Código de Ejecución Penal	146
III.	La intervención judicial en la ejecución de la pena	146
IV.	De las medidas de seguridad y el principio de legalidad.....	147
IV.	Bibliografía	150

§ VII

Principio de responsabilidad por el hecho propio y proscripción de responsabilidad objetiva

José Luis Castillo Alva
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I.	Generalidades	151
II.	Principio del hecho propio	156
III.	Principio de responsabilidad subjetiva	160
IV.	Bibliografía	169

§ VIII

Principio de proporcionalidad de las sanciones

Teresa Aguado Correa
Universidad de Sevilla
(España)

I.	Introducción	173
II.	Constitución y Derecho penal	176
III.	Reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad	178
IV.	Principio de proporcionalidad y Derecho penal. Ámbito de aplicación	181
V.	Contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio	184
	1. Idoneidad	185
	2. Necesidad	187
	3. Proporcionalidad en sentido estricto	190
	3.1. Proporcionalidad abstracta	191
	3.2. Proporcionalidad concreta	195
VI.	Medidas de seguridad y principio de proporcionalidad	199
VII.	Consecuencias accesorias y principio de proporcionalidad	206
VIII.	Bibliografía	208

§ VIII

Principio de proporcionalidad

José Urquizo Olaechea
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I.	Presentación	211
II.	Consideraciones generales	214
III.	Base legal	217
IV.	Igualdad	220

V. Libertad.....	223
VI. Justicia	226
VII. Proporcionalidad abstracta y concreta	231
1. Proporcionalidad abstracta.....	231
2. Proporcionalidad concreta.....	235
VIII. Conclusiones	236
IX. Bibliografía	239

§ IX

Fines de la pena y medidas de seguridad

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Universidad de Barcelona
(España)

I. Finalidad de la pena	243
II. Finalidad de las medidas de seguridad	258
III. Bibliografía	259

§ X

Aplicación supletoria de la ley penal

Madelaine Reyes Gastelú
Abogada de Derecho penal
(Perú)

I. Generalidades	261
II. Fundamento del artículo X	262
III. Concepto de norma general	263
IV. Concepto de ley penal especial.....	266
V. Aplicación preponderante (¿o supletoria?) de las normas del Código Penal	267
VI. Bibliografía	272

LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

TÍTULO I
DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I
APLICACIÓN ESPACIAL

§ 1
Principio de territorialidad

David Rosales Artica
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I.	Introducción	275
II.	El principio de territorialidad y el Derecho penal.....	278
	1. El principio de territorialidad como principio general y la soberanía estatal	280
	2. El territorio a efectos jurídico-penales.....	285
	2.1. Composición	287
	2.1.1. El espacio terrestre	287
	2.1.2. El espacio marítimo	287
	2.1.3. El espacio aéreo.....	287
	2.1.4. <i>Excursus</i> : locales de las entidades consulares	289
	3. El lugar de comisión del delito	291
III.	El principio del pabellón o derecho de bandera.....	292
IV.	Bibliografía	294

§ 2

Principio de extraterritorialidad

David Rosales Artica

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I.	Introducción	297
II.	El principio real o de defensa	300
	1. Justificación	301
	2. Punto de conexión y contenido	302
III.	El principio de personalidad	303
	1. Principio de personalidad activa.....	304
	1.1. Justificación	304
	1.2. Punto de conexión y contenido	306
	2. Principio de personalidad pasiva	308
IV.	El principio de justicia mundial.....	310
	1. Justificación	311
	2. Punto de conexión y contenido	314
V.	Bibliografía	315

§ 3

Principio de representación

Luis Peña Terreros

Abogado en Derecho Penal
(Perú)

I.	Conceptos generales	317
II.	El principio de representación y su obligación.....	320
III.	Bibliografía	323

§ 4

Excepciones al principio de extraterritorialidad

Nelson Salazar Sánchez

Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I.	Generalidades	325
II.	Limitaciones propiamente dichas del principio de extraterritorialidad..	327
	1. Limitación extraterritorial de las leyes penales por extinción de la acción penal conforme a una u otra legislación (Art. 4, inc. 1).....	328
	2. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos (Art. 4, inc. 2).....	330
	3. Limitación extraterritorial de las leyes penales cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida. (Art. 4, inc. 3)	333
	4. Renovación del proceso ante los tribunales peruanos cuando el agente no ha cumplido totalmente la pena (Art. 4, último párrafo)	335
III.	Bibliografía	336

§ 5

Lugar de realización del delito (principio de ubicuidad)

Nelson Salazar Sánchez

Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I.	Generalidades	337
II.	Modelos teóricos sobre la determinación del lugar de realización del delito y orientación del artículo 5 CP	339
	1. Modelo o teoría de la acción.....	339
	2. Teoría del resultado	340
	3. Teoría de la ubicuidad	342

III.	Fundamentos del principio de ubicuidad	343
1.	Fundamento dogmático	343
2.	Fundamento político-criminal.....	345
IV.	Aplicación y consecuencias dogmáticas del principio de ubicuidad ...	347
1.	Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en la acción	347
2.	Vigencia del principio de ubicuidad que se fundamenta en el resultado.....	349
3.	Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias dogmáticas en la autoría y participación	350
4.	Vigencia del principio de ubicuidad y consecuencias en el ámbito de los delitos de tránsito	352
V.	<i>Excursus</i> : lugar de realización del delito vs. momento de realización del delito.....	353
VI.	Bibliografía	355

CAPÍTULO II APLICACIÓN TEMPORAL

§ 6

Ley penal aplicable y principio de combinación

Antonio Cuerda Riezu
Universidad Rey Juan Carlos
(España)

I.	Introducción	360
II.	Vigencia de la ley penal.....	360
1.	Entrada en vigencia de la ley penal	361
2.	Término de vigencia de la ley penal	362
2.1.	Término de vigencia previsto en la ley.....	362
2.2.	Derogación	363
2.3.	Anulación por el Tribunal Constitucional.....	366
III.	Eficacia de la ley penal	367

1. La regla <i>tempus regit actum</i>	368
2. Irretroactividad de la ley penal	369
2.1. Significado y previsión normativa	370
2.2. Naturaleza y fundamento	372
2.3. Presupuestos de aplicación de la irretroactividad perjudicial para el reo.....	373
2.3.1. Presupuestos fácticos	373
2.3.2. Presupuestos legales	374
3. Retroactividad de la ley penal favorable	376
3.1. Significado de la retroactividad favorable o <i>in bonus</i>	376
3.2. Previsión normativa, naturaleza y fundamento	376
3.3. ¿Verdaderamente rige en el artículo 6 el principio de combi- nación?	378
3.4. Presupuestos de aplicación de la retroactividad favorable	380
3.4.1. Presupuestos fácticos	380
3.4.2. Presupuestos legales	380
3.5. Alcance de la retroactividad favorable	383
IV. Bibliografía	383

§§ 6 y 7

Principio de combinación y retroactividad benigna

Juan Antonio Lascuráin Sánchez
 Universidad Autónoma de Madrid
 (España)

I. Introducción	387
II. El principio de irretroactividad penal desfavorable.....	388
III. El principio de retroactividad penal favorable	391
IV. ¿Leyes de prescripción y leyes que imponen medidas de seguridad como leyes penales?	400
V. Bibliografía	402

§ 8

Principio de ultraactividad

Percy Velásquez Delgado
Universidad Andina del Cusco
(Perú)

I.	Introducción	405
II.	La regulación del artículo 8 del Código Penal: ¿leyes temporales o de excepción?.....	406
III.	¿Retroactividad de la ley penal temporal?	408
IV.	Ley penal temporal como problema de ultraactividad o como problema de excepción al principio de retroactividad de la ley posterior más favorable	410
V.	La excepción al efecto de la ley temporal.....	414
VI.	La vigencia y derogación de las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado.....	414
VII.	Palabras finales	416
VIII.	Bibliografía.....	417

§ 9

Momento de realización del delito

María Isabel González Tapia
Universidad de Córdoba
(España)

I.	El tiempo y el lugar de comisión del delito	420
1.	Concreción de las hipótesis delictivas problemáticas respecto del <i>tempus</i> y del <i>locus commissi delicti</i>	422
2.	Determinación del tiempo y del lugar de comisión del delito.....	424
2.1.	Criterios tradicionales de solución	424
2.2.	Opciones metodológicas básicas.....	427
2.2.1.	La teoría unitaria o naturalística.....	427
2.2.2.	La teoría diferenciadora o de la valoración jurídica	428

2.2.3. Posición personal	428
II. <i>Tempus commissi delicti</i> y sucesión de leyes penales en el tiempo	429
1. Aproximación al concepto de sucesión de leyes penales en el tiempo	429
2. El artículo 9 del Código Penal: insuficiencia del criterio de la actividad para definir la ley penal aplicable en el tiempo	436
III. El momento final de la actividad como <i>tempus commissi delicti</i> en la sucesión de leyes penales	439
1. Justificación teleológica de los principios básicos del Derecho penal transitorio: la regla general de la irretroactividad penal y la excepción de la retroactividad favorable	439
2. Aplicación del criterio a las distintas hipótesis delictivas	443
2.1. El tratamiento de la codelinuencia	443
2.2. El tiempo de comisión en la omisión	446
2.3. Delitos de resultado (remisión)	447
2.4. Delito continuado	447
2.5. Delito permanente	450
2.6. Delito habitual	452
IV. Bibliografía	454

CAPÍTULO III APLICACIÓN PERSONAL

§ 10

Principio de igualdad en la aplicación de la ley penal

Roxanna Reyes Tello

Notaria pública

(Perú)

I. Introducción	459
II. El principio de igualdad ante la ley en la perspectiva constitucional .	460
III. El principio de igualdad ante la ley en la normativa internacional	463

IV.	El principio de igualdad ante la ley en el ordenamiento jurídico-penal.....	470
1.	Regla general	471
2.	Regla especial (prerrogativas en virtud de la función).....	474
2.1.	¿Implican las prerrogativas un trato diferenciado en la aplicación de la ley?	474
2.2.	Naturaleza y clases de prerrogativas.....	474
V.	El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	475
VI.	Bibliografía	478

TÍTULO II DEL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO I BASES DE LA PUNIBILIDAD

§ 11 Delitos y faltas: Bases de punibilidad

José Luis Castillo Alva
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I.	Generalidades	481
II.	El principio del hecho propio	482
1.	Denominación y significado.....	482
2.	Fundamento e importancia.....	485
3.	Delimitación	487
4.	Requisitos y consecuencias.....	489
4.1.	Imputación objetiva.....	489
4.2.	El principio de ejecución del hecho (tentativa).....	489
4.3.	Autoría y participación	489
III.	El principio de responsabilidad subjetiva	490

1. Denominación y evolución.....	490
2. Delimitación	494
3. Fundamento.....	495
4. Contenido	499
4.1. La exigencia de dolo o culpa	499
4.2. Relevancia del error en Derecho penal.....	500
5. Consecuencias del principio de responsabilidad subjetiva	500
5.1. Proscripción de una pura responsabilidad objetiva	500
5.1.1. El caso fortuito.....	501
5.1.2. Los delitos cualificados por el resultado	502
IV. Principio de legalidad.....	502
V. Bibliografía.....	507

§ 12

Delito doloso y delito culposo (Técnica legislativa de las infracciones punibles)

Alicia Gil Gil

Universidad Nacional de Educación a Distancia
(España)

I. Introducción	509
II. Antijuridicidad e infracción de la norma de determinación	510
III. Crítica a la imprudencia como error	515
IV. Crítica a las concepciones que identifican la realización del tipo imprudente tanto como un problema de exclusiva imputación del resultado, o de imputación de la conducta y del resultado	528
V. Construcción y fundamentación que se propone. La determinación de la acción típica	530
VI. Segundo paso en la identificación de la conducta típica.....	540
VII. El resultado y su pertenencia a lo injusto.....	544

VIII. La imputación del resultado.....	547
IX. Bibliografía	554

§ 13

Comisión por omisión

Nelson Salazar Sánchez

Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero
y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Generalidades	564
II. La comisión por omisión en el Código Penal peruano y en la doctrina moderna.....	564
1. Posición de garante (Art. 13, inc. 1).....	565
1.1. Teoría formal	565
1.2. Teoría material.....	567
1.3. Toma de posición	569
2. La equivalencia normativa (Art. 13, inc. 2).....	574
2.1. La equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deberes generales negativos	575
2.2. Equivalencia normativa a nivel objetivo en los delitos de infracción de deber	579
2.3. Equivalencia normativa a nivel subjetivo en los delitos de organización y de infracción de deber.....	581
III. Configuración típica de la comisión por omisión a la luz de las categorías del deber ser.....	582
IV. Conclusiones	584
V. Bibliografía	585

§ 14

Error de tipo y error de prohibición

Teresa Manso Porto

**Mag. Iur. Comp. Referente en el Instituto Max Planck
(Freiburg-Alemania)**

I.	Consideraciones generales.....	589
II.	Error de tipo	592
	1. Doctrina general	592
	2. Objeto de referencia del error de tipo	594
	3. Evitabilidad e inevitabilidad	597
III.	El error sobre las circunstancias agravantes	598
IV.	Bibliografía	599

§ 14

Error de prohibición

José Miguel Zugaldía Espinar

**Universidad de Granada
(España)**

I.	Introducción	601
II.	El error de prohibición: concepto y clases	602
III.	Los efectos del error de prohibición vencible	605
	1. La teoría estricta de la culpabilidad	606
	2. La teoría atenuada de la culpabilidad	609
	3. La teoría de los elementos negativos del tipo.....	609
	4. Funcionamiento práctico de las diversas teorías del error.....	610
IV.	Existencia y vencibilidad del error de prohibición	612
V.	¿Reglas especiales para el error en los delitos económicos?	615

VI. El conocimiento probable de la ilicitud y la duda sobre la prohibición	616
VII. Bibliografía	617

§ 15

Error de comprensión culturalmente condicionado

Miguel Pérez Arroyo

Abogado en Derecho penal

(Perú)

I. Consideraciones generales: el contexto social actual de lo “universal” a lo “diverso”	622
II. El Derecho penal frente a la diversidad cultural	628
III. Relevancia y significado social de la diversidad étnica y cultural para el Derecho penal: los tipos socioculturales conflictuales (conflictos intrasistémicos y extrasistémicos)	632
IV. Las opciones del Derecho penal frente a la diversidad étnica y cultural en Latinoamérica.....	640
V. Modelos penales nacionales en Latinoamérica con relación a la diversidad étnico-cultural (el caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú)	646
VI. Opciones dogmático-penales de integración (error, causas de justificación e inimputabilidad penal) vs. opciones antropológico-jurídicas de preservación (pluralismo jurídico)	651
1. La opción del error en el Derecho penal	652
2. La opción de las causas de justificación.....	658
3. La opción de la inimputabilidad en el Derecho penal.....	672
4. La opción del pluralismo jurídico	677
VII. Toma de posición	678
VIII. Bibliografía	681

CAPÍTULO II TENTATIVA

§ 16 Tentativa

Eduardo Demetrio Crespo
Universidad de Castilla-La Mancha
(España)

I.	El <i>iter criminis</i> y el principio del Derecho penal del hecho.....	691
II.	La tentativa.....	693
1.	Definición de tentativa	693
1.1.	Concepto: tipo objetivo y tipo subjetivo de la tentativa	693
1.2.	Distinción entre “tentativa acabada” y “tentativa inacabada”	693
1.3.	Distinción entre tentativa y desistimiento.....	694
2.	Estructura de lo injusto del delito intentado: “desvalor de acción” y “desvalor de resultado” en la tentativa	695
3.	Fundamento de punición y comienzo de la tentativa.....	696
3.1.	Consideraciones previas	696
3.2.	Las teorías subjetivas: plan del autor	697
3.3.	Las teorías objetivas: peligro y peligrosidad	699
3.4.	La llamada “tentativa inidónea”: ¿qué es?; ¿es punible?	704
III.	La consumación del delito	708
IV.	Bibliografía	708

§ 17 Tentativa inidónea

Theda Schlageter
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
(Alemania)

I.	Introducción	711
II.	Comparación con la situación jurídica en España y Alemania.....	712

1. La tentativa inidónea en el Código Penal español.....	712
2. La tentativa inidónea en el Código Penal alemán	713
III. El fundamento de la punición en la tentativa	714
IV. Presupuestos y límites de la tentativa inidónea	715
V. Delimitación entre delito de bagatela y tentativa inidónea	717
VI. Tentativa irreal y tentativa supersticiosa	718
VII. Bibliografía	719

§ 18

Desistimiento voluntario de la tentativa

Ernesto Villa Morán

Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción	721
II. El desistimiento de la tentativa punible.....	722
III. Enfoques sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento	723
IV. Diferencia con la tentativa fracasada	727
V. Modalidades de desistimiento y voluntariedad.....	727
1. Previa distinción entre tentativa inacabada y acabada	727
2. El desistimiento en la tentativa inacabada	729
3. El desistimiento en la tentativa acabada	730
4. La voluntariedad (teorías psicológicas y teorías valorativas).....	731
VI. La consecuencia jurídica	732
VII. Conclusiones	733
VIII. Bibliografía	734

§ 19

Impunidad en caso de desistimiento con pluralidad de intervinientes en el hecho delictivo

Marco Barreto Guzmán
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I.	Consideraciones generales.....	737
II.	Sobre el desistimiento en general.....	739
III.	Análisis del artículo 19 del Código Penal.....	741
	1. Primero: la referencia a “varios agentes” que participan en el hecho.....	741
	2. Segundo: el momento en que empieza la relevancia penal de las conductas cometidas en el caso del artículo 19 del Código Penal.	744
	3. Tercero: formas de desistirse en la comisión de un delito con plu- ralidad de agentes	746
	4. Cuarto: el desistimiento entendido como voluntario impedimen- to del resultado típico	747
	5. Quinto: el desistimiento entendido como impedimento de la eje- cución del delito	750
	6. Sexto: el desistimiento entendido como “esfuerzo serio” por im- pedir la ejecución del delito, sin lograrlo por causas imputables a los demás intervinientes.....	751
	7. Sétimo: problemas prácticos en el desistimiento con pluralidad de agentes.....	752
	8. Octavo: nota conclusiva	755
IV.	Bibliografía.....	756

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2019, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

